



RAPPORT DE Mme OTT, CONSEILLÈRE

Arrêt n° 1028 du 5 novembre 2025 (FS) – Chambre sociale

Pourvoi n° 24-15.269

Décision attaquée : 14 mars 2024 de la cour d'appel de Paris

**Syndicat Confédération générale du travail et
autre**

C/

Société Safran Aircraft Engines

Rapport contenant propositions de rejet non spécialement motivé du 1^{er} moyen, pris en ses 1^{ère}, 2^e, 3^e, 4^e et 7^e branches, ainsi que du second moyen, pris en ses 4^e, 5^e, 7^e et 8^e branches

1 - Rappel des faits et de la procédure

La société nationale d'étude et de construction de moteurs d'avion SNECMA, devenue la société Safran Aircraft Engines (la société), appartenant au groupe Safran depuis 2004, exerce une activité industrielle et commerciale de conception, développement et production de moteurs pour les avions civils et militaires, les lanceurs spatiaux et les satellites. Elle emploie environ 58 000 personnes, dont en France dans 11 sites sur le territoire national environ 12 000 salariés représentés par environ 450 titulaires de mandat de représentation du personnel et soumis à la convention collective de la métallurgie.

Différents accords collectifs ont été conclus relativement au droit syndical : accords de groupe SNECMA des 16 janvier 2004 et 9 juillet 2004, accord de groupe Safran du 19 juillet 2006 à la suite du rachat du groupe SNECMA, lequel comporte notamment un article 17 « évolution salariale et audit du positionnement professionnel des élus et mandatés », accord du 30 janvier 2009 sur le droit syndical et les institutions représentatives.

Estimant qu'en dépit de ces accords collectifs et du dialogue social mené ainsi que des actions prud'homales engagées par des salariés, il n'était pas remédié de façon suffisante à la discrimination syndicale dont sont l'objet dans l'évolution de leur carrière et de leur rémunération les salariés titulaires d'un mandat CGT, et après avoir par lettre remise par huissier de justice le 23 mai 2017 informé l'employeur de son intention d'exercer une action de groupe en lui demandant de faire cesser la situation de discrimination collective, la Fédération des travailleurs de la métallurgie FTM-CGT (la fédération) a, par acte du 30 mars 2018, assigné la société devant le tribunal de grande instance afin, sur le fondement de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du 21^{ème} siècle ayant instauré l'action de groupe en matière de discrimination, d'obliger la société à mettre en place certaines mesures permettant de mettre fin définitivement à la situation de discrimination syndicale alléguée vis-à-vis des élus et mandatés CGT et d'obtenir des réparations pour tous les salariés titulaires ou ayant été titulaires d'un mandat CGT et qui auraient fait à ce titre l'objet de discriminations.

La Confédération générale du travail (la CGT) est intervenue volontairement à l'instance et le Défenseur des droits a présenté des observations.

Par jugement du 15 décembre 2020, le tribunal judiciaire de Paris a constaté l'intervention du Défenseur des droits et de la CGT, a rejeté l'ensemble des demandes formées par la fédération et par la CGT, les a condamnées au paiement d'une somme en application de l'article 700 du code de procédure civile, a rejeté le surplus des demandes de la société et a écarté l'ensemble des propositions du Défenseur des droits, la fédération et la CGT étant condamnées aux dépens.

Par arrêt du 14 mars 2024, la cour d'appel de Paris a confirmé ce jugement et a condamné la CGT et la fédération aux dépens ainsi qu'au paiement d'une somme en application de l'article 700 du code de procédure civile.

Le 14 mai 2024, la fédération et la CGT ont déclaré un pourvoi. Elles ont déposé et notifié le 12 septembre 2024 un mémoire ampliatif, sollicitant le paiement d'une somme de 3 500 € en application de l'article 700 du code de procédure civile.

Le 7 novembre 2024, la société a déposé et notifié un mémoire en défense, sollicitant le paiement d'une somme de 5 000 €.

La procédure paraît régulière.

Par arrêt du 4 décembre 2024, la question prioritaire de constitutionnalité posée par mémoire séparé par les organisations syndicales a été renvoyée au Conseil constitutionnel.

Le 6 février 2025, par décision n°2024-1123 QPC, le Conseil constitutionnel a déclaré conforme à la Constitution la référence « III » figurant au paragraphe II de l'article 92 de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle.

2 - Analyse succincte des moyens

Le pourvoi présente deux moyens, le premier articulé en 7 branches, le second en 8 branches.

Premier moyen :

La CGT et la fédération font grief à l'arrêt de rejeter l'ensemble de leurs demandes tendant à prononcer diverses injonctions à l'encontre de la société en vue de la cessation des manquements de cette société en matière de discrimination syndicale, à ce qu'il soit jugé qu'elle est responsable de discrimination syndicale à l'encontre des salariés et anciens salariés de la société élus ou mandatés sous l'étiquette CGT, qu'il sera fait application de la procédure individuelle de réparation, que soit défini le groupe discriminé comme étant celui des salariés et anciens salariés de la société élus ou mandatés connus sous l'étiquette CGT, qu'il soit jugé que les préjudices subis qui devront être réparés seront les préjudices financier, de retraite, de carrière, le préjudice moral ainsi que le préjudice lié aux pertes de chance, que soit fixé le délai dans lequel les personnes répondant aux critères de rattachement de ce groupe et souhaitant se prévaloir du jugement sur la responsabilité peuvent adhérer au groupe en vue d'obtenir réparation de leurs préjudices à vingt-quatre mois et qu'il soit ordonné à la société, à sa charge, les mesures de publicité selon les modalités de l'article 826-16 du code de procédure civile, alors :

« 1°/ que la décision du Conseil constitutionnel à intervenir déclarant l'article 92, II, de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du 21^{ème} siècle non conforme à la Constitution car contraire au principe d'égalité des justiciables devant la loi entraînera l'annulation de l'arrêt frappé de pourvoi pour perte de fondement juridique ;

*2°/ que les lois de procédure s'appliquent immédiatement aux procédures en cours ; que les Etats membres sont tenus, en vertu des articles 11 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de mettre en place un système judiciaire qui garantisse une protection réelle et effective contre la discrimination syndicale ; que suivant l'article 92, II, de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du 21^{ème} siècle, « les dispositions spécifiques à l'action de groupe sont applicables aux seules actions dont le fait générateur de la responsabilité ou le manquement est postérieur au 19 novembre 2016 » ; qu'en l'espèce, sur le fondement de cette disposition, la cour d'appel a débouté les exposantes de leurs demandes au motif qu'il ne pouvait « être examiné la réalité d'un fait générateur ou d'un manquement qui s'est produit antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi sur l'action de groupe » (arrêt, p. 12, §8) ; **qu'en faisant application d'une telle disposition contraire***

au principe d'application immédiate des lois de procédure et ayant pour effet, en restreignant leur droit d'accès au juge, de priver les victimes de discrimination syndicale d'une protection judiciaire effective contre les discriminations, la cour d'appel a violé les articles 6§1, 11, 13 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

3°/ que les lois de procédure, dont font partie les lois relatives aux conditions de l'action en justice, sont immédiatement applicables ; que tel est le cas de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du 21^{ème} siècle dont l'objet est seulement de créer un cadre légal commun aux actions de groupe, voies procédurales permettant à un requérant d'exercer au nom de plusieurs personnes une action en justice ; qu'en affirmant par motifs éventuellement adoptés, que le fait que cette loi du 18 novembre 2016 procède à la fois d'une réforme de procédure et d'une réforme de fond milite d'autant plus pour la prévalence du principe général de non-rétroactivité de la loi, la cour d'appel a violé le principe selon lequel les lois de procédure sont immédiatement applicables au litige, ensemble les articles L.1134-6 à L.1134-10 du code du travail ;

4°/ qu'aux termes de l'article L.1134-7 alinéa 1er du code du travail, une organisation syndicale de salariés représentative au sens des articles L. 2122-1, L. 2122-5 ou L. 2122-9 peut agir devant une juridiction civile afin d'établir que plusieurs candidats à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou 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 et imputable à un même employeur ; qu'en affirmant, par motifs éventuellement adoptés, que l'adoucissement du droit de la preuve permis par la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du 21^{ème} siècle avait « pour corollaire de fixer expressément le début de prise en considération possible de l'ensemble des éléments probatoires nécessaire à l'exercice de cette nouvelle action de groupe à compter de la seule date de publication de la loi » (jugement, p. 11, dernier §), cependant que les dispositions relatives à l'action de groupe en matière de discrimination ne comportent aucune disposition nouvelle relative à la preuve des discriminations, la cour d'appel, qui a statué par un motif erroné, a violé les articles L. 1134-6 à L.1134-10 du code du travail ;

5°/ qu'en application de l'article 1er de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008, constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, sa religion, ses convictions, son âge, son handicap, son orientation sexuelle ou son sexe, 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 ; que constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés ; que la discrimination de carrière, qui ne désigne pas un fait isolé et précis mais une situation ou une pratique produisant ses effets tout au long de la carrière du salarié, présente un caractère continu ; d'où il suit qu'en refusant, pour apprécier l'existence d'une telle discrimination, d'examiner les faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi lesquels continuaient pourtant de produire leurs effets postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi, la cour d'appel a violé l'article 92 II de la loi de modernisation de la justice du 21^{ème} siècle, l'article 1er de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008, l'article L.1134-8 du code du travail, ensemble les

articles 6 §1 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

6°/ qu'en application de l'article L.1134-8 du code du travail, l'action de groupe en matière de discrimination peut tendre à la cessation du manquement et, le cas échéant, en cas de manquement, à la réparation des préjudices subis ; qu'aux termes de l'article 1er de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008, constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son appartenance ou de sa non appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, sa religion, ses convictions, son âge, son handicap, son orientation sexuelle ou son sexe, 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 ; que constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés ; qu'il s'ensuit que la discrimination de carrière à laquelle il s'agit de mettre fin dans le cadre d'une action de groupe et qui ne désigne pas un fait isolé et précis mais une situation ou une pratique ne peut ainsi, par nature, être appréciée au regard d'un seul fait générateur ou manquement mais doit faire l'objet d'un examen global au vu de l'ensemble des faits laissant supposer l'existence d'une discrimination ; qu'en jugeant qu'il appartenait au syndicat demandeur de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de caractériser la réalité des manquements postérieurs au 20 novembre 2016 et en refusant d'examiner les éléments antérieurs à cette date, la cour d'appel, à qui il appartenait nécessairement d'apprécier la situation de discrimination au regard de l'ensemble des faits présentés par les exposants, a violé l'article 92 II de la loi de modernisation de la justice du 21ème siècle, l'article 1er de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008, l'article L.1134-8 du code du travail, ensemble les articles 6§1 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

7°/ que selon l'article L.1132-1 du code du travail, aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de nomination ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, d'horaires de travail, d'évaluation de la performance, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison notamment, de son activité syndicale ; qu'en retenant, pour se déterminer comme elle l'a fait, que c'est sur la seule période qui s'est écoulée entre le 20 novembre 2016 et le 30 mars 2018 que peuvent s'apprécier les discriminations syndicales mais que cette période de 16 mois et 10 jours apparaît visiblement trop courte et ne permet pas de caractériser une situation de discrimination, quand aucune disposition n'impose une quelconque durée pour qu'une discrimination puisse être caractérisée, la cour d'appel, qui a ajouté à la loi une condition qu'elle ne prévoit pas, a violé l'article L.1132-1 du code du travail, ensemble les articles L.1134-6 à L.1134-10 du code du même code. »

Second moyen :

La CGT et la fédération font le même grief à l'arrêt, alors :

« 1°/ que **selon l'article L. 1134-7 du code du travail**, une organisation syndicale de salariés représentative au sens des articles L. 2122-1, L. 2122-5 ou L.2122 9 peut agir devant une juridiction civile afin d'établir que plusieurs candidats à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou 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 et imputable à un même employeur ; que, **selon l'article L. 1134-8**, cette action peut tendre à la cessation du manquement et, le cas échéant, en cas de manquement, à la réparation des préjudices subis ; qu'en affirmant que le bien-fondé de l'action de groupe doit s'apprécier au regard de manquements individuels imputables au même employeur et pouvant, s'ils sont avérés, conduire à un constat collectif d'une situation de discrimination dans l'entreprise et en s'en tenant, en conséquence, à un examen séparé des cas individuels qui lui étaient soumis par les demandresses à l'action de groupe et sans examiner les effets discriminatoires produits, selon les exposantes, au niveau collectif par l'application d'accords collectifs mettant en place des outils défaillants de suivi des carrières des salariés titulaires de mandats syndicaux, la cour d'appel, à qui il appartenait d'examiner globalement si l'ensemble des faits présentés par les exposantes, aussi bien individuels que procédant, au niveau de l'entreprise, de l'application d'accords collectifs, étaient de nature à laisser présumer l'existence d'une discrimination syndicale, a violé les articles L.1134-7 et L. 1134-8 du code du travail ;

2°/ en application de l'article L.1132-1 du code du travail, aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de nomination ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, d'horaires de travail, d'évaluation de la performance, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de notamment de son activité syndicale ; **qu'en retenant encore, sur la discrimination syndicale systémique, que les syndicats appelants ne produisaient aucune pièce ni aucun argument relatif à une discrimination en lien particulier avec l'appartenance à la CGT, la cour d'appel, qui a statué par un motif erroné, a violé les articles L.1132-1 et L. 1134-1 du code du travail, ensemble les articles L.1134-6 à L.1134-10 du même code ;**

3°/ **qu'en application des dispositions de l'article L. 1134-1 du code du travail**, lorsque le salarié présente des éléments de fait constituant selon lui une discrimination directe ou indirecte, il appartient au juge d'apprécier si ces éléments, pris dans leur ensemble, laissent supposer l'existence d'une discrimination et, dans l'affirmative, il incombe à l'employeur de prouver que ses décisions sont justifiées par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ; **qu'en l'espèce, en examinant séparément chacun des éléments avancés par les exposantes, à savoir d'abord, chaque cas individuel pris isolément dont il ressortait des différences de rémunération postérieures au 18 novembre 2016 ainsi que des mentions, dans les entretiens d'évaluation de plusieurs salariés, de leurs activités syndicales et ensuite, le message LinkedIn dont la réalité n'était pas contestée, sans examiner si pris ensemble, ces éléments n'étaient pas de nature à laisser présumer l'existence d'une discrimination syndicale, la cour d'appel a violé l'article L. 1134-1 du code du travail, ensemble les articles L. 1134-6 à L. 1134-10 du même code ;**

4°/ **que sauf application d'un accord collectif visant à en assurer la neutralité ou à le valoriser, l'exercice d'activités syndicales ne peut être pris en considération dans**

l'évaluation professionnelle d'un salarié ; qu'en l'espèce, ayant constaté, s'agissant de MM. [X], [F], [T], [C] [N], [D], [K] [N], [Y] et [L], que leurs activités syndicales ou de représentation du personnel avaient été mentionnées à une ou plusieurs reprises dans leurs entretiens d'évaluation, la cour d'appel a néanmoins considéré en substance, soit que ces mentions ne permettaient pas, à elles seules, de laisser supposer l'existence d'une discrimination syndicale en l'absence d'autre élément objectif, soit qu'elles n'étaient pas susceptibles de caractériser une discrimination dès lors qu'elles ne pouvaient être considérées comme des appréciations négatives au regard de l'exercice du mandat mais reposaient sur des constats objectifs ; qu'en déboutant les exposantes de leurs demandes sur le fondement de tels motifs quand il résultait de ses constatations que l'employeur avait pris en considération l'exercice par les salariés précités d'activités syndicales dans leur évaluation professionnelle sans qu'il soit constaté que ces mentions s'inscrivaient dans le cadre d'un accord collectif visant à assurer la neutralité ou la valorisation de ces activités, la cour d'appel a violé les articles L. 1132-1, L. 1134-1, L. 1134-6 à 10 et L. 2141-5 du code du travail ;

5°/ qu'en application de l'article L. 1134-1 du code du travail, lorsque survient un litige en raison d'une méconnaissance des dispositions du chapitre II, le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ; que la différence de rémunération constatée au détriment d'un salarié exerçant une activité syndicale par rapport à la rémunération mensuelle moyenne des autres salariés constitue un élément de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination ; qu'en l'espèce, les premiers juges ont constaté, s'agissant de MM [O], [R], [M], [H], [Z], [A], [S] et [J], l'existence d'une différence de salaire sur la base du salaire brut mensuel de base de décembre 2016 au détriment de ces derniers par rapport à la rémunération mensuelle hors élus ; qu'en retenant néanmoins qu'il se déduisait de l'examen de l'ensemble de ces situations individuelles qu'il n'était pas justifié par les exposantes d'éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination concernant au moins deux salariés survenus postérieurement au 19 novembre 2016, la cour d'appel a violé les articles L. 1132-1, L. 1134-1, L. 1134-6 à 10 et L. 2141-5 du code du travail ;

6°/ qu'en application de l'article L.1134-1 du code du travail, lorsque survient un litige en raison d'une méconnaissance des dispositions du chapitre II, le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ; qu'en retenant, pour écarter certains éléments présentés par les salariés s'agissant de la période postérieure à l'entrée en vigueur de la loi, que ceux-ci ne permettent pas d' « induire la réalité d'une discrimination » ou de « justifier d'une discrimination » ou encore, à supposer adoptés les motifs des premiers juges, que ces éléments « sont très largement insuffisants pour objectiver dans le temps une quelconque tendance révélatrice de disparités pouvant le cas échéant être constitutives de discriminations», la cour d'appel, qui a fait peser la charge de la preuve de la discrimination sur les seules exposantes, a violé l'article L.1134-1 du code du travail, ensemble les articles L.1134-6 à L.1134-10 du même code ;

7°/ qu'en application de l'article L. 1134-1 du code du travail, lorsque survient un litige en raison d'une méconnaissance des dispositions du chapitre II, le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié présente des éléments

de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ; que dans leurs écritures, les exposantes s'étaient prévaluées, pour la période postérieure au 19 novembre 2016, de l'attitude passive de l'employeur face aux demandes du syndicat (Concl. CGT, p. 71) mais aussi, s'agissant de M. [O], d'un avertissement infondé en 2017 (Concl., p. 95), pour M. [R], de reproches injustifiés dans le cadre de ses entretiens d'évaluation pour les années 2020 et 2021 (Concl., p. 102), pour M. [M], d'une notation infondée en 2020 (Concl., p. 106), pour M. [T], qu'en 2019, il avait un salaire inférieur à celui des ouvriers de sa tranche d'âge et que lors de l'évaluation de 2018, il lui était reproché son manque de disponibilité en raison de ses mandats syndicaux (Concl. p. 136) et pour M. [N], que dans le cadre des audits réalisés par l'employeur en 2018, 2019 et 2020, sa rémunération était inférieure à celle de son groupe de comparaison (Concl., p. 145) ; **qu'en s'abstenant d'examiner ces éléments laissant supposer l'existence d'une discrimination, la cour d'appel a derechef violé l'article L.1134-1 du code du travail ;**

8°/ que **selon l'article L. 1134-7 du code du travail**, une organisation syndicale de salariés représentative au sens des articles L. 2122-1, L. 2122-5 ou L.2122-9 peut agir devant une juridiction civile afin d'établir que plusieurs candidats à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou 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 et imputable à un même employeur ; que, selon l'article L. 1134-8, cette action peut tendre à la cessation du manquement et, le cas échéant, en cas de manquement, à la réparation des préjudices subis ; qu'à supposer adoptés les motifs des premiers juges, en refusant de prendre en considération les faits postérieurs au 30 mars 2018 présentés par les exposantes, quand aucune disposition ne contraint le juge à se placer à la date de sa saisine pour apprécier le bienfondé de l'action de groupe en discrimination introduite devant lui et ne lui interdit, en conséquence, d'examiner des éléments de fait postérieurs à cette saisine, la cour d'appel a violé les articles L. 1134-7 et L. 1134-8 du code du travail. »

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

Conventionnalité de l'article 92, II, de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 : restriction de l'accès au juge par entorse au principe d'application immédiate des lois de procédure ? (1^{er} moyen, 2^e branche)

Caractère continu de la discrimination (1^{er} moyen, 5^e et 6^e branches)

Dimension collective de l'action de groupe et régime de la preuve de la discrimination lors de l'exercice d'une action de groupe, lorsqu'est invoquée une discrimination syndicale se traduisant dans un traitement de carrière défavorable.

En particulier : le régime de preuve résultant de l'article L. 1134-1 s'applique-t-il en cas d'action de groupe en matière de discrimination et la prise en compte d'éléments antérieurs à la date d'entrée en vigueur de la loi est-elle ou non permise pour l'appréciation d'éléments laissant supposer l'existence d'une discrimination dans l'évolution de carrière ? (2^e moyen)

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

4-2 Présentation de l'action de groupe en matière de discrimination

L'action de groupe était définie, dans l'étude d'impact du projet de loi de modernisation de la justice du 21^{ème} siècle, « *comme une voie de droit permettant à une ou plusieurs personnes d'exercer une action en justice au bénéfice d'un groupe de personnes non identifiées, sans avoir reçu un mandat de leur part au préalable* », couramment présentée sous le terme de « class action » venu des Etats-Unis.

Introduite pour la première fois en droit français en matière de consommation par la loi n°2014-344 du 17 mars 2014, dite « Hamon », pour s'attacher à la réparation des préjudices individuels, patrimoniaux, résultant de dommages matériels subis par les consommateurs, l'action de groupe a connu une autre consécration en matière de santé par la loi, dite « Touraine », du 26 janvier 2016, avant que ne soit conçu un cadre plus général faisant l'objet de plusieurs déclinaisons pour s'adapter à certaines matières avec la loi de modernisation de la justice du 21^e siècle, dont la discrimination et spécifiquement en matière de discrimination dans les relations relevant du code du travail.

4-2-1 Le dispositif de l'action de groupe dans la loi du 18 novembre 2016

Le titre V de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 traite de l'action de groupe, dans 2 chapitres consacrés respectivement à l'action de groupe devant le juge judiciaire (art. 60 à 84) et devant le juge administratif (art.85).

Les dispositions prévues devant le juge judiciaire s'appliquent, selon l'article 60 de la loi, à 5 types d'actions de groupe sous réserve des dispositions particulières prévues pour chacune de ces actions :

1° L'action ouverte sur le fondement 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 ;

2° L'action ouverte sur le fondement des articles L. 1134-6 à L. 1134-10 du code du travail ;

3° L'action ouverte sur le fondement de l'article L. 142-3-1 du code de l'environnement ;

4° L'action ouverte sur le fondement du chapitre III du titre IV du livre Ier de la première partie du code de la santé publique ;

5° L'action ouverte sur le fondement de l'article 43 ter de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

Parmi les dispositions générales, l'objet de la l'action de groupe est ainsi défini par l'article 62 :

Lorsque plusieurs personnes placées dans une situation similaire subissent un dommage causé par une même personne, ayant pour cause commune un manquement de même nature à ses obligations légales ou contractuelles, une action de groupe peut être exercée en justice au vu des cas individuels présentés par le demandeur.

Cette action peut être exercée en vue soit de la cessation du manquement mentionné au premier alinéa, soit de l'engagement de la responsabilité de la personne ayant causé le dommage afin d'obtenir la réparation des préjudices subis, soit de ces deux fins.

Le chapitre III, relatif à « l'action de groupe en matière de discrimination », comporte en section 1 des dispositions générales (art.86), en section 2 des dispositions propres à « l'action de groupe en matière de discrimination dans les relations relevant du droit du travail » : art. 87 dont résultent les articles L.1134-6 à L.1134-10 du code du travail nouvellement créés, cités infra et en section 3 des dispositions propres à l'action de groupe en matière de discrimination imputable à un employeur et portée devant la juridiction administrative.

4-2-2 Le dispositif introduit dans le code du travail

La loi du 18 novembre 2016 a institué les articles L. 1134-6 à L. 1134-10 du code du travail qui sont les suivants :

article L. 1134-6 :

Sous réserve des articles L. 1134-7 à L. 1134-10, le chapitre Ier du titre V de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle s'applique à l'action de groupe prévue à la présente section.

article L. 1134-7, dans sa rédaction issue de la loi n°2017-86 du 27 janvier 2017 :

Une organisation syndicale de salariés représentative au sens des articles L. 2122-1, L. 2122-5 ou L. 2122-9 peut agir devant une juridiction civile **afin d'établir** que plusieurs candidats à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou 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 et imputable à un même employeur.

Une association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans intervenant dans la lutte contre les discriminations ou œuvrant dans le domaine du handicap peut agir aux mêmes fins, pour la défense des intérêts de plusieurs candidats à un emploi ou à un stage en entreprise.

Pour l'application du présent article, l'organisation syndicale mentionnée au premier alinéa peut, si elle le souhaite, recueillir l'aide d'une association mentionnée au deuxième alinéa.

article L. 1134-8 :

L'action peut tendre à la cessation du manquement et, le cas échéant, en cas de manquement, à la réparation des préjudices subis.

Sauf en ce qui concerne les candidats à un emploi, à un stage ou à une période de formation, 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.

article L. 1134-9, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 :

Par dérogation à l'article 64 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, préalablement à l'engagement de l'action de groupe mentionnée à l'article L. 1134-7, les personnes mentionnées au même article L. 1134-7 demandent à l'employeur, par tout moyen conférant date certaine à cette demande, de faire cesser la situation de discrimination collective alléguée.

Dans un délai d'un mois à compter de la réception de cette demande, l'employeur en informe le comité social et économique, ainsi que les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise. A la demande du comité social et économique, ou à la demande d'une organisation syndicale représentative, l'employeur engage une discussion sur les mesures permettant de faire cesser la situation de discrimination collective alléguée.

L'action de groupe engagée pour la défense des intérêts de plusieurs candidats à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou de plusieurs salariés peut être introduite 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.

article L. 1134-10, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2019-964 du 18 septembre 2019 :

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 Ier du titre V de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

Le tribunal judiciaire connaît des demandes en réparation des préjudices subis du fait de la discrimination auxquelles l'employeur n'a pas fait droit.

On rappellera que dans le code du travail, le titre III « Discriminations » (du livre I « Dispositions préliminaires » de la Première Partie « Les relations individuelles de travail »), se subdivise en 4 chapitres :

- le chapitre I « Champ d'application » ;
- le chapitre II « Principe de non-discrimination », qui comporte notamment l'article L.1132-1 définissant la discrimination, directe ou indirecte, en application de l'article 1^{er} de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 ;
- le chapitre III « Différences de traitement autorisés » ;
- le chapitre IV « Actions en justice », lequel est lui-même subdivisé en deux sections, à savoir :
 - section 1 « *Dispositions communes* » avec notamment l'article L. 1334-1 relatif au régime de la preuve et l'article L. 1334-5 comportant des règles spécifiques de prescription,
 - **section 2 « Dispositions spécifiques à l'action de groupe »**, avec les articles L. 1334-6 à L. 1134-10 cités supra.

4-2-3 Il est à noter qu'avec l'action de groupe en matière de discrimination dans les relations relevant du droit du travail, est ainsi créé, au profit des syndicats mais seulement des organisations syndicales représentatives, un dispositif nouveau venant compléter les actions déjà ouvertes à un syndicat en matière de discrimination :

- action, ouverte à tout syndicat, au nom de la défense de l'intérêt collectif de la profession (article L. 2132-3 du code du travail) que le syndicat agisse par voie d'action devant le tribunal judiciaire ou par voie d'intervention devant la juridiction prud'homale aux côtés d'un ou plusieurs salariés (voir en ce sens, : Soc., 13 janvier 2021, pourvoi n° 19-17.182, publié) et ce pour demander la réparation par des dommages-intérêts du préjudice causé à l'intérêt collectif de la profession ou pour faire reconnaître l'existence d'une irrégularité commise par l'employeur au regard de

dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles ou au regard du principe d'égalité de traitement et demander, outre l'allocation de dommages-intérêts en réparation du préjudice ainsi causé à l'intérêt collectif de la profession, qu'il soit enjoint à l'employeur de mettre fin à l'irrégularité constatée, le cas échéant sous astreinte (voir en ce sens, Soc., 22 novembre 2023, pourvoi n° 22-14.807, publié) ;

- action de substitution, ouverte aux seules organisations syndicales représentatives, par l'article L.1134-2 du code du travail, pour demander la réparation du préjudice personnel d'un ou plusieurs salariés qui gardent la faculté de s'opposer à cette action ou de la poursuivre eux-mêmes.

4-3 Constitutionnalité et conventionnalité de l'action de groupe en matière de discrimination

L'article 92 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 dispose que :

I. - Le présent titre n'est pas applicable à l'action de groupe prévue au chapitre III du titre II du livre IV du code de la consommation.

II. - Les chapitres III et IV du présent titre sont **applicables aux seules actions dont le fait générateur de la responsabilité ou le manquement est postérieur à l'entrée en vigueur de la présente loi.**

Les organisations syndicales demanderesses contestent ces dispositions, dans lesquelles elles voient une dérogation au principe d'application immédiate des lois de procédure.

4-3-1 La question prioritaire de constitutionnalité incidente présentée par les organisations syndicales, qui soutenaient que les dispositions précitées de l'article 92, II, de la loi du 18 novembre 2016, portaient atteinte au principe d'égalité des justiciables devant la loi, a été renvoyée au Conseil constitutionnel par arrêt de notre Cour du 4 décembre 2024.

Par décision n°2024-1123 QPC du 6 février 2025, le Conseil constitutionnel a déclaré conforme à la Constitution la référence « III » figurant au paragraphe II de l'article 92 de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

Dans cette décision, le Conseil constitutionnel énonce :

« 8. Toutefois, en premier lieu, l'application immédiate des dispositions ayant institué les actions de groupe en matière de consommation et de santé résulte, respectivement, de la loi du 17 mars 2014 et de la loi du 26 janvier 2016 mentionnées ci-dessus, et non de la loi du 18 novembre 2016. Dès lors, il ne saurait être reproché au législateur d'avoir instauré une différence de traitement injustifiée en ne prévoyant pas les mêmes conditions d'entrée en vigueur pour ces actions de groupe prévues par des lois successives ayant un objet différent.

9. En second lieu, d'une part, il ressort des travaux préparatoires de la loi du 18 novembre 2016 que, en excluant l'application immédiate de l'action de groupe en matière de

discrimination à des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de cette loi, le législateur a entendu permettre aux entreprises de se préparer à la mise en oeuvre d'une nouvelle voie de droit ouverte aux victimes pour obtenir la réparation de leurs préjudices.

10. L'action de groupe en matière de discrimination et celle en matière de protection des données à caractère personnel instituées par cette loi se distinguent, au regard de la nature des faits sur lesquels elles portent, des règles particulières de procédure applicables à chacune d'entre elles et de leur objet. À cet égard, il résulte des dispositions applicables à l'action de groupe en matière de protection des données à caractère personnel, dans leur rédaction issue de la même loi, que cette action tend exclusivement à la cessation des manquements, alors que l'action de groupe en matière de discrimination peut également tendre à la réparation des préjudices subis.

11. Ainsi, la différence de traitement est fondée sur une différence de situation et en rapport avec l'objet de la loi.

12. D'autre part, les victimes de faits constitutifs d'une discrimination peuvent, quelle que soit la date de leur commission, agir selon les voies de droit commun pour obtenir la réparation des préjudices subis.

13. Sont ainsi assurées aux justiciables des garanties égales pour la protection de leurs intérêts.

14. Il résulte de ce qui précède que les griefs tirés de la méconnaissance des principes d'égalité devant la loi et devant la justice doivent être écartés. »

Les travaux parlementaires, auxquels s'est référé le Conseil constitutionnel, font apparaître que la question de l'application de la loi dans le temps s'agissant de l'action de groupe en matière de discrimination a été débattue, la formulation du texte initial ayant connu de nombreux amendements, de suppression et de rétablissement, au cours de la navette parlementaire pour s'achever par l'adoption du texte actuel de l'article 92, II, de la loi lors de la séance du 12 octobre 2016 de l'Assemblée nationale, conforme au projet de loi.¹

La déclaration de conformité à la Constitution prive de portée la 1^{ère} branche du 1^{er} moyen qui invoque une annulation de l'arrêt de la cour d'appel pour perte de fondement juridique.

Cette branche pourrait en conséquence faire l'objet d'une proposition de rejet non spécialement motivée.

4-3-2 La conventionnalité de l'article 92,II, de la loi du 18 novembre 2016

¹ Pour davantage d'éléments sur les travaux parlementaires, voir le rapport établi pour l'examen de la question prioritaire de constitutionnalité, p.13 à 23.

La 2^e branche du 1^{er} moyen invoque une violation des articles suivants de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales :

- article 6 : « Droit à un procès équitable

1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice. »

- article 11 : « Liberté de réunion et d'association

1. Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts.

2. L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Le présent article n'interdit pas que des restrictions légitimes soient imposées à l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'Etat. »

- article 13 : « Droit à un recours effectif

Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles. »

- article 14 : « Interdiction de discrimination

« La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. »

4-3-2-1 La société oppose l'irrecevabilité du 1^{er} moyen, pris en sa 2^e branche, comme étant d'une part incompatible avec la thèse en appel² des organisations syndicales qui réfutaient l'interprétation faite de la loi nouvelle par le tribunal sans pour autant demander d'écarter par principe l'application de ces dispositions nouvelles ni prétendre qu'elles seraient contraire à la Convention européenne de

² Com., 5 octobre 2022, pourvoi n° 20-18.709 ; Soc., 16 mars 2022, pourvoi n° 20-18.582 ; Soc., 19 juin 2024, pourvoi n° 22-23.143, publié.

sauvegarde, comme étant d'autre part, en tout état de cause, nouvelle et mélangée de droit et de fait³.

Nous pourrions nous reporter aux conclusions d'appel de la fédération (prod. n°3, p.31 à 35) et à celles de la CGT (prod. n°4, p. 35 à 39) dans leur partie « *Il sur l'application dans le temps des dispositions relatives à la procédure de l'action de groupe et sur la critique du jugement* », dont il ressort effectivement que ces organisations syndicales n'ont pas invoqué les dispositions précitées de la Convention européenne de sauvegarde et ont contesté l'application faite par les premiers juges des dispositions de la loi nouvelle sans prétendre que celles-ci devraient être écartées au motif de la privation d'une protection effective des victimes de discrimination.

Si la chambre considérait que le moyen tiré de l'inconventionnalité de l'article 92,II, de la loi du 18 novembre 2016 est né de la décision attaquée, il n'en demeure pas moins que selon sa jurisprudence, est irrecevable comme nouveau, car mélangé de droit et de fait, un moyen tiré de l'application d'une disposition de la Convention européenne de sauvegarde :

Soc., 18 octobre 2023, pourvoi n° 21-24.219 :

16. Il ne résulte ni de l'arrêt, ni des pièces de la procédure que la salariée a soutenu devant la cour d'appel que le moyen de preuve tiré du contrôle litigieux était irrecevable pour avoir été obtenu de manière illicite en violation de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

17. Le moyen, nouveau et mélangé de fait et de droit, est dès lors irrecevable.

Soc., 18 mai 2022, pourvoi n° 20-21.574 :

6. Il ne résulte ni de l'arrêt ni des pièces de la procédure que l'employeur a soutenu devant la cour d'appel un moyen pris de la violation des articles 9 du code de procédure civile et 6, § 1er, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou du principe de loyauté dans l'administration de la preuve.

7. Le moyen, nouveau et mélangé de fait et de droit, est dès lors irrecevable.

Voir également, Soc., 5 janvier 2022, pourvoi n° 20-16.293.

Si notre chambre dans son délibéré considérait la 2^e branche nouvelle et mélangée de droit et de fait, par là-même irrecevable, elle pourrait décider de la rejeter par décision non spécialement motivée.

4-3-2-2 Le principe de non-rétroactivité d'une loi de procédure se retrouve dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme et dans la jurisprudence de la Cour de cassation.

Dans un arrêt du 19 décembre 1997, la cour européenne des droits de l'homme (Brualla Gómez de la Torre c. Espagne) énonce :

³ 1^{re} Civ., 28 juin 2023, pourvoi n° 22-12.738

35. La Cour note que la solution adoptée en l'espèce par les juridictions espagnoles s'inspire d'un principe généralement reconnu selon lequel, sauf disposition expresse en sens contraire, les lois de procédure s'appliquent immédiatement aux procédures en cours.

Toutefois, par cet arrêt la CEDH a conclu à la non-violation de l'article 6§1 de la Convention et qu'il n'y avait pas lieu de rechercher s'il y a eu violation de l'article 13 de la Convention.

Dans la jurisprudence de la Cour de cassation, on peut relever :

* Ass. plén., 3 avril 1962, pourvoi n° 61-10.142, Bulletin des arrêts Cour de Cassation Assemblée plénière N 001 : « *L'article 16 du décret n° 58-1289 du 22 décembre 1958 en tant qu'il déroge au principe de l'effet immédiat des lois de procédure lorsqu'il soustrait aux règles nouvelles les instances en cours, doit être interprété restrictivement comme tendant seulement à éviter un changement de procédure, à la date du 2 mars 1959, devant une juridiction saisie antérieurement.* » (extrait du sommaire).

* 2e Civ., 8 juillet 2010, pourvoi n° 09-68.715, Bull. 2010, II, n° 142 : « *Etant des règles de procédure, les dispositions de l'article R. 162-42-10 du code de la sécurité sociale issues du décret n° 2006-307 du 16 mars 2006 sont d'application immédiate.* »

(sommaire)

* Avis de la Cour de cassation du 22 mars 1999, n°99-00.001 :

Vu les principes généraux du droit transitoire, selon lesquels, **en l'absence de disposition spéciale**, les lois relatives à la procédure et aux voies d'exécution sont d'application immédiate ;

* Soc., 14 novembre 1984, pourvoi n° 81-13.144, Bulletin 1984 V N° 440 : « *Antérieurement à la loi du 17 juillet 1978 qui a complété l'article L 465 du code de la sécurité sociale, l'action des organismes de sécurité sociale en répétition des prestations indûment versées au titre de la législation sur les accidents du travail était, à défaut d'une disposition particulière instituant une prescription plus brève, soumise à la prescription trentenaire de droit commun. Fait une application rétroactive des dispositions nouvelles issues de cette loi, laquelle, restreignant l'exercice d'un droit n'est pas une loi de procédure, la décision qui déclare atteints par la prescription biennale les paiements effectués plus de deux ans avant la demande en restitution de la caisse alors qu'à la date de cette réclamation la prescription trentenaire n'était pas acquise.* »

Toutefois, il faut rappeler que ce principe d'application immédiate d'une loi de procédure n'a qu'une valeur législative et que le Législateur peut en disposer autrement (cf la mention « en l'absence de disposition spéciale » énoncée au visa de l'avis précédemment cité de la Cour de cassation). Or la précision à l'article 92, II, de la loi du 18 novembre 2016, prévoyant en matière de discrimination l'application « aux seules actions dont le fait générateur de la responsabilité ou le manquement est postérieur à l'entrée en vigueur de la présente loi », peut s'analyser en tout état de cause en une disposition spéciale.

4-3-2-3 La 2^e branche tend à dire que l'application de cet article 92, II, a pour effet de priver les victimes de discrimination d'une protection judiciaire efficace en restreignant leur droit d'accès au juge.

Dans leur mémoire ampliatif, les organisations syndicales font valoir que « *La restriction prévue par l'article 92 II ... aboutit d'une part, à priver les victimes de discrimination de toute possibilité de se prévaloir des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi – lesquels ne pourront donc jamais être invoqués à l'appui d'une action de groupe - et d'autre part, à imposer à ces victimes d'attendre un temps considérable après l'entrée en vigueur de celle-ci afin de pouvoir disposer de suffisamment de faits de nature à fonder leur action de groupe. (...) l'action de groupe...ne pourra concrètement avoir d'effet utile qu'au terme de nombreuses années postérieures au 20 novembre 2016 et au surplus, sans qu'il ne soit jamais possible aux requérants de se prévaloir des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi. Aussi bien, alors que la loi avait précisément pour objectif de permettre aux victimes de discriminations d'accéder plus aisément au juge, son article 92 II la prive de toute effectivité immédiate et plus avant, prive les salariés victimes de discrimination, en restreignant leur droit d'accès au juge, d'une protection judiciaire effective contre les discriminations syndicales.* »

Elles se prévalent au soutien de cette thèse d'un arrêt de la CEDH du 10 décembre 2009 (Danilenkov et autres c. Russie, requête n° 67336/01) par lequel la Cour de Strasbourg « *veille avec une attention toute particulière à la possibilité pour les victimes de discrimination syndicale de pouvoir disposer d'un recours effectif en imposant aux Etats des obligations positives en matière procédurale* ».

Elles insistent notamment sur l'énoncé, dans cet arrêt, au paragraphe 124 que :
« 124. Aux yeux de la Cour, il est crucial que les individus victimes d'un traitement discriminatoire puissent contester ce traitement et intenter une action en justice pour obtenir à cet égard une indemnisation ou une autre forme de réparation. Dès lors, les Etats sont tenus, en vertu des articles 11 et 14 de la Convention, de mettre en place un système judiciaire qui garantisse une protection réelle et effective contre la discrimination syndicale ».

Toutefois, si par cet arrêt la CEDH a effectivement conclu à une violation de l'article 14 combinée avec l'article 11 de la Convention, c'est après avoir « vérifi(é) que les autorités ont pris des mesures suffisantes pour protéger les requérants contre le traitement discriminatoire dont ils allèguent avoir fait l'objet en raison de leur choix d'adhérer au syndicat » (point 125) et énoncé, dans cet examen, que les dispositions du droit russe, prévoyant au moment des faits une interdiction générale de toutes les discriminations fondées sur l'appartenance ou la non-appartenance à un syndicat, « sont restées sans effet en l'espèce. La Cour note que, dans deux procédures distinctes, les autorités judiciaires internes ont refusé d'examiner les allégations de discrimination formulées par les requérants, estimant que l'existence d'une discrimination ne pouvait être établie que dans le cadre d'une procédure pénale et que les griefs des intéressés ne pouvaient donc être examinés dans le cadre d'une action civile » (cf point 133), puis, analysant ce qu'elle nomme « la principale faiblesse du recours pénal », que « une procédure civile aurait permis de réaliser la tâche bien plus délicate consistant à examiner tous les éléments de la relation entre les requérants et leur employeur, y compris les effets

combinés des différentes techniques utilisées par celui-ci pour inciter les dockers à quitter le SDR, et d'apporter une réparation appropriée » (point 134), de sorte qu'elle a *in fine* (point 136) retenu que « l'Etat ne s'est pas dûment acquitté de ses obligations positives de mettre en œuvre une protection judiciaire claire et effective contre la discrimination fondée sur l'appartenance à un syndicat ».

Or, selon une jurisprudence constante, la CEDH rappelle que le droit d'accès au juge résultant de l'article 6, §1, n'est pas un droit absolu et qu'il peut donner lieu à des limitations par la réglementation d'un Etat.

Voir pour une illustration récente de cette jurisprudence, l'arrêt du 24 septembre 2024 rendu par la Grande chambre « Fabbri et autres c. Saint-Marin, requête n° 6319/21 » et cité par le mémoire en défense :

« 126 Le droit d'accès à un tribunal n'est pas absolu ; il se prête à des limitations implicitement admises, car il appelle de par sa nature même une réglementation par l'État, lequel jouit à cet égard d'une certaine marge d'appréciation (Naït-Liman, § 114, et Nicolae Virgiliu Tanase, § 195, tous deux précités). Cette réglementation peut varier dans le temps et dans l'espace en fonction des besoins et des ressources de la communauté et des individus (Stanev c. Bulgarie [GC], no 36760/06, § 230, CEDH 2012, et Paroisse gréco-catholique Lupeni et autres c. Roumanie [GC], no 76943/11, § 89, 29 novembre 2016). S'il appartient à la Cour de statuer en dernier ressort sur le respect des exigences de la Convention, elle n'a pas qualité pour substituer à l'appréciation des autorités nationales une autre appréciation de ce que pourrait être la meilleure politique en la matière (Paroisse gréco-catholique Lupeni et autres, § 89, et Zubac, § 78, tous deux précités). **Néanmoins, les limitations apportées au droit d'accès à un tribunal ne sauraient restreindre ou réduire l'accès ouvert à l'individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même.** En outre, les limitations appliquées ne se concilient avec l'article 6 § 1 de la Convention que si elles poursuivent un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (Baka c. Hongrie [GC], no 20261/12, § 120, 23 juin 2016, ainsi que Paroisse gréco-catholique Lupeni et autres, § 89, Naït-Liman, § 115, Zubac, § 78, Nicolae Virgiliu Tanase, § 195, et Grzeda, § 343, tous les cinq précités). »

C'est d'ailleurs au regard de cette jurisprudence de la CEDH que notre chambre a répondu, par un arrêt du 14 février 2024, aux moyens présentés par un salarié marocain, invoquant une discrimination en raison de sa nationalité, caractérisée notamment par une différence de traitement par rapport aux agents du cadre permanent relevant du statut de la SNCF, tant en ce qui a trait au déroulement de sa carrière qu'à son régime de retraite, afin de critiquer la décision d'une cour d'appel ayant déclaré ses demandes prescrites. Notre chambre a ainsi rejeté des moyens qui invoquaient notamment une violation des articles 6, 14 et 13 de la Convention européenne de sauvegarde.

Soc., 14 février 2024, pourvoi n° 22-22.920 :

11. Selon la Cour européenne des droits de l'homme, le droit d'accès aux tribunaux n'étant pas absolu, il peut donner lieu à des limitations implicitement admises car il appelle de par sa nature même une réglementation par l'État, laquelle peut varier dans le temps et dans l'espace en fonction des besoins et des ressources de la communauté et des individus. En élaborant pareille réglementation, les États contractants jouissent

d'une certaine marge d'appréciation. Néanmoins, les limitations appliquées ne sauraient restreindre l'accès ouvert à l'individu d'une manière ou à un point tel que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même. En outre, elles ne se concilient avec l'article 6 , § 1, de la Convention que si elles poursuivent un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (notamment CEDH Edificaciones March Gallego S.A. c. Espagne, 19 février 1998, n° 28028/95, § 34).

12. Elle juge notamment que les délais légaux de péremption ou de prescription, qui figurent parmi les restrictions légitimes au droit d'accès à un tribunal, ont plusieurs finalités importantes : garantir la sécurité juridique en fixant un terme aux actions, mettre les défendeurs potentiels à l'abri de plaintes tardives peut-être difficiles à contrer, et empêcher l'injustice qui pourrait se produire si les tribunaux étaient appelés à se prononcer sur des événements survenus loin dans le passé à partir d'éléments de preuve auxquels on ne pourrait plus ajouter foi et qui seraient incomplets en raison du temps écoulé (CEDH Stubbings et autres c. Royaume-Uni, 22 octobre 1996, n° 22083/93 et 22095/93, § 51-52).

Pour répondre à la critique présentée par la 2^e branche du 1^{er} moyen, notre chambre devra donc s'interroger sur le point de savoir si les dispositions de l'article 92,II, de la loi du 18 novembre restreignent ou non l'accès au juge « d'une manière ou à un point tel que le droit (de ne pas être discriminé) s'en trouve atteint dans sa substance même », étant observé que :

- l'action de groupe en matière de discrimination, instaurée par la loi du 18 novembre 2016, est une création qui ouvre une voie procédurale nouvelle, qui vient s'ajouter aux actions civiles déjà à disposition,

- tant des salariés estimant être victimes d'une discrimination syndicale : les dispositions des articles L.1132-1 et L.1134-5 du code du travail ne sont pas affectées par la loi nouvelle et les salariés conservent la possibilité de saisir la juridiction prud'homale aux fins de réparation du préjudice qu'ils imputent à une discrimination syndicale et ce selon les règles particulières de prescription et d'étendue de la réparation du dommage posées par l'article L.1134-5 ;

- que des organisations syndicales, s'agissant de l'action pour la défense de l'intérêt collectif de la profession, fondée sur l'article L.2132-3 du code du travail), ou de l'action de substitution fondée sur l'article L.1134-2 du code du travail permettant aux organisations syndicales représentatives de demander la réparation du préjudice personnel d'un ou plusieurs salariés qui gardent la faculté de s'opposer à cette action ou de la poursuivre eux-mêmes (voir supra, point 4-2-3) ;

- le Conseil constitutionnel, dans sa décision précédemment citée, pour déclarer conforme à la Constitution le texte critiqué, a précisément retenu que « les victimes de faits constitutifs de discrimination peuvent, quelle que soit la date de leur commission, agir selon les voies de droit commun pour obtenir la réparation des préjudices subis »;

- le mémoire en défense souligne que dans le cadre de la marge d'appréciation laissée aux Etats, « *la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'oblige en aucune façon les Etats signataires à créer des actions de groupe, dans quelque domaine que ce soit ; et notamment pas dans le domaine de la lutte contre les discriminations. Le législateur français aurait donc très bien pu ne même pas créer d'action de groupe en matière de discrimination au travail, sans que cela soit critiquable du point de vue de la Convention européenne. A fortiori, les modalités*

choisies pour mettre en place cette action de groupe ne sont pas critiquables en elles-mêmes. » ;

- le mémoire en défense ajoute que l'article 92, II, de la loi de 2016 « n'est pas un report d'entrée en vigueur de l'action de groupe stricto sensu, mais signifie que l'action de groupe, qui peut être introduite dès l'entrée en vigueur de la loi, ne peut toutefois être fondée que sur des faits générateurs de responsabilité ou des manquements postérieurs à cette même entrée en vigueur. (...) La loi litigieuse ne constitue en rien une entrave à l'action syndicale (...) L'action de groupe est simplement venue s'ajouter à une législation déjà protectrice, sans rien retirer à celle-ci ».

4-3-3 Les 3^e et 4^e branches : Propositions de rejet non spécialement motivé

La 3^e branche, qui invoque une violation du principe d'application immédiate des lois de procédure et des articles L.1134-6 à L. 1134-10 du code du travail, reproche aux juges du fond d'avoir retenu que la loi du 18 novembre 2016 procède à la fois d'une réforme de procédure et d'une réforme de fond, ce qui milite d'autant plus pour la prévalence du principe général de non-rétroactivité de la loi.

La 4^e branche, qui invoque une violation des mêmes dispositions du code du travail, reproche aux juges du fond d'avoir retenu que l'adoucissement du droit de la preuve par la loi du 18 novembre 2016 avait pour corollaire la référence à la date d'entrée en vigueur de la loi, alors que cette loi ne comporte aucune disposition nouvelle quant à la preuve des discriminations.

Ces deux branches, qui critiquent des motifs du jugement (cf jugement, prod. n°1, p. 12, 1^{er} § et p.11, 3^e §) non adoptés par la cour d'appel qui a statué par motifs propres, sont donc inopérantes et peuvent en conséquence faire l'objet d'une proposition de rejet non spécialement comme n'étant manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

4-4 La possibilité d'invoquer des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi ? les 5^e à 7^e branches du 1^{er} moyen

4-4-1 les motifs de l'arrêt attaqué

Au cas présent, relativement au périmètre de l'action de groupe, l'arrêt d'appel énonce les motifs suivants (p.12) :

« Il convient de se référer aux dispositions de l'article L. 1134-7 précité duquel il résulte qu'une organisation syndicale de salariés représentative peut 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 et imputable au même employeur.

Ainsi, il en résulte que le bien-fondé de l'action de groupe doit s'apprécier au regard de manquements individuels imputables au même employeur et pouvant, s'ils sont avérés, conduire à un constat collectif d'une situation de discrimination dans l'entreprise.

Surtout, en application de l'article 92-II de la loi du 18 novembre 2016, les dispositions spécifiques à l'action de groupe sont applicables aux seules actions dont le fait générateur de la responsabilité ou le manquement est postérieur au 19 novembre 2016.

Ainsi, au regard de cette disposition mais également en application du principe général de non-rétroactivité de la loi, il doit être considéré qu'il appartient au syndicat demandeur de soumettre au juge des éléments de fait susceptible de caractériser la réalité de manquements de l'employeur postérieurs au 20 novembre 2016. À l'opposé, il appartient à l'employeur, s'il conteste le caractère discriminatoire du manquement, d'établir que la disparité de situation constatée est justifiée par des éléments objectifs, étrangers à toute discrimination fondée sur l'appartenance syndicale.

En revanche, en l'absence de justification d'éléments de fait susceptibles de caractériser des manquements postérieurs au 20 novembre 2016, il ne peut être examiné la réalité d'un fait générateur ou d'un manquement qui s'est produit antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi sur l'action de groupe. »

Examinant ensuite le bien-fondé de l'action de groupe dont elle était saisie, la cour d'appel a d'abord analysé les 36 situations individuelles de salariés, invoquées par les syndicats afin « d'objectiver une situation générale et collective de discrimination » (arrêt, p. 12 à 19). Elle a retenu en substance d'une part que devaient être écartés les éléments antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi s'agissant notamment des éléments chiffrés ou chiffrables qui étaient produits quant à une différence de rémunération, d'autre part que lorsque sont produits des éléments postérieurs à novembre 2016, s'agissant notamment de mentions dans certaines évaluations de quelques salariés ou de revalorisation de classification en faveur de quelques salariés ne laissent pas supposer l'existence d'une discrimination syndicale, de sorte que la cour d'appel en a conclu (arrêt, p.19) que :

« Il se déduit donc de l'examen de l'ensemble de ces situations individuelles qu'il n'est pas justifié par les appelants d'éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination concernant au moins deux salariés survenus postérieurement au 19 novembre 2016, date d'application des dispositions spécifiques à l'action de groupe et permettant d'examiner la situation dans sa globalité antérieurement à la prise d'effet des dispositions spécifiques à l'action de groupe. ».

La cour d'appel a ensuite, pour écarter la « discrimination syndicale systémique » alléguée, énoncé les motifs suivants (arrêt, p.20) :

« Au regard d'une prétendue systématisation de la discrimination syndicale, il doit être considéré que l'accord de groupe du 19 juillet 2006 est antérieur de plus de 10 ans à la date d'application des dispositions spécifiques à l'action de groupe. À l'évidence, le fait générateur de la responsabilité issu de la mise en place de cet accord est donc nécessairement antérieur au 20 novembre 2016. En effet, s'agissant de l'application d'un accord collectif, il ne peut être fait application des dispositions spécifiques à l'action de groupe qu'au regard de l'appréciation du fait générateur de la responsabilité. Il en va nécessairement de même pour l'accord collectif du 30 janvier 2009. »

Puis, examinant le message « LinkedIn », diffusé en novembre 2022 par le responsable opération réparation d'un site, invoqué par les organisations syndicales,

la cour d'appel (arrêt, p.20 et 21) a retenu qu'il ne constituait pas un fait laissant supposer une discrimination collective de la part de l'employeur.

In fine, la cour d'appel a retenu que « Il se déduit donc de ces éléments qu'il n'est pas justifié par les syndicats appelants d'un fait générateur de la responsabilité postérieur au 19 novembre 2016. Dans ces conditions, le jugement doit être confirmé en ce qu'il a débouté les syndicats CGT de l'ensemble de leurs demandes ».

4-4-2 les 5^e et 6^e branches du 1^{er} moyen reposent sur le caractère continu de la discrimination lorsqu'elle se manifeste dans un retard de carrière.

4-4-2-1 Ces deux branches invoquent une violation de l'article 92, II, de la loi du 18 novembre 2016, de l'article 1^{er} de la loi du 27 mai 2008, de l'article L.1134-8 du code du travail et des articles 6 §1 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde.

On sait que l'article 1^{er} de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008, portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, auquel renvoie l'article L.1132-1 du code du travail, définit la discrimination, directe et indirecte.

Pour mémoire, l'article L. 1132-1, dans sa rédaction issue de la loi du 18 novembre 2016, applicable à la date de saisine du tribunal judiciaire, disposait que :

Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1^{er} de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de l'un des motifs énoncés à l'article 1^{er} de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 précitée.⁴

⁴Les dispositions actuelles de l'article L.1132-1, issues de la loi Article L1132-1 n°2022-401 du 21 mars 2022, sont les suivantes :

Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de nomination ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1^{er} de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, d'horaires de travail, d'évaluation de la performance, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une

L'article 1^{er} de la loi du 27 mai 2008, dans sa rédaction applicable à la même date de saisine de la juridiction, disposait que :

Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son origine, de son sexe, de sa situation de famille, de sa grossesse, de son apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son patronyme, de son lieu de résidence, de son état de santé, de sa perte d'autonomie, de son handicap, de ses caractéristiques génétiques, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales, de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une prétendue race ou une religion déterminée, 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.

Constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés.

La discrimination inclut :

1° Tout agissement lié à l'un des motifs mentionnés au premier alinéa et tout agissement à connotation sexuelle, subis par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ;

2° Le fait d'enjoindre à quiconque d'adopter un comportement prohibé par l'article 2.

S'agissant spécifiquement de la discrimination syndicale, on ajoutera que l'article L.2141-5 du code du travail précise, en son alinéa 1^{er}, que :

Il est interdit à l'employeur de prendre en considération l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions en matière notamment de recrutement, de conduite et de répartition du travail, de formation professionnelle, d'avancement, de rémunération et d'octroi d'avantages sociaux, de mesures de discipline et de rupture du contrat de travail.

On observera qu'en évoquant une « mesure discriminatoire » dont ne peut faire l'objet une personne en raison de ses activités syndicales ou les « décisions » prises par l'employeur en considération de l'appartenance syndicale ou des activités syndicales d'un salarié, les textes précités permettent d'englober des actes positifs

nation ou une prétendue race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de son exercice d'un mandat électif, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille, de son lieu de résidence ou de sa domiciliation bancaire, ou en raison de son état de santé, de sa perte d'autonomie ou de son handicap, de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de sa qualité de lanceur d'alerte, de facilitateur ou de personne en lien avec un lanceur d'alerte, au sens, respectivement, du I de l'article 6 et des 1° et 2° de l'article 6-1 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

de l'employeur: ex, affectation à un salarié d'un coefficient inférieur à la classification conventionnelle pour les fonctions exercées, refus de nomination à un poste sollicité par le salarié ..., mais également des abstentions ou omissions lorsque l'employeur s'abstient d'accorder à un salarié la prime versée à d'autres salariés exerçant les mêmes fonctions dans un poste identique, d'examiner la candidature d'un salarié à un poste supérieur...

4-4-2-2 Les 5^e et 6^e branches du 1^{er} moyen s'attachent aux spécificités d'une discrimination dans le déroulement de carrière, en soutenant que :

- la discrimination de carrière ne désigne pas un fait précis et isolé, mais une situation ou une pratique produisant ses effets tout au long de la carrière du salarié et présente donc un caractère continu. Il est en conséquence reproché à la cour d'appel d'avoir violé les textes susvisés en refusant d'examiner les faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi, lesquels pourtant continuent pourtant de produire leurs effets postérieurement à cette date : 5^e branche ;

- la discrimination de carrière, à laquelle il s'agit de mettre fin par l'exercice de l'action de groupe, et qui ne désigne pas un fait précis et isolé mais une situation ou une pratique, ne peut par nature être appréciée au regard d'un seul fait générateur ou manquement mais doit faire l'objet d'un examen global au vu de l'ensemble des faits laissant supposer l'existence d'une discrimination. Il est en conséquence reproché à la cour d'appel d'avoir violé les textes susvisés, en exigeant des éléments de fait susceptibles de caractériser la réalité de manquements postérieurs à l'entrée en vigueur et en refusant d'examiner les éléments antérieurs à cette date alors qu'il lui appartenait nécessairement d'apprécier la situation de discrimination au regard de l'ensemble des faits présentés par les demandeurs : 6^e branche.

Ces deux branches font donc écho aux termes « dont le fait générateur de la responsabilité ou le manquement est postérieur à ... » employés à l'article 92,II, de la loi du 18 novembre 2016. On pourra observer que cette formulation trouve son corollaire à l'article L.1134-8 du code du travail, créé par cette même loi, lorsqu'il est dit 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 ».

Or la jurisprudence de la chambre sociale, en matière de discrimination, ne fait pas apparaître cette expression de « fait générateur », notamment dans ses décisions rendues relativement à la prescription résultant de l'article L.1134-5 du code du travail.

L'article L.1134-5 précise en effet que :

L'action en réparation du préjudice résultant d'une discrimination se prescrit par cinq ans à compter de la révélation de la discrimination.

Ce délai n'est pas susceptible d'aménagement conventionnel.

Les dommages et intérêts réparent l'entier préjudice résultant de la discrimination, pendant toute sa durée.

Dans un avis du 24 avril 2024 (Soc., 24 avril 2024, pourvoi n° 21-20.979), la chambre sociale, en réponse à la demande formulée en application de l'article 1015-1 du code de procédure civile par la 2^e chambre civile, a notamment énoncé:

17. En application de cette disposition⁵, d'une part la chambre sociale juge que l'action en discrimination n'est pas prescrite lorsque le salarié fait valoir que la discrimination s'est poursuivie tout au long de sa carrière au sein de l'entreprise en termes d'évolution professionnelle, tant salariale que personnelle, et **qu'il en résulte qu'il se fonde sur des faits qui n'ont pas cessé de produire leurs effets avant la période non atteinte par la prescription** (Soc., 31 mars 2021, pourvoi n° 19-22.557, publié ; Soc., 23 juin 2021, pourvoi n° 20-10.020 ; Soc., 9 mars 2022, pourvoi n° 20-19.345 ; Soc., 19 octobre 2022, pourvoi n° 21-21.309 ; Soc., 19 avril 2023, pourvoi n° 21-15.751).

18. La chambre sociale juge d'autre part que la réparation intégrale d'un dommage oblige à placer celui qui l'a subi dans la situation où il se serait trouvé si le comportement dommageable n'avait pas eu lieu, et les dispositions de l'article L. 412-2 devenu l'article L. 2141-5 du code du travail ne font pas obstacle à ce que le juge ordonne le reclassement d'un salarié victime d'une discrimination prohibée (Soc., 23 novembre 2005, pourvoi n° 03-40.826, Bull. 2005, V, n° 332 ; Soc., 16 janvier 2019, pourvoi n° 17-17.475 ; Soc., 25 septembre 2019, pourvoi n° 18-14.975), le salarié privé d'une possibilité de promotion par suite d'une discrimination pouvant prétendre, en réparation du préjudice qui en est résulté dans le déroulement de sa carrière, à un reclassement dans le coefficient de rémunération qu'il aurait atteint en l'absence de discrimination (Soc., 9 octobre 2019, pourvoi n° 18-16.109).

Voir ainsi :

* Soc., 31 mars 2021, pourvoi n° 19-22.557, publié, qui a censuré un arrêt de cour d'appel ayant débouté un salarié de sa demande au titre d'une discrimination syndicale et ayant déclaré irrecevable l'intervention à ses côtés d'un syndicat : Vu l'article L. 1134-5 du code du travail et l'article 26 II de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 :

4. Aux termes du premier de ces textes, l'action en réparation du préjudice résultant d'une discrimination se prescrit par cinq ans à compter de la révélation de la discrimination.

5. Avant l'entrée en vigueur de la loi susvisée du 17 juin 2008 l'action en réparation du préjudice résultant d'une discrimination était soumise à la prescription trentenaire de l'article 2262 du code civil dans sa rédaction alors applicable. Selon l'article 26 II de la loi susvisée, les dispositions qui réduisent le délai de la prescription s'appliquent aux prescriptions à compter du jour de l'entrée en vigueur de la loi, sans que la durée totale puisse excéder la durée prévue par la loi antérieure.

6. Pour dire prescrite l'action relative à une discrimination engagée par la salariée le 10 avril 2012, l'arrêt retient, par motifs propres et adoptés, que la salariée se plaint d'une discrimination syndicale remontant à septembre 1977, qu'il n'est pas sérieusement contestable que la salariée avait connaissance de faits susceptibles de revêtir la qualification de discrimination syndicale depuis qu'en août 1981 elle avait fait état de cette discrimination et sollicité un changement de poste, et que l'inspecteur du travail avait relayé cette réclamation dans un courrier du 5 novembre 1981, si bien que le délai de prescription a expiré le 5 novembre 2011.

7. En statuant ainsi, alors que si la salariée faisait état d'une discrimination syndicale ayant commencé dès l'obtention de son premier mandat en 1977 et dont elle s'est plainte en 1981, période couverte par la prescription trentenaire, elle faisait valoir que cette discrimination

⁵ Article L.1334-5 du code du travail

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, la cour d'appel a violé les textes susvisés.

* Soc., 23 juin 2021, pourvoi n° 20-10.020 :

7. En statuant ainsi, alors que l'intéressé faisait valoir que la discrimination dont il se prétendait victime portait sur un retard de carrière et la rémunération afférente, et que les effets de ce retard de carrière s'étaient poursuivis jusqu'à son départ de l'entreprise le 31 août 2008, ce dont il résultait qu'il se fondait sur des faits qui n'avaient pas cessé de produire leurs effets avant la période non atteinte par la prescription, la cour d'appel a violé les textes susvisés.

* Soc., 9 mars 2022, pourvoi n° 20-19.345 :

7. En statuant ainsi, alors que si le salarié faisait état d'une discrimination syndicale ayant commencé dès le transfert de son contrat de travail le 1er août 2008 et dont il s'est plaint en 2009, période couverte par la prescription, il faisait valoir que cette discrimination s'était poursuivie tout au long de sa carrière au sein de la société en terme d'évolution professionnelle, tant salariale que personnelle, ce dont il résultait que le salarié se fondait sur des faits qui n'avaient pas cessé de produire leurs effets avant la période non atteinte par la prescription, la cour d'appel a violé les textes susvisés.

* Soc., 19 octobre 2022, pourvoi n° 21-21.309 :

7. En statuant ainsi, alors que le salarié faisait valoir que postérieurement au repositionnement effectué en 2003 qui lui avait permis d'obtenir le coefficient qui aurait dû être le sien s'il n'avait pas été victime de discrimination syndicale, il n'avait notamment plus connu aucune évolution de coefficient et était ainsi victime d'une différence de traitement persistante constitutive de discrimination illicite, ce dont il résultait que le salarié se fondait sur des faits qui n'avaient pas cessé de produire leurs effets avant la période non atteinte par la prescription, la cour d'appel a violé les textes susvisés.

* Soc., 19 avril 2023, pourvoi n° 21-15.751 :

12. En statuant ainsi, alors que, si la salariée faisait état d'une discrimination syndicale ayant commencé en 2000, d'une rétrogradation qu'elle avait subie en novembre 2002 et du refus systématique des postes auxquels elle avait candidaté à compter de 2005, elle 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 qu'elle se fondait sur des faits qui n'avaient pas cessé de produire leurs effets avant la période non atteinte par la prescription, la cour d'appel a violé les textes susvisés.

* Soc., 20 mars 2024, pourvoi n° 23-11.837 :

13. En statuant ainsi, alors que, si le salarié faisait état d'une discrimination syndicale ayant commencé dès 1987, il faisait valoir que cette discrimination s'était poursuivie tout au long de sa carrière en terme d'évolution professionnelle, tant salariale que personnelle, qu'ainsi, il demeurait au coefficient 104 niveau II position 1 depuis 2006 et n'avait bénéficié d'aucun entretien annuel d'évaluation depuis 2005, ce dont il résultait qu'il se fondait sur des faits qui n'avaient pas cessé de produire leurs effets avant la période non atteinte par la prescription, la cour d'appel a violé les textes susvisés.

4-4-2-3 Les 5^e et 6^e branches de ce moyen posent donc en l'espèce la question de savoir si la discrimination se traduisant par une différence de traitement dans l'évolution de carrière de salariés présente ou non un caractère continu, ce qui fait davantage référence au caractère continu d'une infraction en matière pénale afin de déterminer les règles de prescription et de point de départ du délai de prescription et ce par opposition à un délit instantané.

Voir pour des illustrations de ces notions de délit instantané ou continu, dans la jurisprudence de la chambre criminelle :

* Crim., 11 septembre 2019, pourvoi n° 18-81.040, publié : « *Le délit de blanchiment prévu et réprimé par l'article 324-1 du code pénal, **qui s'exécute en un trait de temps, est une infraction instantanée.***

Encourt la censure l'arrêt, qui, pour retenir à l'encontre du prévenu, poursuivi du chef de blanchiment, des opérations tenant à la création et au fonctionnement d'un compte antérieurement à la période de prévention, sans constater que le prévenu avait accepté d'être jugé sur des faits de blanchiment commis au moyen de ces opérations, énonce que le blanchiment est une infraction continue, qui perdure après l'ouverture des comptes et le dépôt sur ceux-ci des sommes dissimulées au fisc, quelle que soit leur utilisation ultérieure ou leur absence d'utilisation. » (sommaire)

Dans son rapport dans cette affaire, Madame la conseillère Fouquet rappelait : « Traditionnellement, une infraction est dite instantanée lorsqu'elle se réalise dans un trait de temps, en un instant (ex : le vol, le meurtre...). »

Une infraction est dite continue lorsque ses effets se prolongent dans le temps par la répétition de la volonté coupable (ex : la séquestration, le port illégal de décoration...) »⁶.

* pour un exemple de délit continu, le délit de recel de cadavre, le délai de prescription ne courant qu'à compter du jour où la dissimulation a cessé : Crim., 13 décembre 2017, pourvoi n° 17-83.330, Bull. crim. 2017, n° 290.

* Crim., 29 novembre 2016, pourvoi n° 15-86.409, Bull. crim. 2016, n° 309 : « *Le recel d'un bien, s'agissant d'une infraction continue, est de nature à causer un préjudice de jouissance personnel et direct aux héritiers du propriétaire auquel ce bien a été soustrait de façon délictueuse, dès lors que ce délit se poursuit à un moment où ils ont acquis cette qualité.* » (sommaire)

* Crim., 19 mars 2008, pourvoi n° 07-80.473, Bull. crim. 2008, n° 73 : « *Le délit d'abus de position dominante, résultant de la conclusion d'un contrat d'approvisionnement exclusif, se prescrit à compter du dernier acte d'exécution dudit contrat.* » (sommaire)

La discrimination est instituée comme un délit par l'article 225-1 du code pénal, lequel dispose, dans sa rédaction issue de la loi n°2022-401 du 21 mars 2022, au 1^{er} alinéa :

⁶ B. Bouloc, Droit pénal général : Dalloz, 24^e éd., 2015, n° 230

Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques sur le fondement de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de leur situation économique, apparente ou connue de son auteur, de leur patronyme, de leur lieu de résidence, de leur état de santé, de leur perte d'autonomie, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur identité de genre, de leur âge, de leurs opinions politiques, **de leurs activités syndicales**, de leur qualité de lanceur d'alerte, de facilitateur ou de personne en lien avec un lanceur d'alerte au sens, respectivement, du I de l'article 6 et des 1° et 2° de l'article 6-1 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, de leur capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une Nation, une prétendue race ou une religion déterminée.

Selon l'article 225-3 du code pénal, la discrimination définie aux articles 225-1 à 225-1-2, commise à l'égard d'une personne physique ou morale, est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende lorsqu'elle consiste « 3 ° à refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne ». Or selon la jurisprudence de la chambre criminelle, *« La décision de l'employeur affectant la carrière, la rémunération d'un salarié peut revêtir, si elle est infondée, le caractère d'une sanction au sens de l'article 225-2 3° du code pénal relatif aux discriminations »* : Crim., 28 avril 2009, pourvoi n° 07-82.901, Bull. crim. 2009, n° 74 (sommaire).

4-4-2-4 Les thèses des parties

Le mémoire ampliatif insiste sur le terme « situation » employé par l'article 1^{er} de la loi du 27 mai 2008 pour définir la discrimination, en faisant remarquer qu'il en résulte que *« si la discrimination peut certes désigner un fait isolé, elle correspond bien souvent et en particulier en matière de discrimination de carrière, à une série de décision et de pratiques diffuses qui s'inscrivent sur la durée. (...) C'est d'ailleurs précisément parce que, fréquemment, le point de départ, comme la durée de la discrimination sont difficiles à déterminer que la loi ne fait pas usage du terme d'acte discriminatoire mais vise la « situation » subie par la personne et non l'acte commis par l'auteur de la discrimination. Pour cette même raison, le point de départ de la prescription est fixé, non pas au jour de l'acte discriminatoire mais à compter de la révélation de la discrimination (article L.1134-5 du CT). Aussi bien, la discrimination présente d'une part, un caractère continu et d'autre part, ne saurait être appréhendée comme procédant d'un seul fait générateur. (...) parce qu'elle se poursuit et s'amplifie dans le temps, une discrimination, et tout particulièrement la discrimination syndicale, continue à produire ses effets jusqu'à ce que le contrat de travail soit rompu. Il suffit de citer, parmi d'autres, l'exemple d'une absence de promotion en raison d'un motif discriminatoire : ses effets perdureront nécessairement jusqu'au terme de la carrière du salarié tant en termes d'évolution professionnelle que de rémunération. (...) dès lors que l'existence d'une situation discriminatoire est constatée à un moment donné, matérialisée par des faits positifs ou négatifs contribuant au traitement défavorable des salariés lié à un motif illicite, la discrimination s'analyse toujours nécessairement comme un fait actuel, peu important la date à laquelle le processus a débuté. »*

Pour les organisations syndicales demanderesses, *« aucune séparation ne pouvait être opérée entre les faits postérieurs à l'entrée en vigueur de la loi et ceux antérieurs dès lors*

que précisément, au jour où le juge statuait, les pratiques discriminatoires antérieures se poursuivaient et continuaient de produire leurs effets et ce faisant, constituaient nécessairement des faits postérieurs à la loi », de sorte que selon elles, la cour d'appel par sa décision a « manqué de comprendre ce qui fait la substance même de la discrimination et plus particulièrement encore, de l'action de groupe en cette matière » et ne pouvait refuser de prendre en compte les éléments produits qui étaient antérieurs à la date d'entrée en vigueur de la loi du 18 novembre 2016.

Elles se prévalent de la décision n°2022-210 du 19 décembre 2022 du Défenseur des droits (prod. n°6) pour qui *« 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. »* (point 24)

Dans cette décision, le Défenseur des droits indique notamment :

« 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.(...) »

Le mémoire en défense oppose que la critique manque en droit puisqu'elle méconnaît les termes précis de l'article 92,II, de la loi qui exclut expressément que l'action de groupe puisse être fondée sur des faits générateurs de responsabilité ou des manquements antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi et ces dispositions précises ne peuvent être contournés par le recours tenté par les demanderesses à la notion de « caractère continu » d'une éventuelle discrimination de carrière.

La société souligne que *« à supposer qu'un salarié ait subi des agissements discriminatoires impactant sa carrière, seuls les événements postérieurs à l'entrée en vigueur de la loi du 18 novembre 2016, c'est-à-dire à compter du 20 novembre 2016, peuvent être invoqués par le syndicat demandeur à l'action de groupe. Par exemple, si une promotion ou une augmentation salariale a été refusée au salarié pour un motif discriminatoire avant le 20 novembre 2016, ce fait ne peut pas être invoqué à l'appui de l'action de groupe.(...) un éventuel « retard de carrière » pris à raison de décisions de l'employeur antérieures au 20 novembre 2016 ne peut pas servir de fondement à l'action de groupe, et ne peut pas être analysé par le juge saisi d'une telle action. Sauf à méconnaître l'article 92, II, de la loi du 18 novembre 2016 et l'intention du législateur, qui ressort clairement des travaux parlementaires. »*

La société ajoute que la thèse des syndicats demandeurs méconnaît également les termes de l'article L.1134-8 du code du travail qui n'autorisent que la réparation des « préjudices nés après la réception de la demande mentionnée à l'article L.1134-9 » et tend là encore à contourner ces dispositions en cherchant à intégrer à l'action de groupe d'éventuels préjudices antérieurs à la mise en demeure préalable à l'exercice de ce type d'action, a fortiori antérieurs à la loi du 18 novembre 2016.

C'est au vu de ces éléments que la chambre devra apprécier les mérites de ces deux branches.

4-4-3 la 7^e branche du 1^{er} moyen : Proposition de rejet non spécialement motivé

La 7^e branche invoque une violation des articles L.1132-1 et L.1134-6 à L.1134-10 du code du travail et reproche à la cour d'appel d'avoir ajouté une condition à la loi en retenant que c'est sur la période écoulée entre le 20 novembre 2016 (date d'entrée en vigueur de la loi) et le 30 mars 2018 (date de saisine de la juridiction) que peuvent s'apprécier les discriminations syndicales alléguées, cette période de 16 mois et 10 jours apparaissant trop courte et ne permettant pas de caractériser une situation de discrimination, alors qu'aucune disposition n'impose une quelconque durée pour caractériser une discrimination.

Le moyen critique ainsi particulièrement les motifs du jugement de première instance (p.24) lorsque le tribunal judiciaire retient que *« l'examen de ces 36 situations individuelles de salariés syndiqués auprès de la CGT, constituant le panel choisi à titre méthodologique et probatoire par les syndicats CGT, amène à considérer qu'il n'est pas contestable, d'une part que quasiment aucun des faits ou manquements argués de générateurs de disparités assimilables à de la discrimination n'est postérieur à la date du 20 novembre 2016 d'application de la loi précitée du 18 novembre 2016 instaurant l'exercice de cette action de groupe spécifique, et d'autre part que les quelques éléments de ces situations individuelles qui sont postérieurs à la date précitée du 20 novembre 2016 sont très largement insuffisants pour objectiver dans le temps une quelconque tendance révélatrice de disparités pouvant le cas échéant être constitutives de discriminations. Cette conclusion vaut tant pour la période n'excédant jamais plus d'un mois entre novembre et décembre 2016 en lecture des fiches de synthèse des salariés encore en activité que pour la période de 16 mois et 10 jours qui s'avère objectivement trop courte sur le plan méthodologique et probatoire entre la date d'application de cette loi à partir du 20 novembre 2016 et la date d'introduction de la présente instance le 30 novembre 2018. »*

Toutefois il ressort de l'arrêt d'appel que la cour d'appel a statué par motifs propres, sans adopter les motifs du jugement faisant l'objet de cette critique, de sorte que la 7^e branche est inopérante et peut en conséquence faire l'objet d'une proposition de rejet non spécialement motivée comme n'étant manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

4-5 Le régime de la preuve dans le cadre d'une action de groupe en matière de discrimination : le second moyen

Le second moyen pose de façon générale la question du régime de la preuve, applicable lors de l'exercice d'une action de groupe, et des modalités de preuve d'une discrimination syndicale dans ce cadre, les organisations syndicales demanderesse soulignant notamment que, les salariés n'étant pas partie à la procédure, la caractérisation de la discrimination procède d'une « logique d'ensemble exigeant une appréciation globale ».

Il convient d'observer que la question des modalités de preuve, si elle peut rejoindre par certains aspects la question précédente de savoir si des éléments antérieurs à la date d'entrée en vigueur de la loi de 2016 peuvent ou non être pris en compte, se pose dans tous les cas de figure, quelle que soit la réponse apportée à cette précédente question.

Cette question du régime de la preuve interroge d'une part sur une application ou une transposition à l'action de groupe en matière de discrimination du régime de preuve prévu par l'article L.1134-1 du code du travail et, dans l'affirmative, sur la façon dont doit se concevoir l'appréciation des éléments « pris dans leur ensemble » laissant supposer l'existence d'une discrimination, d'autre part sur la notion de discrimination « systématique » mise en avant par les deux premières branches du second moyen.

4-5-1 Une discrimination « systémique » : les 1^{ère} et 2^e branches du second moyen

La 1^{ère} branche invoque une violation de des articles L.1134-7 et L.1134-8 du code du travail : il est reproché à la cour d'appel de s'être tenue à un examen séparé des cas individuels qui lui étaient soumis par les syndicats demandeurs, sans examiner globalement si l'ensemble des faits présentés par ceux-ci, aussi bien les cas individuels que, procédant au niveau de l'entreprise, de l'application des accords collectifs étaient de nature à laisser présumer l'existence d'une discrimination syndicale.

La 2^e branche invoque une violation des articles L. 1132-1, L.1134-1 et L.1134-6 à L.1134-10 du code du travail : il est reproché à la cour d'appel d'avoir statué par des motifs erronés lorsqu'elle retient « sur la discrimination syndicale systémique » que les syndicats demandeurs ne produisent aucune pièce ni aucun argument relatif à une discrimination en lien particulier avec l'appartenance à la CGT.

On rappellera à cet égard qu'en application de l'article L.1134-6 du code du travail, sous réserve des articles L. 1134-7 à L. 1134-10, le chapitre Ier du titre V de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle s'applique à l'action de groupe prévue à la présente section.

Or, dans ce chapitre 1^{er} du titre V, traitant de l'action de groupe devant le juge judiciaire, il est prévu notamment :

article 60 :

Sous réserve des dispositions particulières prévues pour chacune de ces actions, le présent chapitre est applicable aux actions suivantes devant le juge judiciaire :

1° L'action ouverte sur le fondement 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 ;

2° L'action ouverte sur le fondement des articles L. 1134-6 à L. 1134-10 du code du travail ;
(...)⁷

article 61 :

Sauf disposition contraire, l'action de groupe est introduite et régie selon les règles prévues au code de procédure civile.

article 62 :

Lorsque **plusieurs personnes** placées dans une situation similaire subissent un dommage causé par une même personne, ayant pour cause commune un manquement de même nature à ses obligations légales ou contractuelles, **une action de groupe peut être exercée en justice au vu des cas individuels présentés par le demandeur.**

Cette action peut être exercée en vue soit de la cessation du manquement mentionné au premier alinéa, soit de l'engagement de la responsabilité de la personne ayant causé le dommage afin d'obtenir la réparation des préjudices subis, soit de ces deux fins.

Par parallélisme avec l'exigence de « plusieurs adhérents » comme condition d'existence d'une section syndicale dans une entreprise ou un établissement, la jurisprudence de la chambre sociale jugeant de façon constante que « *l'article L. 2142-1 du code du travail exige, pour la constitution d'une section syndicale, la présence d'au moins deux adhérents dans l'entreprise* » (Soc., 8 juillet 2009, pourvoi n° 09-60.031, 09-60.032, 09-60.011, Bull. 2009, V, n° 180 dit *Okaidi* ; Soc., 8 juillet 2009, pourvoi n° 08-60.599, Bull. 2009, V, n° 181 ; Soc., 4 novembre 2009, pourvoi n° 09-60.075, Bull. 2009, V, n° 244 ; Soc., 8 décembre 2021, pourvoi n° 20-16.696, publié), il est possible d'énoncer que l'action de groupe en matière de discrimination suppose qu'il y ait « au moins deux personnes » placées dans une situation similaire subissant un dommage causé, ici par un même employeur, ayant pour cause commune un manquement de même nature.

Par ailleurs, l'article 849-1 du code de procédure civile, dans un chapitre traitant de l'action de groupe, dispose que :

Outre les mentions prescrites aux articles 752 ou 753 selon les cas, **l'assignation expose expressément, à peine de nullité, les cas individuels présentés par le demandeur au soutien de son action.**

Il est ainsi imposé au demandeur à une action de groupe de présenter des cas individuels de salariés qui subiraient une discrimination syndicale, de sorte qu'il ne peut être sérieusement reproché aux juges du fond d'apprécier ces différents cas

⁷ Ce texte se retrouve à l'article 848 du code de procédure civile.

individuels présentés par un syndicat au soutien de son action de groupe, la question étant de savoir comment s'opère cette appréciation.

La critique des deux premières branches s'attache plus particulièrement aux motifs suivants de l'arrêt (p.12, dans un § « sur le périmètre de l'action de groupe ») : « *le bien-fondé de l'action de groupe doit s'apprécier au regard de manquements individuels imputables au même employeur et pouvant, s'ils sont avérés, conduire à un constat collectif d'une situation de discrimination dans l'entreprise.* » et (p.20, dans un § « sur la discrimination syndicale systémique ») : « *Au regard d'une prétendue systématisation de la discrimination syndicale, il doit être considéré que l'accord de groupe du 19 juillet 2006 est antérieur de plus de 10 ans à la date d'application des dispositions spécifiques à l'action de groupe. **À l'évidence, le fait générateur de la responsabilité issu de la mise en place de cet accord est donc nécessairement antérieur au 20 novembre 2016.** En effet, s'agissant de l'application d'un accord collectif, il ne peut être fait application des dispositions spécifiques à l'action de groupe qu'au regard de l'appréciation du fait générateur de la responsabilité. **Il en va nécessairement de même pour l'accord collectif du 30 janvier 2009.*** »

Selon le mémoire ampliatif, en s'appuyant sur la présentation de la situation individuelle de 36 salariés, les syndicats faisaient valoir en substance que les accords collectifs conclus dans l'entreprise « constituaient en eux-mêmes des outils discriminatoires en ce qu'ils mettaient en place un outil défaillant pour lutter contre les discriminations syndicales », contribuant au contraire à perpétuer la situation de discrimination au lieu d'y remédier.

Selon les organisations syndicales demanderesse, « *la cour d'appel semble avoir considéré que le bien fondé de l'action de groupe en discrimination ne pouvait être apprécié qu'au travers du seul prisme des situations individuelles qui lui étaient soumises sans que le juge ait la possibilité de se prononcer sur le caractère per se discriminatoire d'un dispositif en vigueur au sein de l'entreprise* ». Elles font valoir que l'action de groupe ne saurait se résumer à une collection d'actions individuelles, alors qu'elle a pour objet premier la cessation du-des manquements de l'employeur de sorte qu'elle a vocation à saisir les discriminations à l'oeuvre dans l'entreprise dans leur dimension collective, voire systémique, les cas individuels exigés par les dispositions légales ne venant que participer à la révélation de la discrimination.

Les syndicats se prévalent en ce sens de la décision du 19 décembre 2022 précédemment citée du Défenseur des droits, selon lequel :

« 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.*

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, 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 »⁸.*

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. Ce sont notamment « des échanges brefs et quotidiens qui envoient des messages dénigrants à certaines personnes en raison de leur appartenance à un groupe ».*

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.*

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. »*

Les syndicats se prévalent également d'extraits de doctrine :

- « D'un côté, l'articulation de l'individuel et du collectif s'affine : des situations individuelles sont susceptibles de dévoiler une situation collective qui n'en est pas la pure addition. En retour, la cessation d'une situation collective améliore les situations individuelles, sans pour autant passer par le mode de la réparation. De l'autre, les mesures

⁸ L. Pécaut-Rivolier, Lutter contre les discriminations au travail, rapport au Ministère de la justice, 2013, p. 27 et s.

de l'employeur saisies par les juges se diversifient. Il ne s'agit plus de sanctionner ou d'annuler des actes, des décisions, mais bien de reconstruire des politiques d'entreprise et de les rectifier. Le droit de la non-discrimination enrichit la compréhension juridique du pouvoir patronal. » : Cyril Wolmark, dans un article « Affaire Safran : le tribunal judiciaire passe à côté de la loi »⁹.

- « *cette « action en manquement » relève plus d'une logique d'action de groupement que d'une action de groupe. Le « porteur de l'action » agit bien pour la défense de l'intérêt collectif qui est celui « d'un ensemble non dénombré de personnes dont l'identité n'est pas déterminée. [...] L'application d'une telle action permettrait donc de traduire en droit de manière concrète la notion de discrimination systémique ou indirecte.* » : P. Adam, « L'action de groupe discrimination : Sur la prudente audace d'une réforme majeure ».¹⁰

Le mémoire en défense réplique que la critique manque en droit en sa conception de l'office du juge saisi d'une action de groupe et en sa revendication d'une appréciation au niveau collectif de la discrimination, alors que tant l'article L. 1134-6 du code du travail que l'article 62 de la loi du 18 novembre 2016 exigent la présentation de cas individuels par le demandeur à l'action de groupe.

La société observe que la discrimination ne peut pas être abstraite et doit nécessairement s'appuyer sur des cas concrets. Elle ajoute que les syndicats ne peuvent se prévaloir d'une discrimination par l'application d'accords collectifs prétendument défaillants, alors qu'une éventuelle défaillance des outils de suivi des carrières ne peut pas, en soi, être discriminatoire et surtout parce qu'en l'occurrence les accords collectifs en cause sont antérieurs au 20 novembre 2016. Elle fait en outre observer que si un accord collectif est illicite, un syndicat a qualité pour agir en nullité ou en inopposabilité, de sorte qu'il n'est pas possible de soutenir qu'un accord collectif, dont la légalité n'a pas été contestée, serait en lui-même un élément constitutif de discrimination, faisant un parallèle avec l'arrêt de notre chambre du 8 octobre 2014, Soc., 8 octobre 2014, pourvoi n° 13-16.720, Bull. 2014, V, n° 225, dont le sommaire énonce que « *La méconnaissance par l'employeur des attributions des institutions représentatives du personnel ne constitue pas, en soi, une discrimination syndicale au sens de l'article L. 1132-1 du code du travail* ».

La société oppose enfin l'inopérance de la 2^e branche qui critique un motif surabondant de l'arrêt.

Eléments de discussion : Il est renvoyé aux extraits des articles de doctrine cités dans le rapport établi pour la question prioritaire de constitutionnalité (p.25 à 32) et notamment au point 4-2-4-2 où sont présentés des commentaires critiques du jugement du tribunal judiciaire dans la présente affaire (p.29 à 32).

⁹ Semaine Sociale Lamy, N° 1941, 15 février 2021

¹⁰ Dr. Soc. 2017 p. 638 et s.

Dans l'article « Affaire Safran : le tribunal judiciaire passe à côté de la loi »¹¹ qui y est cité, Cyril Wolmark écrit notamment :

« Discrimination systémique.

Ce manquement peut être caractérisé par toute discrimination, directe ou indirecte, fondée sur un même motif – l'action de groupe n'est donc pas un ressort pour saisir les " discriminations multiples " (64) – figurant parmi ceux mentionnés à l'article L. 1132-1 du code du travail et imputable à un même employeur. Le texte n'exige pas que la discrimination émane d'un seul employeur, mais à tout le moins que les salariés qui composent le groupe soient rattachés au même employeur. La référence aux discriminations indirectes fonde ici forte espérance. " Le dispositif juridique antidiscriminatoire actuellement en vigueur en France constitue en effet une réponse peu appropriée aux discriminations collectives, souvent indirectes, qui correspondent à un phénomène diffus, invisible, et à des situations où le traitement mis en cause est en apparence neutre ou anodin, aux yeux mêmes parfois de ceux qui le commettent " (65). L'application d'une telle action permettrait donc "de traduire enfin en droit de manière concrète la notion de discrimination systémique ou indirecte " (66). Peut-être. Précisons. La " discrimination systémique " (souvent confondue avec la discrimination indirecte) n'est pas une catégorie positive du droit. Elle est un concept de sociologie visant à "représenter la manière des processus impliquant mais les dépassant des acteurs considérés isolément [...]. Elle insiste ainsi "sur le fait que les processus reposent sur un ensemble d'interactions aux niveaux individuels, organisationnels, institutionnels et entre eux " (67). La " discrimination systémique ", comme système de représentation, n'est donc pas l'objet véritable de " l'action de groupe discrimination ". L'action judiciaire ne peut se saisir à proprement parler que de "discriminations directes ou indirectes ". Elle ne peut appréhender la discrimination que sous l'une de ces deux " formes ". Reste que l'enjeu à travers elles peut être de rendre visible les manières (pratiques, comportements, préjugés...) dont un sous-système (l'entreprise), pris dans un ensemble social plus large, produit des discriminations. Elle est l'occasion de mettre en question le fonctionnement de l'organisation et les représentations, parfois profondément enfouies, qui la structurent et la font dysfonctionner du point de vue du traitement non discriminatoire de ceux qui travaillent pour elle. »

Ce qui suit est repris du rapport dans le dossier S2313286 de Mme la conseillère Arsac :

« La notion de discrimination systémique, invoquée par le salarié, n'est pas une notion juridique. Sa reconnaissance par la jurisprudence se limite aujourd'hui à un jugement du conseil de prud'hommes de Paris (Cons. prud. Paris, 17 déc. 2019, n 17/10051). » Evoquant l'arrêt Soc., 14 décembre 2022, n 21-19.628¹², s'agissant d'une

¹¹ Semaine Sociale Lamy, N° 1941, 15 février 2021

¹²6. D'abord, c'est par une interprétation nécessaire des conclusions ambiguës du salarié devant la cour d'appel que celle-ci a constaté que le salarié estimait avoir fait l'objet d'une discrimination à l'embauche en raison de son nom à consonnance extra-européenne.

7. Ensuite, ayant retenu que le salarié produisait une analyse faite à partir du registre unique du personnel communiqué par l'employeur sur la période du 26 mars 2018 au 31 décembre 2018 et sur l'organigramme de la société à partir desquels il avait fait des analyses statistiques et avait conclu que, parmi les salariés à patronyme européen recrutés sous « contrat à durée déterminée intérim », 18,07 % s'étaient vus accorder un contrat à durée indéterminée contre 6,9 % pour les salariés à patronyme extra-européen, que les salariés en « contrat à durée déterminée intérim » à patronyme extra-européen

discrimination à l'embauche dans un cas d'espèce où la Cour a rejeté le moyen critiquant l'arrêt d'appel qui avait rejeté la demande en dommages-intérêts au titre d'une telle discrimination, elle indique :

« La doctrine interprète cette décision comme permettant d'envisager les statistiques comme moyen de preuve général d'une discrimination. Voir en ce sens D. Tharaud, *Rev. Trav.* 2023.85, *La recherche d'une égalité réelle, moteur d'innovations procédurales et probatoires* :

"Le passage d'un acte unique à une multiplicité de discriminations répond aux caractéristiques des discriminations systémiques. Celles-ci se comprennent comme un ensemble de discriminations faites à l'égard d'une catégorie de personnes (v. M. Mercat-Bruns, *Discrimination systémique*, in D. Tharaud et C. Boyer-Capelle, *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, L'Harmattan, 2021, p. 123).

Elles peuvent être directes ou indirectes, conscientes ou non et s'infiltrer dans l'ensemble des rouages d'une société (le mouvement Black lives matter en est une illustration) ou d'une entreprise. Concernant ce dernier cadre, elle a déjà fait l'objet d'une première reconnaissance par le conseil de prud'hommes de Paris en 2019 (Cons. prud. Paris, 17 déc. 2019, n° 17/10051, RDT 2020. 137, obs. F. Guiomard). Cette innovation avait été facilitée par des faits extrêmes. En effet, l'entreprise sous-traitante, qui oeuvrait dans le domaine de la démolition, n'employait que des Maliens sans papiers, tous appelés sans distinction « Mamadou », voire identifiés sous la forme du groupe « Les mamadous », tous soumis à des conditions de travail très éloignées des normes de sécurité. C'est d'ailleurs ce dernier point qui avait permis de déclencher l'action en justice lorsqu'il avait été donné interdiction aux travailleurs d'appeler les secours après un accident sur un chantier. La netteté de la situation n'obligeait pas, au contraire de l'arrêt de 2022, à l'élaboration de statistiques précises.

L'apport de cette dernière décision est, dès lors, considérable car **elle permet d'envisager les statistiques comme moyen de preuve général, aussi bien dans les discriminations indirectes que directes, quelle que soit l'obscurité ou le caractère pluriel des discriminations à prouver**. Le terrain et la construction des comparaisons chiffrées sont dorénavant livrés à l'imagination des requérants qui pourront s'en servir pour se hisser à la hauteur des discriminations systémiques. **En complément, sur le plan procédural et stratégique, ces avancées peuvent s'inscrire dans une amélioration des perspectives des actions de groupe qui, reposant sur une pluralité de plaignants victimes d'une même situation de discrimination, trouvent un intérêt particulier à l'établissement de statistiques générales en tant que preuve.**

Ce n'est pas la première fois que le droit de la non-discrimination est précurseur ou innovant en matière de preuve. En effet, comme l'a clairement rappelé le Défenseur des droits dans sa décision-cadre du 31 août 2022 relative aux conditions d'accès à la preuve de la discrimination en matière civile, l'effectivité du droit de la non-discrimination repose pour une part essentielle sur la

représentaient 8,17 % de l'ensemble des salariés en « contrat à durée déterminée intérim » mais seulement 2,12 % de l'ensemble des salariés en contrat à durée indéterminée pour les mêmes postes, 80,93 % des salariés à patronyme européen étaient sous contrat à durée indéterminée pour seulement 21,43 % des salariés à patronyme extra-européen, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à une recherche qui ne lui était pas demandée, a pu en déduire que ces éléments pris dans leur ensemble laissaient supposer une discrimination à l'embauche.

8. Enfin, ayant retenu que l'employeur n'apportait pas d'analyse réfutant celle faite par le salarié, mis à part quatre exemples qui portaient sur une liste de vingt-deux noms, étant précisé que, sur ce point, l'analyse du salarié portait sur le fait que, sur 269 salariés en « contrat à durée déterminée intérim », vingt-deux avaient un patronyme extra-européen, la cour d'appel a estimé, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, que l'employeur ne justifiait pas d'éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

9. Le moyen n'est donc pas fondé.

preuve. À partir du moment où l'égalité n'est plus construite sur un modèle statique mais dynamique - qui est la recherche d'une égalité réelle -, l'action fondée sur l'existence d'une discrimination suppose de pouvoir se reposer sur des règles de preuve efficaces.

Le droit de la non-discrimination n'a d'ailleurs véritablement pris son envol pratique qu'avec l'aménagement de la charge de la preuve dont il bénéficie spécifiquement avec le harcèlement. En effet, à l'exclusion du champ du droit pénal, la discrimination obéit à un régime spécifique depuis la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations. Le demandeur doit présenter des éléments permettant de laisser supposer l'existence d'une discrimination, au défendeur, ensuite, de tenter de se justifier par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination (loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, art. 4 ; C. trav., art. L. 1134-1). **Cet allègement jouera à plein avec la production de données à portée collective qui pourront être reprises à l'identique par plusieurs salariés afin de prouver une différence de traitement.** L'employeur devra quant à lui continuer à se justifier objectivement de manière distincte pour chaque plaignant, sauf à vouloir contester la construction des chiffres effectuée par les salariés."

C'est dire que la notion de discrimination systémique, qui n'est prévue par aucun texte et n'a pas connu jusqu'à aujourd'hui une véritable reconnaissance jurisprudentielle, est envisagée comme une facilité probatoire fondée sur les statistiques. »

On pourra enfin faire un rapprochement avec ce qu'a décidé, s'agissant d'un harcèlement moral « managérial » appelé dans l'arrêt « harcèlement moral institutionnel », la chambre criminelle dans l'arrêt publié du 21 janvier 2025, Crim., 21 janvier 2025, pourvoi n° 22-87.145, dont le sommaire énonce :

« La caractérisation de l'infraction de harcèlement moral , prévu à l'article 222-33-2 du code pénal, n'exige pas, lorsque les agissements reprochés ont pour objet la dégradation des conditions de travail, qu'ils concernent un ou plusieurs salariés en relation directe avec leur auteur ni que les salariés victimes soient individuellement désignés.

En revanche, lorsque de tels agissements ont pour effet une dégradation des conditions de travail, la caractérisation de l'infraction de harcèlement moral suppose que soient précisément identifiées les victimes de tels agissements.

*Indépendamment de toute considération sur les choix stratégiques qui relèvent des seuls organes décisionnels de la société, constituent des agissements entrant dans les prévisions de l'article 222-33-2 du code pénal, dans sa version résultant de la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002, et **pouvant caractériser une situation de harcèlement moral institutionnel, les agissements visant à arrêter et mettre en oeuvre, en connaissance de cause, une politique d'entreprise qui a pour objet de dégrader les conditions de travail de tout ou partie des salariés aux fins de parvenir à une réduction des effectifs ou d'atteindre tout autre objectif, qu'il soit managérial, économique ou financier, ou qui a pour effet une telle dégradation, susceptible de porter atteinte aux droits et à la dignité de ces salariés, d'altérer leur santé physique ou mentale ou de compromettre leur avenir professionnel.** »*

4-5-2 Le régime de la preuve de l'article L.1134-1 du code du travail s'applique-t-il en cas d'exercice de l'action de groupe en matière de discrimination ?

C'est la question directement posée par la 3^e branche du second moyen.

Il est invoqué une violation des articles L.1134-1 et L. 1134-6 à L.1134-10 du code du travail. Il est ainsi reproché à la cour d'appel d'avoir examiné séparément chacun des cas individuels pris isolément, dont il ressortait des différences de rémunération

postérieures au 20 novembre 2016, des mentions dans les entretiens d'évaluation de plusieurs salariés de leurs activités syndicales et du message LinkedIn, sans examiner si tous ces éléments, pris ensemble, n'étaient pas de nature à laisser supposer l'existence d'une discrimination syndicale.

4-5-2-1 On sait que l'article L. 1134-1 instaure un aménagement de la preuve en matière de discrimination de la façon suivante, dans la rédaction issue précisément de la loi du 18 novembre 2016 :

Lorsque survient un litige en raison d'une méconnaissance des dispositions du chapitre II, **le candidat** à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou **le salarié** présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.

Ces dispositions font écho à celles de l'article 4 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, qui disposait dans sa rédaction initiale à l'alinéa 1 que :

Toute personne qui s'estime victime d'une discrimination directe ou indirecte présente devant la juridiction compétente les faits qui permettent d'en présumer l'existence. Au vu de ces éléments, il appartient à la partie défenderesse de prouver que la mesure en cause est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

La précision, en fin de ce 1^{er} alinéa, que « **Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles** », a été apportée par la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 et subsiste dans la rédaction actuelle de ce texte (loi n°2017-86du 27 janvier 2017).

Les motifs du projet de loi, auxquels se réfèrent dans leur mémoire ampliatif les syndicats demandeurs en faveur de l'application du régime de preuve partagée dans le cadre d'une action de groupe, indiquaient :

« « L'article 44 , inséré dans la section 1 portant dispositions générales, ouvre l'action de groupe en matière de discrimination avec les adaptations nécessaires au contentieux en cette matière. A cette fin, ces articles s'intègrent au sein 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, qui constitue le corpus de référence en la matière. Sont aussi concernées les personnes publiques, dès lors que la loi de 2008 s'applique également à elles en vertu de son article 5. Ainsi les actions concernent tant le juge civil que le juge administratif. Afin d'assurer l'égalité des droits de la défense, et conformément au droit européen, il est précisé au premier alinéa de l'article 4 de la loi de 2008 que le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. **Cette disposition figure déjà à l'article L. 1134-1 du code du travail et reçoit ainsi une portée générale dans tout contentieux portant sur la discrimination. (....) Le tribunal**

de grande instance saisi appréciera des conditions de recevabilité et de bien fondé de l'action de groupe au vu des cas individuels qui lui seront soumis, selon les conditions prévues par le droit commun énoncé au chapitre Ier du titre V, et selon le régime spécifique de balancement de la charge de la preuve applicable en matière de discriminations prévu à l'article L. 1134-1 du code du travail. »

En effet, le projet de loi comportait, concernant des dispositions générales, les articles 44 et 45 dont résultent respectivement l'ajout à l'article 4 de la loi du 27 mai 2008 quant aux mesures d'instruction qui peuvent être ordonnées et la distinction, dans le code du travail, de 2 sections à savoir les « dispositions communes » dont fait partie l'article L.1134-1 et les « dispositions spécifiques à l'action de groupe » avec les nouvelles dispositions des articles L. 1134-6 à L.1134-10.

Il résulte des travaux parlementaires que le sujet de l'article L.1134-1 n'a pas été véritablement discuté, les discussions se concentrant davantage sur une définition des motifs de discrimination et la détermination des syndicats ou des associations habilités à exercer une action de groupe.

On pourra noter cependant que lors de la séance du 5 novembre 2015 au Sénat et de l'examen de l'article 44 du projet de loi, Mme Bariza Khiari exposait que *« Il convient donc de proposer une adaptation de notre arsenal juridique pour favoriser une meilleure prise en charge des victimes et une réduction des comportements illégaux.(...) Les personnes victimes de discrimination ont trop souvent l'impression de se retrouver seules devant une procédure longue et pénible, où leur parole est souvent mise en cause, (...). La mutualisation des moyens assurera aussi aux plaignants une meilleure défense de leurs intérêts. Par ailleurs, avec les actions de groupe, il sera désormais possible de mettre en place un procès collectif autour de cas individuels. Cela permettra un fonctionnement de la justice plus serein et de qualité. J'en veux pour preuve une affaire récente ayant opposé des Chibanis, ces ouvriers venus du Maghreb et aujourd'hui retraités, à la SNCF. De nombreuses procédures ont été ouvertes contre des pratiques similaires. Le vote de cette loi permettra désormais d'éviter un éparpillement des moyens pour améliorer la procédure.(...) »*.

On pourra enfin relever la réponse de M. Jean-Jacques Urvoas, garde des sceaux, lors de la séance du 12 juillet 2016 à l'Assemblée nationale : *« il est opportun qu'il soit procédé à la réforme du fond du droit des discriminations uniquement dans ce projet relatif à l'égalité et à la citoyenneté, dans lequel l'ensemble de la loi de 2008 est modifiée. Ainsi, seule doit être traitée dans le présent texte l'action de groupe en matière de discrimination, dont je rappelle qu'elle ne touche pas, par principe, au fond du droit applicable mais constitue une nouvelle procédure facilitant l'indemnisation des victimes dans le cadre de l'application de ce droit. »*

On sait par ailleurs, s'agissant du contrôle exercé en matière de discrimination, que la chambre sociale contrôle la notion d'éléments laissant supposer l'existence d'une discrimination, sous la réserve du constat souverain par le juge du fond de la matérialité des faits invoqués . Pour des illustrations en matière de discrimination syndicale: Soc., 8 octobre 2014, pourvoi n° 13-16.720, Bull. 2014, V, n° 225 ; Soc., 29 juin 2011, pourvoi n° 10-15.792, Bull. 2011, V, n° 166.

La chambre vérifie notamment que les juges ont pris en compte l'ensemble des éléments invoqués par le salarié (Soc., 30 janvier 2019, pourvoi n° 17-22.699; Soc., 25 mars 2020, pourvoi n° 18-18.061, 18-19.673) et son contrôle porte sur les déductions faites par les juges du fond, à partir des éléments de fait dont ils

apprécie souverainement l'existence. Elle contrôle ainsi que les juges du fond ont pu déduire de leurs constatations que le salarié présentait des faits laissant supposer l'existence d'une discrimination (Soc. 9 mai 2018 n° 16-22.263), ou, au contraire, qu'il ne présentait pas de faits laissant supposer une discrimination (Soc. 3 avril 2019 n° 17-28.888). Voir également : Soc., 9 octobre 2019, pourvoi n° 18-12.429 ; Soc., 13 janvier 2021, pourvoi n° 19-19.511.

En revanche, la Cour ne contrôle pas l'appréciation des éléments objectifs justifiant les décisions de l'employeur. Soc., 22 novembre 2017, pourvoi n° 16-24.069 ; Soc. 24 janvier 2018, pourvoi n° 16-20236 ; Soc., 9 mai 2018, pourvoi n° 16-22.263, 16-22.589 ; Soc., 5 juillet 2018, pourvoi n° 16-19.895.

La seule réserve étant que les juges du fond ne statuent pas par des motifs impropres. Cf Soc., 3 avril 2019, pourvoi n° 18-10.414 ; Soc., 30 septembre 2020, pourvoi n° 19-12.283).

Mais la chambre vérifie que les juges du fond, lorsqu'ils ont retenu l'existence d'éléments laissant supposer l'existence d'une discrimination syndicale, vérifient si la situation est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination : Soc., 1 juillet 2020, pourvoi n° 19-11.458.

4-5-2-2 La question qui est donc posée par la 3^e branche est celle de savoir si ce régime de preuve, résultant de l'article L.1134-1 précité, s'applique en cas d'exercice d'une action de groupe par un syndicat et, dans l'affirmative, à quel niveau s'opère l'appréciation de la présomption (« pris ensemble »), à savoir cas individuel par cas individuel invoqués au soutien de l'action de groupe ou sur « l'ensemble » de ces cas individuels.

On pourra relever que les dispositions précitées de l'article L.1134-1 figurent dans la section 1 « Dispositions générales » du chapitre traitant des « Actions en justice », tandis que les articles L.1134-6 à L.1134-10 constituent la section suivante, section 2 intitulée « Dispositions spécifiques à l'action de groupe ».

Or l'article L.1134-7, dans cette dernière section, précise que « une organisation syndicale représentative (...) peut agir (...) afin d'établir que plusieurs candidats à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou plusieurs salariés font l'objet d'une discrimination... ».

La thèse de la société est que le régime de l'article L.1134-1 du code du travail ne peut pas être transposé dans le cadre d'une action de groupe. Elle s'appuie sur la rédaction formelle des textes cités ci-dessus, qui ne concernent qu'une personne victime de discrimination, bénéficiant ainsi individuellement à un salarié ou à un candidat à un emploi qui est lui-même victime de la discrimination qu'il invoque, de sorte que cet aménagement de la preuve ne peut profiter à un syndicat, certes demandeur à l'action de groupe, qui n'agit pas pour lui-même mais pour d'autres personnes. La charge de la preuve ne peut en conséquence être régie que par les dispositions de droit commun, résultant des dispositions de l'article 1353 du code civil¹³.

¹³ Article 1353 du code civil :

Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver.

Elle soutient que les dispositions de la directive n°2000/43 du 29 juin 2000 ne peuvent être utilement invoquées, dès lors que la directive laisse aux Etats membres le choix des mesures conformément à leur système judiciaire, de sorte que la création d'une action de groupe, a fortiori ses modalités d'exercice, ne sont pas imposées.

Selon les syndicats demandeurs, le régime de l'article L.1134-1 du code du travail s'applique en matière d'action de groupe : ils soulignent d'ailleurs que le procédé retenu par les juges du fond, consistant à examiner cas individuel par cas individuel, si dans chacune de ces situations individuelles il était présenté des éléments laissant supposer l'existence d'une discrimination, démontre bien que ceux-ci, cour d'appel comme tribunal judiciaire, ont retenu l'application du régime de preuve partagée.

Ils opposent, à la thèse de la société, les dispositions de la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, qui précise à l'article 8 « Charge de la preuve » :

« 1. Les États membres prennent les mesures nécessaires, conformément à leur système judiciaire, afin que, dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établit, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement.

2. Le paragraphe 1 ne fait pas obstacle à l'adoption par les États membres de règles de la preuve plus favorables aux plaignants.

(...). »

Ils font valoir que le partage de la preuve, consacré par ce texte, a valeur de principe général et a donc vocation à recevoir une application des plus larges. Ils se réfèrent aux motifs du projet de loi (cf supra).

Ils soulignent enfin que la Cour de cassation a déjà fait application de cet aménagement de la preuve en cas d'exercice du droit d'alerte par un délégué du personnel sur le fondement de l'ancien article L. 2313-2 du code du travail¹⁴, en cas

Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation.

¹⁴ Article L. 2313-2 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017 :

Si un délégué du personnel constate, notamment par l'intermédiaire d'un salarié, qu'il existe une atteinte aux droits des personnes, à leur santé physique et mentale ou aux libertés individuelles dans l'entreprise qui ne serait pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnée au but recherché, il en saisit immédiatement l'employeur. Cette atteinte peut notamment résulter de faits de harcèlement sexuel ou moral ou de toute mesure discriminatoire en matière d'embauche, de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de classification, de qualification, de promotion professionnelle, de mutation, de renouvellement de contrat, de sanction ou de licenciement. L'employeur procède sans délai à une enquête avec le délégué et prend les dispositions nécessaires pour remédier à cette situation.

d' atteinte aux droits des personnes, à leur santé physique et mentale ou aux libertés individuelles dans l'entreprise, par un arrêt du 9 septembre 2020, Soc., 9 septembre 2020, pourvoi n° 18-24.971, 18-24.861 :

Faits et procédure

2. Selon l'arrêt attaqué (Montpellier, 26 septembre 2018), statuant en la forme des référés, le 26 février 2015, Mme [N] et M. [V], en qualité de délégués du personnel au sein de la société Capgemini technology services (la société), ont mis en oeuvre la procédure de droit d'alerte prévue par l'article L. 2313-2 du code du travail dans sa rédaction applicable, invoquant une situation de discrimination à raison de l'âge à l'encontre de plusieurs salariés.

3. Le 28 août 2015, ils ont saisi la juridiction prud'homale pour obtenir la condamnation de la société à produire sous astreinte un document reprenant pour l'ensemble des salariés du site de Montpellier certaines informations sur le déroulement de leur carrière et dont ils estimaient qu'ils leur permettraient d'établir l'existence d'une situation de discrimination à raison de l'âge.

Examen du moyen

Sur le moyen unique des pourvois, pris en leur première branche

Enoncé du moyen

4. Les salariés font grief à l'arrêt de constater que l'employeur a procédé sans délai à l'enquête prévue par l'article L. 2313-2 en sa rédaction applicable en la cause, de les débouter de leur demande de condamnation de l'employeur à communiquer un document reprenant pour l'ensemble des salariés du site de Montpellier les éléments demandés, de les débouter de l'ensemble de leurs demandes alors, « que si un délégué du personnel constate, notamment par l'intermédiaire d'un salarié, qu'il existe une atteinte aux droits des personnes, à leur santé physique et mentale ou aux libertés individuelles dans l'entreprise qui résulte d'une mesure discriminatoire, il en saisit immédiatement l'employeur qui doit procéder sans délai à une enquête conjointe avec le délégué du personnel ; que l'enquête conjointe doit être diligentée ou, à défaut, ordonnée par le juge, dès lors que le délégué du personnel apporte des éléments de nature à laisser supposer l'existence d'une discrimination liée à l'âge des salariés et que l'employeur n'apporte aucun élément justifiant la différence de traitement en matière d'évolution de carrière et de rémunération par des éléments objectifs étrangers à toutes discrimination ; qu'en jugeant qu'il n'était apporté aucun élément de fait laissant supposer une discrimination, après avoir pourtant constaté que treize salariés de plus de 45 ans, dont la moitié avaient plus de 50 ans, s'étaient vu attribuer la note de potentiel « D », empêchant toute progression de carrière, contre un seul salarié de l'entreprise de plus de 45 ans ayant eu une meilleure notation, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations desquelles il résultait l'existence d'éléments de fait de nature à établir une présomption de discrimination et justifiant l'exercice du droit d'alerte par les délégués du personnel, a violé les articles L. 2313-2, L. 1132-1 et L. 1134-1 du code du travail. »

Réponse de la Cour

En cas de carence de l'employeur ou de divergence sur la réalité de cette atteinte, et à défaut de solution trouvée avec l'employeur, le salarié, ou le délégué si le salarié intéressé averti par écrit ne s'y oppose pas, saisit le bureau de jugement du conseil de prud'hommes qui statue selon la forme des référés.

Le juge peut ordonner toutes mesures propres à faire cesser cette atteinte et assortir sa décision d'une astreinte qui sera liquidée au profit du Trésor.

Vu l'article L. 1132-1, dans sa version antérieure à la loi n° 2016-832 du 24 juin 2016, et les articles L. 1134-1 et L. 2313-2 du code du travail :

5. Selon le dernier de ces textes, si un délégué du personnel constate qu'il existe dans l'entreprise une atteinte aux droits des personnes qui peut notamment résulter de toute mesure discriminatoire qui ne serait pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnée au but recherché, il en saisit immédiatement l'employeur. Ce dernier procède sans délai à une enquête avec le délégué et prend les dispositions nécessaires pour remédier à cette situation. En cas de carence de l'employeur ou de divergence sur la réalité de cette atteinte, et à défaut de solution trouvée avec l'employeur, le délégué, si le salarié intéressé averti par écrit ne s'y oppose pas, saisit le bureau de jugement du conseil de prud'hommes, qui statue selon la forme des référés et peut ordonner toutes mesures propres à faire cesser cette atteinte et assortir sa décision d'une astreinte. Il résulte des autres textes susvisés, que dans le cadre du droit d'alerte, si un salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe au vu de ces éléments à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

6. Pour débouter les salariés de leurs demandes, la cour d'appel a retenu qu'il n'était apporté aucun élément de fait laissant supposer une discrimination.

7. En statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que treize salariés de plus de 45 ans, dont la moitié avaient plus de 50 ans, s'étaient vu attribuer la note de potentiel « D », contre un seul salarié de l'entreprise de moins de 45 ans ayant eu cette notation, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, dont il résultait l'existence d'éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination à raison de l'âge et justifiant l'exercice du droit d'alerte par les délégués du personnel, a violé les textes susvisés.

On pourra à cet égard observer que la question du régime de la preuve applicable dans le cadre d'une action de groupe en matière de discrimination est discutée en doctrine. Ainsi Alexis Bugada, dans un article « Les audaces embarrassantes de la première action de groupe en discrimination »¹⁵, écrit :

« Or l'action de groupe est régie, dans le Code du travail, par des dispositions spécifiques (17). Celles-ci viennent après les dispositions communes relatives aux actions en justice (18) et qui ont été adoptées antérieurement pour la matière prud'homale. Dans un premier élan, on pourrait penser que les dispositions communes, propres aux litiges individuels, s'appliquent aux actions de groupe (19). Reste cependant une série de difficultés. D'abord, il est prudent de ne pas faire dire à la loi instituant l'action de groupe ce que le législateur n'a pas consacré expressément ; cela participe des exigences de la séparation des pouvoirs. Ensuite, les dispositions spéciales suivent les dispositions communes et non l'inverse (20). Elles indiquent clairement que l'organisation syndicale représentative agit " afin d'établir " (C. trav. art. L. 1134-7) que " plusieurs salariés " font l'objet d'une discrimination directe ou indirecte. Il s'agit bien, devant le tribunal judiciaire, d'établir la discrimination et non pas seulement la laisser supposer, ce qui rehausse le degré d'exigence. Enfin, le texte relatif à la bascule probatoire (antérieur à la loi) reste rédigé au singulier, il n'a pas été retouché en 2016. Il vise le salarié pris en tant que victime alléguée et non le syndicat représentatif agissant pour un groupe, en tant que seul titulaire de l'action, au titre de l'intérêt collectif

¹⁵Semaine Sociale Lamy, N° 1941, 15 février 2021

*de la profession (comme le souligne d'ailleurs le jugement) (21) . **L'usage du singulier dans la description du régime probatoire est un argument exégétique sérieux. Il est au demeurant conforme aux formulations de la loi de 2008 (22) , au même titre que la directive européenne de 2000 (23), qui constituent les sources historiques de l'actuel article L. 1134-1 du Code du travail. Ces textes ont été adoptés à une époque où l'action de groupe en droit du travail n'était pas consacrée** et ne pouvait donc être imaginée (24) . Ajoutons que l'article 10 de la directive permet aux États membres de ne pas appliquer le régime probatoire aménagé par référence à un régime judiciaire assumant l'instruction. Et précisément, l'article 849-2 du Code de procédure civile indique qu'en matière d'action de groupe, " la demande est formée, instruite et jugée selon les règles applicables à la procédure écrite ordinaire ", ce qui interroge le rôle du juge de la mise en état (25)et le recours aux expertises en ce domaine. »*

Il reviendra en conséquence à notre chambre, au vu de ces éléments, de dire si le régime de la preuve prévu par l'article L.1134-1 du code du travail s'applique ou non dans le cadre d'une action de groupe en matière de discrimination, dès lors que la critique de l'arrêt de la cour d'appel présentée par la 3^e branche du second moyen ne peut être opérante que si s'applique effectivement un régime de preuve partagée, tant le tribunal judiciaire que la cour d'appel ayant motivé leur décision en examinant successivement les 36 cas individuels présentés par les demandeurs pour retenir que chacune de ces situations n'était pas « opérante », ou « pertinente » ou ne pouvait être « retenue au regard de l'action de groupe ».

4-5-2-3 La 6^e branche se situe dans le prolongement de ce questionnement puisque, en invoquant une violation des mêmes dispositions que la 3^e branche, elle reproche à la cour d'appel d'avoir fait peser la charge de la preuve sur les seuls demandeurs.

Cette critique concerne les motifs énoncés dans l'arrêt pour écarter des éléments postérieurs au 20 novembre 2016 qui étaient présentés par les demandeurs, la cour d'appel ayant retenu qu'ils ne permettent pas « d'induire la réalité d'une discrimination » ou de « justifier d'une discrimination, tandis que le tribunal judiciaire a retenu qu'ils « sont très largement insuffisants pour objectiver dans le temps une quelconque tendance révélatrice de disparités pouvant le cas échéant être constitutives de discriminations ».

Le mémoire en défense réplique que, à supposer que la preuve soit effectivement partagée, cette critique manque en fait car les motifs critiqués « *ont été employés par la cour d'appel pour indiquer, selon les cas de chaque salarié, soit que les éléments allégués par les syndicats demandeurs n'étaient pas matériellement établis, soit qu'ils ne permettaient pas de laisser supposer l'existence d'une discrimination, soit qu'ils ne pouvaient pas être pris en compte car antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi du 18 novembre 2016.* » Selon la société, les demandeurs ne peuvent prendre prétexte des termes utilisés à l'égard de certains salariés (M. [AA], M. [F]) au mépris de la lecture complète des motifs de l'arrêt qui a examiné la situation de chacun des salariés, de sorte que cette branche ne fait en réalité que remettre en cause le pouvoir souverain d'appréciation des éléments de preuve fournis concernant la période postérieure à l'entrée en vigueur de la loi.

4-5-2-4 Si la chambre donne à cette question préalable d'une application des dispositions de l'article L.1134-1 une réponse affirmative, se pose alors la question des modalités d'appréciation de la présomption de discrimination.

La 3^e branche soutient que cette appréciation doit s'effectuer dans la globalité de l'ensemble des éléments présentés quant aux 36 situations individuelles présentées par les syndicats.

Ceux-ci font observer que si l'appréciation se fait séparément, cas individuel après cas individuel, l'action de groupe n'a que peu de spécificité par rapport à une collection d'actions individuelles et ils se réfèrent à un article de F. Guionard¹⁶ qui écrit :

« la démarche globale pourrait être admise pour l'ensemble des preuves présentées par le syndicat. Les juges devraient alors apprécier, au vu de l'ensemble des données qui lui sont présentées, si la situation peut laisser supposer l'existence d'une discrimination, imposant alors à l'employeur de justifier des choix opérés à l'encontre du groupe potentiellement de victime de discrimination. (...) le refus de toute appréciation globale [...] aboutit à faire peser la charge de la preuve entièrement sur le demandeur. [...] Le demandeur se voit en conséquence imposer de prouver l'existence de discrimination dans des dossiers individuels, le juge acceptant de considérer que ces cas de discrimination constituent un échantillon suffisant pour engager un débat sur l'existence d'une discrimination collective. En d'autres termes, ce mécanisme probatoire ne conduit à un aménagement de la charge de la preuve que sur le terrain du caractère collectif de la discrimination, mais le demandeur doit faire preuve de l'existence de discriminations individuelles. »

Dans son commentaire critique de la décision du tribunal judiciaire dans la présente affaire, Cyril Wolmark, déjà cité¹⁷, écrit notamment :

« Au fond, la séparation entre éléments antérieurs et postérieurs à l'entrée en vigueur de la loi est artificielle lorsqu'il s'agit de démontrer un processus qui aboutit à une situation actuelle. La véritable question, éludée par le TJ, était de savoir si, pris globalement, tous ces éléments laissent supposer l'existence d'une discrimination collective présente. À charge ensuite à l'employeur d'apporter la preuve que ces éléments sont étrangers à toute discrimination.

En définitive, le TJ a examiné si les faits laissaient supposer des discriminations individuelles (ce qui le conduit à exclure des éléments antérieurs à la loi), alors qu'il aurait dû rechercher si les discriminations individuelles, prises dans l'ensemble des faits produits, laissent supposer une discrimination collective. Arc-bouté sur l'interprétation indemnitaire qu'il a choisie, le tribunal judiciaire a appliqué l'aménagement probatoire au niveau micro (individuel) alors qu'il fallait l'appliquer au niveau macro (collectif). Dès lors, les juges ont vidé de sa substance la notion légale de " discrimination collective ". »

¹⁶ Droit ouvrier, 2021, p.321 et s.

¹⁷ « Affaire Safran : le tribunal judiciaire passe à côté de la loi », Semaine Sociale Lamy, N° 1941, 15 février 2021

Selon la société, à supposer que le régime de l'article L.1134-1 du code du travail puisse s'appliquer, cette méthode probatoire ne peut être mobilisée que pour le cas individuel de chaque salarié.

Elle fait valoir que « **L'action de groupe en matière de discrimination ne peut qu'être fondée sur une analyse de cas individuels**, afin de rechercher si plusieurs salariés ont subi une discrimination, et le cas échéant envisager une solution réparatoire pour chaque cas individuel où une discrimination a été établie. (...)L'objet de l'action de groupe n'est pas de rechercher l'existence d'une hypothétique discrimination collective abstraite déconnectée des cas individuels, mais simplement de centraliser l'appréciation judiciaire de plusieurs cas individuels présentant comme points communs : un même motif discriminant et un même employeur (et donc un unique défendeur). Mais, sur le fond, il reste nécessaire d'apprécier chacun de ces cas individuels en tant que tels. Autrement dit, **le principe de l'action de groupe est avant tout une facilité procédurale**, à savoir de regrouper et centraliser les moyens d'action judiciaires, afin de défendre les droits de personnes qui n'ont pas nécessairement les moyens matériels et/ou financiers d'agir seules en justice. **La création de l'action de groupe n'affecte pas en revanche les problématiques de fond, qui doivent s'apprécier pour chaque cas individuel selon les règles habituelles propres à la matière.** »

4-6 Les éléments laissant supposer l'existence d'une discrimination syndicale : les 4^e, 5^e, 7^e et 8^e branches

4-6-1 Les 4^e et 5^e branches invoquent une violation des articles L. 1132-1, L. 1134-1, L.1134-6 à L.1134-10 et L. 2141-5 du code du travail : **Propositions de rejet non spécialement motivé**

4-6-1-1 Par la 4^e branche, il est reproché à la cour d'appel, après avoir constaté pour 8 salariés¹⁸ que leurs activités syndicales ou de représentation du personnel avaient été mentionnées dans leurs entretiens d'évaluation, d'avoir retenu en substance que ces mentions ne permettaient pas, à elles seules, de laisser supposer l'existence d'une discrimination syndical , soit en l'absence d'autre élément objectif, soit en ce qu'elles reposaient sur des constats objectifs et ne pouvaient être considérées comme des appréciations négatives au regard de l'exercice du mandat, et ce sans avoir constaté que ces mentions s'inscrivaient dans le cadre d'un accord collectif visant à assurer la neutralité ou la valorisation des activités syndicales.

Le moyen critique ainsi particulièrement, à titre d'illustration, les motifs énoncés dans l'arrêt, p.14, s'agissant de :

- M. [X] : « Le Syndicat fait état de références négatives au regard du peu de disponibilité en raison de l'exercice des mandats syndicaux.

Toutefois, la seule mention dans son entretien du 30 mai 2018 ainsi libellée "[AB] a largement dépassé les 50 % du volume heures établi à la prise de mandat mais tient bien les engagements de remise de planning... [AB] doit réfléchir sur son avenir après son mandat (remise à niveau, plan de formation)" ne saurait à elle seule, sans autre élément objectif en

¹⁸ MM. Coutoux, Raiffe, Garrot, Frédéric Martin, Renard, Mickael Martin, Sausaye et Tonnelier

corrélation avec cette appréciation, constituer un élément permettant d'induire la réalité d'une discrimination en lien avec l'activité syndicale.

Au demeurant, la Société justifie que son passage à temps partiel a été validé par avenant le 12 décembre 2017, ce qui ne permet pas de constater une discrimination à raison du mandat syndical sur ce point. »

- M. [F] : « l'ensemble des éléments chiffrés ou chiffrables évoqués sont tous antérieurs au 20 novembre 2016, date d'entrée en vigueur des dispositions spécifiques à l'action de groupe. Il ne peut être constaté aucune différence de salaire détaillée et chiffrée en rapport à la rémunération individuelle moyenne hors élus. Par ailleurs, les références dont il est fait état dans les évaluations d'avril 2019, février 2021 et mai 2022 ne permettent pas d'induire une discrimination en lien avec l'activité syndicale à défaut d'autre élément objectif, notamment en termes de rémunération ou éventuellement de sanctions. »

- M. [Y] : « Les seuls éléments invoqués postérieurs au 20 novembre 2016 sont les entretiens d'évaluation. Le 27 avril 2017 il est indiqué : « il est difficile pour nous de planifier les livraisons moteur (suite aux obligations sociales de [AC]). J'aimerais que [AC] puisse aussi livrer des moteurs (j'attends donc plus de disponibilité de sa part dans la mesure du possible). » Les évaluations postérieures des 13 mai 2019 et 15 juin 2020 font également référence à la difficulté pour l'intéressé de mener à bien ses tâches au regard de son temps de délégation syndicale.

Cependant, il doit être considéré que ce faisant, il est uniquement indiqué que ce dernier, selon ses dires, ne peut assumer des tâches à son poste de travail qu'à hauteur de deux heures par jour, ce qui rend difficile de lui affecter un moteur de remontage.

Ainsi, postérieurement, en 2020, le supérieur hiérarchique de l'intéressé a accepté la proposition de l'intéressé de lui confier une tâche compatible avec son temps de travail : proposition de Monsieur [Y] de faire du visuel moteur avant livraison en banc d'essai.

Ainsi, ces appréciations, ne peuvent être considérées comme des appréciations négatives au regard de l'exercice de son mandat syndical par ce dernier, alors qu'il en résulte uniquement que l'employeur a accepté de revoir les tâches attribuées à ce dernier afin de les rendre compatibles avec l'exercice de ses mandats syndicaux. »

Les mentions relevées par la cour d'appel, ciblées par la critique de la 4^e branche, se présentent de la façon suivante :

« Remonter les heures de délégation dans HQ ou a minima me donner, par mail, les dates et heures passées au titre de l'activité syndicale » pour 2 salariés ; « la déclaration des heures de délégation sous le bon vert est pratiquée et que par contre, F..., la déclaration des heures d'activité est en dessous de l'objectif fixé en 2018: 380 heures non déclarées en 2017 cela représente 74 % d'activité ... déclarer les absences de délégation CHSCT en respectant le protocole, informer planifier les réunions CHSCT à sa maîtrise » ; « suite aux obligations sociales et au manque d'effectif, cet objectif n'a pas été atteint,..., nous aimerions que M... soit plus présent, dans la mesure du possible. » (arrêt, p.15).

Le mémoire ampliatif fait valoir que la mention des activités syndicales d'un salarié dans le cadre de son évaluation caractérise une discrimination syndicale, sauf si cette mention s'inscrit dans le cadre de l'application d'un accord collectif visant à neutraliser ou à valoriser l'exercice de telles activités, ce que doit constater le juge. Il cite notamment des arrêts récents de notre chambre :

* Soc., 23 octobre 2019, pourvoi n° 18-14.976 :

Vu l'article L. 1132-1, dans sa rédaction applicable à la cause, les articles L. 1134-1 et L. 2141-5 du code du travail ;

Attendu que, sauf application d'un accord collectif visant à en assurer la neutralité ou à le valoriser, l'exercice d'activités syndicales ne peut être pris en considération dans l'évaluation professionnelle d'un salarié ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, rendu sur renvoi après cassation (Soc., 22 mars 2017, pourvoi n° 15-23.640), que M. Boissier a été engagé le 1er février 1972 par la Mutualité sociale agricole Sèvres et Vienne en qualité de technicien ; qu'il a exercé, entre 1977 et 2012, les fonctions de délégué du personnel et de délégué syndical ainsi que le mandat de conseiller prud'homme ; qu'il a pris sa retraite le 1er octobre 2012 ; qu'il a saisi la juridiction prud'homale d'une demande d'indemnisation du préjudice économique résultant d'une discrimination syndicale ;

Attendu que, pour rejeter cette demande, l'arrêt retient que si les évaluations professionnelles du salarié soulèvent les difficultés d'évaluation de certains items et d'organisation de son service liées à des absences récurrentes et mal planifiées, dont il n'est pas contesté qu'elles ont été causées par ses mandats syndicaux, tant au sein de l'entreprise qu'à l'extérieur de celle-ci, il n'est pas démontré que ces absences ont été sanctionnées ou ont fait l'objet d'une appréciation péjorative de la part de son employeur dans son évaluation professionnelle ayant eu des conséquences sur son évolution de carrière et qu'il s'en déduit que la matérialité des faits allégués par le salarié comme constituant un ensemble de circonstances laissant présumer l'existence d'une discrimination directe à son encontre n'est pas établie ;

Qu'en statuant ainsi, **alors qu'elle avait constaté que les fiches d'évaluation du salarié établies entre l'année 2005 et l'année 2012 faisaient mention du faible temps de présence du salarié dans l'entreprise et de ses absences fréquentes et non prévisibles par l'employeur, lesquelles étaient liées à l'exercice de ses fonctions syndicales, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations**, a violé les textes susvisés ;

* Soc., 12 juillet 2022, pourvoi n° 20-23.290 :

Vu les articles L. 1132-1 et L. 2141-5, dans leur rédaction applicable en la cause, et L. 1134-1 du code du travail ;

5. Pour débouter le salarié de sa demande de dommages-intérêts pour discrimination syndicale, après avoir retenu que les éléments de fait allégués par le salarié laissaient supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte à raison de son activité syndicale et de représentant élu du personnel au sein de la société, l'arrêt énonce que sans s'arrêter au seul rappel fait par le responsable hiérarchique dans le compte rendu d'entretien du 9 mars 2015 de l'accession du salarié à des mandats de délégué syndical et de délégué du personnel, la société établit qu'il n'y a eu aucun changement de ses conditions de travail et encore moins une modification de son contrat de travail puisque son activité d'opérateur de débit englobe toutes les missions y afférentes comme notamment le cisailage et le pliage, s'agissant de fonctions techniques pour lesquelles dans leur exercice il est attendu une certaine polyvalence et adaptation, fonctions constituées d'un ensemble de tâches confiées à un même opérateur ou à plusieurs pour se combiner et s'enchaîner entre elles dans un processus de fabrication préétabli et qui renvoie à différentes étapes opérationnelles n'étant pas distinctement réservées à l'un ou l'autre des salariés du service, ce que le salarié a expressément accepté dans son principe en signant avec la société l'avenant du 5 janvier 2017 à son contrat de travail.

6. En se déterminant ainsi, par des motifs impropres à caractériser l'existence d'éléments objectifs étrangers à toute discrimination syndicale, alors que, sauf application d'un accord collectif visant à en assurer la neutralité ou à le valoriser, l'exercice d'activités syndicales ne peut être pris en considération dans l'évaluation professionnelle d'un salarié, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision.

Le mémoire en défense réplique que le moyen est irrecevable et qu'en outre il manque en fait.

La société fait valoir que le moyen repose sur le postulat que les mentions des activités syndicales lors des entretiens annuels ne s'inscrivaient pas dans le cadre d'un accord collectif. Or les accords, de groupe en 2006 et d'entreprise en 2009, prévoient des entretiens spécifiques pour les représentants du personnel afin d'assurer une meilleure compatibilité entre l'exercice de leur mandat et leur activité professionnelle. Ce sont précisément ces accords que les syndicats demandeurs considéraient, dans leurs conclusions d'appel¹⁹, comme étant des « outils défaillants » pour lutter contre la discrimination.

La société oppose en conséquence l'irrecevabilité du moyen, comme étant incompatible avec les conclusions d'appel.

Elle ajoute que le moyen, en tout état de cause, manque en fait, dans la mesure où il repose sur ce postulat erroné, les entretiens visés s'inscrivant dans le cadre de ces accords collectifs ce que la cour d'appel a fait ressortir, d'autant plus que le moyen entretient une confusion entre les entretiens annuels en application de ces accords et des entretiens d'évaluation professionnelle des salariés.

Or le simple fait que le compte-rendu d'entretien annuel mentionne les activités syndicales du salarié ne signifie pas qu'elles auraient été prises en compte pour son évaluation professionnelle : une mention de l'activité syndicale n'est donc pas, en soi, un indice de discrimination et il n'en irait autrement que si ces mentions faisaient apparaître un traitement défavorable de la part de l'employeur au détriment du salarié, ce qui n'a absolument pas été constaté par la cour d'appel en l'espèce.

Si dans son délibéré la chambre décidait de suivre la thèse du mémoire en défense, elle pourrait rejeter la 4^e branche du 2^e moyen par décision non spécialement motivée comme n'étant manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

4-6-1-2 La 5^e branche repose sur la prémisse selon laquelle une différence de rémunération constatée au détriment d'un salarié, exerçant une activité syndicale, par rapport à la rémunération mensuelle moyenne des autres salariés constitue un élément de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination syndicale.

Elle s'appuie sur les motifs du jugement de première instance, qui a noté concernant 8 autres salariés que ceux désignés dans la 4^e branche, une différence de rémunération, par mois, de 229 € pour M. [O] (p.13), 230 € pour M. [R], 111 € pour M. [M] (p.14) et 116 € pour M. [H] (p.14), 207 € pour M. [Z] et 184 € pour M. [A]

¹⁹ Cf conclusions en prod. n°3, p.42 et suivantes pour la fédération

(p.15), 110 € pour M. [S] et 45 € pour M.[J] (p.16), selon le même énoncé : « Cette référence faisant apparaître une différence de x euros au 31 (octobre ou décembre) 2014 ou sur la base du salaire brut mensuel de base de décembre 2016 par rapport à la rémunération mensuelle moyenne hors élus n'apparaît donc pas pertinente ».

La cour d'appel a retenu, à l'égard de ces salariés, que « l'ensemble des éléments chiffrés ou chiffrables sont antérieurs au 20 novembre 2016 », que « le panel obtenu par l'ordonnance de référé du 26 avril 2016 ne peut servir utilement de comparaison en ce qu'il est antérieur au 20 novembre 2016 » ou encore que « le panel produit n'est pas pertinent au regard de la date d'effet de la loi, étant observé qu'au 31 décembre 2014, une différence de rémunération mensuelle avec les salariés non élus a pu être établie à la somme de X €, ce qui n'est pas opérant au regard de la date d'application des dispositions spécifiques à l'action de groupe », la cour d'appel soulignant que la différence de rémunération sur une base au 31 octobre ou au 31 décembre 2014 n'était pas pertinente.

Le mémoire ampliatif fait valoir qu'il résultait de ces constatations une différence de rémunération, dont le montant importe peu, au détriment des salariés titulaires de mandats, objectivée à une date postérieure à l'entrée en vigueur de la loi et que sa seule existence à un instant T postérieur au 20 novembre 2016 suffisait à caractériser un élément de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination syndicale.

Le mémoire en défense oppose l'inopérance du moyen, dirigé contre des motifs surabondants issus du jugement et qui ne sont pas adoptés par la cour d'appel, laquelle par des motifs propres a clairement constaté qu'aucun élément chiffré de comparaison des rémunérations postérieur au 20 novembre 2016 n'est produit.

Il apparaît ainsi que le sort de cette 5^e branche est étroitement lié à ce que décidera la chambre sur le 1^{er} moyen, pris en ses 5^e et 6^e branches. Si dans son délibéré la chambre décidait de rejeter ces deux branches du 1^{er} moyen, elle pourrait alors envisager de suivre la thèse du mémoire en défense et de rejeter par décision non spécialement motivée la 5^e branche du second moyen comme n'étant manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

4-6-2 La 7^e branche invoque une violation de l'article L. 1134-1 du code du travail et reproche à la cour d'appel de s'être abstenue d'examiner des éléments invoqués dans les conclusions de la confédération CGT dont celle-ci, partie intervenante, s'était prévalu pour la période postérieure au 19 novembre 2016 : attitude passive de l'employeur face aux demandes du syndicat et concernant certains salariés, un avertissement infondé en 2017, des reproches injustifiés dans le cadre d'entretiens d'évaluation pour les années 2020 et 2021, une notation infondée en 2020, un salaire inférieur en 2019 à celui des ouvriers de la même tranche d'âge que le salarié et le reproche, en 2018, lors d'une évaluation d'un manque de disponibilité en raison des mandats ou encore une rémunération en 2018, 2019 et 2020 inférieure à celle du groupe de comparaison.

Le mémoire en défense réplique que le moyen n'est pas fondé. En effet, la cour d'appel n'était pas tenue d'examiner les éléments avancés par la confédération, organisation interprofessionnelle, alors que celle-ci était intervenante volontaire dans l'instance engagée par la fédération, représentative dans la branche d'activité, laquelle avait seule délivré à l'employeur la demande préalable de faire cesser la situation de discrimination collective alléguée telle qu'exigée par l'article L. 1134-9 du code du travail, l'action de groupe ne pouvant être engagée qu'à l'expiration d'un délai de 6 mois ouvert par cette demande et pendant lequel peuvent avoir lieu des échanges entre l'employeur, le comité social et économique et les organisations syndicales représentatives.

La société ajoute que la cour d'appel n'était pas tenue en tout état de cause de procéder à des recherches relatives à des allégations dépourvues de toute offre de preuve et qu'en outre, concernant les critiques relatives à des différences de rémunération, ces critiques manquent en fait puisque la cour d'appel, en constatant le franchissement d'un coefficient en juin 2017 pour un salarié ou une augmentation individuelle en 2018 pour un autre salarié, a examiné et écarté les éléments visés par le moyen.

Si dans son délibéré la chambre décidait de suivre la thèse du mémoire en défense, elle pourrait décider de rejeter par décision non spécialement motivée la 7^e branche du second moyen comme n'étant manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

4-6-3 La 8^e branche invoque une violation des articles L.1134-7 et L.1134-8 du code du travail.

Elle reproche à la cour d'appel d'avoir refusé de prendre en considération les éléments postérieurs au 30 mars 2018, date de saisine du tribunal judiciaire, qui étaient présentés, alors qu'aucune disposition ne contraint le juge à se placer à la date de saisine pour apprécier le bien-fondé de l'action de groupe.

Cette branche critique en réalité les motifs suivants du jugement (p.24) : *« les quelques éléments de ces situations individuelles qui sont postérieurs à la date précitée du 20 novembre 2016 sont très largement insuffisants pour objectiver dans le temps une quelconque tendance révélatrice de disparités pouvant le cas échéant être constitutives de discriminations. Cette conclusion vaut tant pour la période n'excédant jamais plus d'un mois entre novembre et décembre 2016 en lecture des fiches de synthèse des salariés encore en activité que **pour la période de 16 mois et 10 jours qui s'avère objectivement trop courte sur le plan méthodologique et probatoire entre la date d'application de cette loi à partir du 20 novembre 2016 et la date d'introduction de la présente instance le 30 novembre 2018.** »*

Toutefois il ressort de l'arrêt d'appel que la cour d'appel a statué par motifs propres, sans adopter les motifs du jugement faisant l'objet de cette critique et, au contraire, a, pris en compte les éléments postérieurs au 30 novembre 2018 puisqu'elle a notamment fait état de mentions des évaluations d'avril 2019, février 2021 et mai 2022 d'un salarié (M. [F], p.14) , du rattrapage du salaire moyen d'après un audit de 2019 pour un autre salarié (M. [D], p.15), d'une élévation de coefficient pour d'autres

en janvier 2019 (M. [Y], p.15) ou en 2019 (Mme [AD], p.18), ou encore du départ à la retraite d'un salarié au 30 octobre 2018 (M. [AE], p.19).

La 8^e branche est inopérante et peut en conséquence faire l'objet d'une proposition de rejet non spécialement motivée comme n'étant manifestement pas de nature à entraîner la cassation.