

DISCRIMINATION – Preuve – Ralentissement de carrière – Comparaison avec d'autres salariés – Exigence (non).

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 10 novembre 2009

B. contre SNCF (pourvoi n° 07-42.849)

Attendu que Mme B. a été engagée à compter du 18 octobre 1971 par la SNCF en qualité d'auxiliaire dactylo affectée au centre matériel de Longwy ; qu'elle a gravi douze échelons de 1976 à 1983 et a accédé le 1er juin 1983 au statut d'agent de maîtrise ; qu'elle a exercé en dernier lieu ses fonctions au service dit UP voie de Longwy et qu'elle était placée au grade TADP, position de rémunération 20 ; que Mme B. a été placée en arrêt longue maladie à compter du 22 mars 1999, puis en régime de retraite au 25 juin 2003 ; qu'estimant avoir subi un harcèlement moral et une discrimination dans l'évolution de sa carrière à dater de 1985 par suite d'un mouvement de grève auquel elle avait participé, la salariée a saisi la juridiction prud'homale aux fins d'obtenir la condamnation de l'employeur au paiement de sommes à titre de dommages-intérêts pour préjudice moral et pour préjudice financier ;

Sur le premier moyen :

Vu les articles L. 1132-1 et L. 1132-2 du Code du travail

Attendu que pour débouter la salariée de sa demande en paiement de dommages-intérêts pour discrimination, la Cour d'appel a retenu que la salariée se bornait à affirmer avoir subi un ralentissement de carrière de nature discriminatoire sans fournir le moindre élément de comparaison avec d'autres collègues de statut identique, qu'elle avait refusé des propositions de mutation, et que des attestations de ses supérieurs hiérarchiques faisaient état de ses difficultés de concentration et d'organisation et de son autoritarisme à l'origine de conflits avec les agents placés sous sa responsabilité ;

Attendu, cependant, que l'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres salariés ;

Qu'en se déterminant comme elle l'a fait, sans rechercher si le ralentissement de la carrière de la salariée et les difficultés

auxquelles elle a été confrontée, dès après sa participation à un mouvement de grève, ne laissent pas supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

Sur le second moyen :

Vu les articles L. 1152-1 et L. 1154-1, ensemble l'article L. 1221-1, du Code du travail ;

Attendu qu'après avoir constaté que Mme B. avait été installée avec une collègue dans un bureau aux dimensions restreintes, qu'elle était laissée pour compte, et que le travail qui lui était confié se limitait à l'archivage et à des rectificatifs de photocopies, la Cour d'appel a dit que de tels manquements ne caractérisaient pas un harcèlement moral mais constituaient un manquement de l'employeur à son obligation de loyauté, puis a rejeté la demande à titre de dommages et intérêts pour harcèlement moral tout en allouant à la salariée une somme à titre de dommages et intérêts pour manquement à l'obligation d'exécuter de bonne foi le contrat de travail ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations la preuve de faits permettant de présumer l'existence d'un harcèlement moral, la Cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les articles L. 1152-1 et L. 1154-1 du Code du travail par refus d'application et l'article L. 1221-1 du même code par fausse application ;

PAR CES MOTIFS :

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 20 avril 2007, entre les parties, par la Cour d'appel de Nancy ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la Cour d'appel de Metz.

(Mme Collomp, prés. - M. Frouin, rapp. - M. Allix, av. gén. - SCP Masse-Dessen et Thouvenin, M^e Odent, av.)

Note.

Peut-on établir des faits laissant supposer une discrimination sans comparer la situation du salarié discriminé avec celle de ses collègues placés dans une situation comparable ? C'est à cette question que répond l'arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 10 novembre 2009. Dans cette affaire, une salariée s'estimait victime d'une discrimination en raison de faits de grève (1), prenant la forme d'un ralentissement de carrière. Après avoir gravi douze échelons en dix ans, la salariée n'en gravit plus que quatre en vingt ans, suite selon elle à sa participation à un mouvement de grève. Rappelons que depuis que le régime de la preuve en matière de discrimination a été aménagé, le salarié doit présenter les éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination, tandis que l'employeur doit apporter la preuve que ce traitement est justifié par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination (article L. 1134-1 du Code du travail). La salariée est cependant déboutée par la Cour d'appel de Nancy qui lui reproche de n'avoir fourni aucun « *élément de comparaison avec d'autres collègues de statut identique* ».

La Cour de cassation vient alors rappeler à l'ordre la Cour d'appel : « *l'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres salariés* ». La Cour d'appel aurait dû rechercher

(1) Article L. 1132-2 du Code du travail.

si « le ralentissement de la carrière de la salariée et les difficultés auxquelles elle a été confrontée, dès après sa participation à un mouvement de grève, ne laissent pas supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte » (ci-dessus).

Distinction entre égalité de traitement et discrimination

La Cour d'appel a en réalité confondu deux choses : l'égalité de traitement et la discrimination, appliquant à tort le régime juridique de la première à la seconde.

Il faut distinguer le principe « à travail égal, salaire égal » dégagé par la jurisprudence (2) (et devenu plus largement le principe d'égalité de traitement des salariés placés dans une situation identique (3)), et la discrimination. De cette distinction découlent des régimes juridiques différents, notamment en matière de charge de la preuve, de prescription et de réparation.

En cas de violation du principe d'égalité de traitement, la différence de traitement n'est pas nécessairement motivée par la prise en compte d'un critère prohibé. Le principe d'égalité de traitement est bafoué dès lors que l'employeur a établi une différence de rémunération entre des salariés placés dans une situation identique, et qu'il ne peut justifier cette différence par des éléments objectifs (par exemple une ancienneté et une expérience différentes (4)).

La discrimination consiste quant à elle à traiter une personne de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable, et ce (et c'est la différence essentielle avec le principe d'égalité de traitement) en raison d'un motif prohibé par la loi (activités syndicales, sexe, convictions religieuses, origine, état de santé, participation à un mouvement de grève, etc. (5)).

En outre, la discrimination couvre tout le champ de l'emploi, de l'embauche à la retraite en passant par tous les aspects des conditions de travail (ainsi on peut être victime d'une discrimination à l'embauche, d'une discrimination en matière de formation, etc.). En revanche, concernant le principe « à travail égal, salaire égal » le périmètre se limite à la rémunération (au sens large) (6).

Aussi, les employeurs tentent fréquemment de faire glisser le litige du terrain de la discrimination vers celui de l'égalité de traitement et, s'ils n'y parviennent pas, essaient alors de circonscrire le périmètre de la discrimination au seul champ de la rémunération, à un moment figé. Or, la discrimination se révèle dans toute son ampleur lorsqu'elle porte sur le déroulement de carrière. En effet, dans ce dernier cas, le salarié discriminé, qui aurait dû gravir des échelons, n'avance plus, il est placé et maintenu au même niveau : c'est donc une discrimination qui prend la forme d'un ralentissement, voire d'un blocage en matière d'évolution professionnelle ainsi que d'une perte de chance consécutive. Le salarié peut certes connaître une évolution de rémunération correcte par rapport au travail effectué, mais en n'évoluant pas dans sa carrière, il perd également le salaire y afférent. Porter le regard uniquement sur la rémunération sans prendre en compte le déroulement de carrière va donc aboutir à une réparation différente de la discrimination, comme nous allons le voir plus loin.

La distinction que nous venons de voir entre les deux types de traitements défavorables (inégalité de traitement et discrimination) change tout en matière de la preuve.

La méthode permettant d'apporter des éléments de fait

En matière d'égalité de traitement, il est absolument nécessaire d'effectuer une comparaison avec d'autres salariés, puisque l'illégalité réside dans un traitement différencié avec d'autres personnes qui effectuent le même travail. L'inégalité est une inégalité concrète avec d'autres salariés existants.

En revanche, cette comparaison ne peut être exigée en matière de discrimination. Comme nous l'avons vu, la discrimination consiste à traiter une personne de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été, ou ne le serait... ne le serait si la personne n'avait pas exercé une activité syndicale, n'était pas malade, n'était pas d'origine étrangère, etc. S'il y a en matière de discrimination une comparaison, celle-ci est donc en réalité théorique. On ne compare pas le salarié discriminé avec des collègues existants, mais on le compare avec ce qu'il n'est pas. On se demande : la salariée aurait-elle été mieux traitée si elle avait été un homme (7) ? Ou si elle avait eu des convictions religieuses différentes ? Il suffit que l'employeur ait traité défavorablement un salarié (refus d'embauche, refus de formation, absence de promotion, stagnation salariale, etc.) pour des raisons interdites par la loi pour qu'il y ait discrimination. Par exemple : un employeur envoie à un salarié une

(2) Cass. soc., 29 oct. 1996, n° 92-43680, Dr. Ouvr., 1996, p. 148, note Pascal Moussy

(3) Cass. soc. 16 mai 2007, n° 05-44565

(4) Cass. soc., 19 déc. 2007, n° 06-44795

(5) Article L. 1132-1 et suivants du Code du travail

(6) Article L. 3221-3 du Code du travail

(7) Michel Miné « Discriminations: une transposition laborieuse », RDT sept. 2008, p. 532 et déc. 2008, p. 741.

lettre lui indiquant que sa candidature à un poste n'a pas été retenue en raison de son origine ethnique. La discrimination est avérée, peu important que l'employeur ait embauché antérieurement ou ultérieurement des salariés de la même origine ethnique que le salarié victime de discrimination : nul n'est besoin de comparer la situation du salarié discriminé avec l'embauche des autres salariés.

Or, dans l'affaire que nous commentons, la Cour d'appel souhaitait que la salariée établisse une comparaison avec ses collègues. En effet, en matière de discrimination syndicale sur l'évolution de carrière, la jurisprudence a admis de manière constante, depuis plus d'une dizaine d'années, une méthode d'établissement des faits dite méthode de triangulation ou encore méthode *Clerc*, du nom de son concepteur François Clerc, militant CGT chez Peugeot. La méthode consiste à comparer l'évolution de carrière d'un syndicaliste qui pense être discriminé avec celle d'un panel de comparants entrés en fonction dans l'entreprise à peu près à la même date que lui, au même échelon (ou à un échelon très voisin) et avec une formation et une expérience équivalentes. Il s'agit de faire une moyenne d'évolution de carrière à partir de ce panel et de la comparer avec l'évolution du syndicaliste. Si la carrière a évolué plus lentement et a ralenti aux alentours de la prise de fonction d'un mandat syndical, voilà qui laisse fortement suspecter une discrimination. A l'employeur de prouver que cette évolution plus lente n'est pas liée à son mandat. Cette méthode a fait ses preuves puisqu'elle permet régulièrement (8) de dédommager des militants à hauteur de dizaines de milliers d'euros et de les replacer à l'échelon professionnel auxquels ils auraient dû être, réparant ainsi le préjudice de nombreuses années de discrimination.

Si la méthode *Clerc* a fait ses preuves, elle présente cependant des limites. Il n'est pas toujours aisé d'avoir accès aux éléments permettant la comparaison avec les autres salariés, les employeurs faisant souvent obstruction à cette recherche. De plus, cette méthode n'est pas toujours bien maîtrisée par les défenseurs des salariés. Il est en outre plus difficile de mettre en évidence une discrimination par cette méthode dans les petites entreprises où le panel de salariés dans le sein même de l'entreprise est trop faible (9). Enfin, la comparaison n'est parfois pas suffisamment probante pour le juge, comme c'est peut-être le cas en l'espèce puisque la salariée semblait avoir donné des éléments de comparaison qui n'ont pas retenu l'attention de la Cour d'appel. Rappelant avec force qu'une discrimination ne suppose pas la comparaison avec des collègues, cet arrêt a le mérite de simplifier l'apport d'éléments de fait laissant supposer une discrimination. Cependant, encore faut-il que le ralentissement de carrière soit bien visible et coïncide nettement avec un événement facilement datable, puisque la discrimination ne peut pas être mise en évidence par un écart flagrant avec les autres salariés.

Enfin, la méthode *Clerc* est particulièrement utile dans tous les cas de discrimination sur l'évolution de carrière. Elle l'est cependant beaucoup moins pour d'autres formes de discrimination telle que la discrimination à l'embauche, par exemple. Il était donc logique que la Cour de cassation rappelle que pour tous cas de discrimination, y compris en cas de discrimination sur le déroulement de carrière, il n'est pas exigé de panel de comparants.

En revanche, la méthode sans panel de comparants présente un inconvénient en matière de détermination de la réparation dans les cas de discrimination sur le déroulement de carrière.

La réparation de la discrimination

Si les employeurs ont tant cherché à placer la discrimination sur le terrain de la rémunération et non sur celui du déroulement de carrière (comme nous l'avons vu plus haut), c'est que les implications en matière de réparation sont bien différentes.

Dans les cas où la discrimination se limite à la rémunération, l'employeur devra verser une indemnité égale à la différence entre la rémunération perçue et celle que le salarié aurait dû percevoir et ce, depuis le jour où la discrimination a débuté.

Lorsque la discrimination a pour conséquence un déroulement de carrière ralenti, la mise à néant de la discrimination et le principe de réparation intégrale (10) imposent l'indemnisation suivante :

– le versement de la différence entre le salaire perçu et celui qui aurait dû être perçu tout au long de la carrière du salarié. Dans ce cas, doit être pris en compte le fait que le salarié aurait dû connaître une progression de carrière et donc de salaire correspondant,

(8) Rachel Spire « Agir contre la discrimination syndicale au travail: le droit en pratique », Dr. Ouvr. 2006, p. 169, numéro spéc. disp. sur <http://sites.google.com/site/droitouvrier/>

(9) Il faut dans ce cas procéder à une comparaison avec les salariés des autres entreprises du même secteur d'activité : le salarié,

s'il n'est pas discriminé, devrait alors connaître une évolution de carrière moyenne semblable au panel de comparants.

(10) Cass. soc., 23 nov. 2005, n° 03-40826, Dr. Ouvr., 2006, p. 101, n. Daniel Petit.

- une indemnité réparant la perte de chance (absence de formation, etc.),
- la remise en état, le salarié devant être repositionné à l'échelon où il aurait dû se trouver (11), avec si nécessaire l'adaptation au poste par le biais d'une formation.

En utilisant la méthode *Clerc*, il est aisé de savoir à peu près à quel échelon aurait dû se trouver le salarié et donc quel serait le salaire correspondant. En effet, le salarié aurait dû avoir évolué en moyenne au moins comme la moyenne du panel. L'objectivité de cette méthode lie en partie le juge du fond, souverain en matière de détermination de la réparation. En effet, si l'employeur ne conteste pas le résultat du panel, il est difficile pour le juge de fixer une réparation différente de ce résultat.

En revanche, la méthode sans panel de comparants ne permet de déterminer qu'« à la louche » l'échelon auquel aurait dû se trouver le salarié et le salaire y afférent. Une autre méthode consiste à se référer à la grille de classification établie dans l'entreprise et à l'évolution de carrière du salarié avant qu'il ne soit victime de discrimination. Il s'agit alors de projeter sur la grille de classification l'évolution de carrière antérieure pour essayer de prévoir comment aurait pu se développer la carrière si la discrimination n'avait pas eu lieu. Mais si la discrimination est survenue rapidement, il est difficile de fixer le montant de la réparation, laissant ainsi une marge plus large de contestation pour l'employeur et d'appréciation pour le juge.

Ainsi, cet arrêt du 10 novembre 2009 facilite grandement la preuve de la discrimination. Il serait cependant préjudiciable de ne pas réaliser de panel lorsque les éléments le permettent, car cela diminue d'autant les chances d'obtenir une réparation réellement intégrale.

Anaïs Ferrer, *Conseillère confédérale DLAJ*

(11) id.