

## **DISCRIMINATION – Activités syndicales – Incidence sur le déroulement de carrière – Appréciation du préjudice – Insuffisance de la pension de retraite – Réévaluation ordonnée par le juge des référés.**

CONSEIL DE PRUD'HOMMES DE PARIS (Référé - Département) 14 décembre 2010

**P. et CGT Energie Paris contre CNIEG et a.**

### EXPOSÉ DU LITIGE

M. P. a saisi le Conseil de prud'hommes en sa formation de référé aux fins de voir constater le trouble manifestement illicite constitué par le refus de l'employeur de lui attribuer une évolution de carrière conforme aux règles contractuelles instaurées dans l'entreprise en raison de son activité syndicale et obtenir la condamnation des sociétés ERDF et GRDF au paiement des sommes susvisées et pour les causes ainsi énoncées et obtenir qu'il soit ordonné à la CNIEG de lui verser sa pension de retraite sur la base du GF 11 NR 180.

A l'audience du 30 novembre 2010, sous la présidence du juge départiteur, M. P. a exposé au soutien de ses demandes, notamment que :

- détaché depuis son syndicat aux fins de participer aux négociations collectives de l'entreprise depuis plusieurs années, il est affecté depuis avril 2005 au poste de chargé d'affaires et projets et a été positionné en GF 10 NR 160 depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2008 jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2009, date à laquelle il a été positionné à l'échelon 11 de la grille des rémunérations ;

- il est passé NR 170 en application des dispositions de la PERS 245 au 1<sup>er</sup> janvier 2010 ;

- en matière d'évolution de carrière des salariés mandatés dans l'entreprise, il est fait application des notes du 2 août 1968 et 31 décembre 1974 ;

- ces dispositions garantissent une évolution de carrière aux agents exerçant une activité syndicale ou sociale élective par comparaison avec celle d'agents présentant des caractéristiques similaires appelés homologues ;

- ces dispositions prévoient expressément que sauf choix négatif de la direction, l'agent chargé de fonctions syndicales sera proposé si 50 % de ses homologues ont un classement supérieur ;

- la lecture de la liste de ses homologues démontre que plus de la moitié d'entre eux a obtenu un positionnement à la GF 11 dans le courant de l'année ou précédant l'année 2005 ;

- il aurait dû se voir positionné au GF 11 depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2006 et bénéficier du NR 170 ; (...)

Le syndicat CGT Energie Paris EDF-GDF intervenant volontairement a fait valoir que l'atteinte injustifiée aux droits d'un salarié syndiqué porte atteinte à l'intérêt collectif de la profession qu'il représente.

Les sociétés ERDF et GRDF se sont opposées à l'ensemble de ces demandes en faisant valoir l'absence de tout trouble manifestement illicite en soutenant que :

- il y a eu application conforme des règles d'avancement de carrière des agents mandatés ;

- la note du 23 avril 1990 relative aux agents chargés de fonctions syndicales ou sociales envisage l'hypothèse d'une application simultanée de la circulaire PERS 245 et de la note du 2 août 1968 et prévoit d'une part que la mesure de reclassement de l'agent relève du pouvoir de décision de l'unité et d'autre part que le cumul de ces deux mesures ne doit pas avoir un effet disproportionné eu égard aux situations des autres agents travaillant dans l'unité ;

- en l'espèce M. P. a bénéficié par le jeu de la PERS 245 d'un avancement de 2 NR en juin 2010 avec effet rétroactif au 1<sup>er</sup> janvier 2010 ;

- il ne pouvait donc prétendre à un autre reclassement, celui-ci ayant pour effet de créer une situation disproportionnée par rapport aux autres salariés ; (...)

### MOTIFS DE LA DECISION :

**Attendu qu'aux termes de l'article R. 1455-6 du Code du travail, "la formation des référés peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire des mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent pour prévenir un dommage imminent ou pour faire cesser un trouble manifestement illicite" :**

- **que la prise en compte par l'employeur d'une activité syndicale pour le déroulement de la carrière du salarié caractérise une discrimination prohibée par l'article 1132-1 du Code du travail ce qui constitue un trouble manifestement illicite,**

- **qu'il appartient au salarié qui se prétend lésé par une mesure discriminatoire de soumettre au juge des éléments de faits susceptibles de caractériser une atteinte au principe d'égalité de traitement et il incombe à l'employeur qui conteste le caractère discriminatoire d'établir que la disparité de situation constatée est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination,**

- **qu'en l'espèce, la carrière des agents détachés pour exercer des fonctions syndicales est régie par la note du 2 août 1968 établissant la procédure d'homologues, la note du 31 décembre 1974 portant sur la situation des agents chargés de fonctions syndicales ou sociales ainsi que par la PERS 245 et la note GRH du 23 avril 1990,**

- **que la liste des homologues du demandeur non contestée par les défenderesses établit que plus de la moitié d'entre eux a obtenu son positionnement au GF (grade fonctionnel) 11 dans le courant de l'année ou précédent 2005,**

- **que M. P. établit donc qu'il remplissait alors les conditions pour être nommé au même grade fonctionnel (GF) que celui atteint par la majorité de ses homologues par application de la note du 2 août 1968,**

- **que le motif de l'application cumulative de la note du 2 août 1968 et de la PERS 245 et de son effet considéré comme disproportionné par les deux sociétés ne constitue pas un élément permettant de démontrer que l'engagement syndical de M. P. est étranger au refus qui lui a été opposé dès lors que, d'une part, si le bénéfice de la note du 2 août 1968 avait été régulièrement accordé à M. P. au 1<sup>er</sup> janvier 2006, celui-ci n'aurait pu bénéficier d'une nouvelle augmentation de NR selon la PERS pour l'année 2007 et que, d'autre part, il est établi que l'employeur octroie le bénéfice de ces deux dispositions au cours d'une même année ainsi qu'il l'a fait pour Mme Gauthier qui a bénéficié de la note du 2 août 1968 en mars 2010 avec effet rétroactif au 1<sup>er</sup> janvier 2010 et de la PERS 245 en juin de la même année,**

- **qu'il convient par conséquent de faire cesser le trouble manifestement illicite et d'ordonner le repositionnement de M. P. au GF 11 170 échelon 11 à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2006 et donc son repositionnement en GF 11 NR 180 échelon 11 à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2010 par application de la PERS 245,**

- que les sociétés ERDF et GRDF seront condamnées *in solidum* à payer à M. P. la somme de 7 969,14 euros à titre de provision à valoir sur la réparation de son préjudice financier depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2006,

- qu'il sera ordonné à la CNIEG de verser à M. P. sa pension de retraite sur la base du GF 11 NR 180,

- que les intérêts courent de droit au taux légal à compter de la date de la mise en demeure adressée à l'employeur, soit à compter du 12 février 2010,

- que l'absence de positionnement conforme résultant d'une discrimination est génératrice d'un préjudice qui doit être réparé, qu'une provision de 1 500 euros sera allouée à M. P.,

- que le syndicat CGT Energie Paris qui défend les intérêts collectifs de la profession subit également un préjudice à raison de la discrimination susvisée qui doit être réparé par l'octroi de la somme à titre de provision de 800 euros sur le fondement de l'article L. 2132-3 du Code du travail.

Attendu qu'il serait inéquitable de laisser les frais irrépétibles à la charge de M. P. et au syndicat intervenant, que les éléments de la cause permettent de fixer

à 1 000 euros la somme que les sociétés défenderesses seront condamnées *in solidum* à leur payer à chacun sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile.

Attendu que succombant, les sociétés défenderesses supporteront la charge des dépens.

PAR CES MOTIFS :

Condamne *in solidum* les sociétés ERDF et GRDF à payer à M. P. la somme de 7 969,14 euros bruts à titre de provision à valoir sur son préjudice financier depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2006, avec intérêts au taux légal à compter du 12 février 2010,

Condamne la CNIEG à verser à M. P. sa pension de retraite sur la base du GF 11 NR 180,

Condamne *in solidum* les sociétés ERDF et GRDF à payer à M. P. à titre de provision sur la réparation de son préjudice la somme de 1 500 euros,

Condamne *in solidum* les sociétés ERDF et GRDF à payer au syndicat CGT Energie Paris EDFG-GDF à titre de provision sur la réparation de son préjudice la somme de 800 euros.

(Mme Bongrand, prés. - Mes Borzakian, Delcourt, av.)

## Note.

Enfin ! Il convient de s'en féliciter avec force, les juridictions – parmi lesquelles le Conseil des prud'hommes de Paris et qui plus est en la forme du référé – font application de la loi et indemnisent *l'intégralité* du préjudice subi par les militants syndicaux discriminés.

Pour la période passée bien entendu, sur le fondement de la méthode bien connue de François Clerc (1), mais également pour l'avenir (2), avec tout ce que la discrimination induit en terme de pertes notamment au titre de la pension de retraite. La jurisprudence retient ainsi que le préjudice total se compose bien sûr de la perte "sèche" telle qu'elle résulte de la différence mathématique d'avec le panel mais qu'il convient de la compléter à hauteur de 30 % de ce montant pour perte de retraite (3).

Mais ce montant est-il juste ? Ce pourcentage de versement complémentaire permet t-il une réparation intégrale du préjudice subi comme l'exige le Code du travail (article L. 1134-5) dans sa version de 2008 (4) ? Nous pensons que non ! Dès lors que ce montant est forfaitaire, il est nécessairement décorrélé de la réalité du préjudice (notamment en raison de l'allongement de la durée de vie) et, en conséquence, il revient au contraire aux magistrats d'imposer aux caisses de retraite qu'il soit versé au salarié le montant exact de ce qu'il aurait perçu s'il n'avait pas été l'objet d'une discrimination prohibée (5).

C'est exactement ce à quoi procède en référé le Conseil des prud'hommes de Paris en sa formation de départage dans son ordonnance du 14 décembre 2010 puisque, et pour la première fois à notre connaissance, après avoir constaté la discrimination dont le salarié a été l'objet de la part de son employeur et organisé son repositionnement, ainsi qu'ordonné l'octroi de dommages-intérêts (6) – toutes choses à présent classiquement admises par les juridictions nationales (6 bis) – le Conseil va ordonner à la Caisse nationale des Industries électriques et gazières (CNIEG) de verser au salarié sa pension de retraite sur la base du reclassement ordonné.

(1) Sur cette méthode v. not. le numéro spécial « Agir contre la discrimination syndicale au travail : le droit en pratique », Dr. Ouv. avril 2006, spec. p. 193, disp. sur <http://sites.google.com/site/droitouvrier>

(2) Ou plus précisément pour les conséquences futures et certaines d'actes passés.

(3) CA Rouen 30 mars 2010 n° 09/03384 et 09/03394 ; CA Paris 5 mai 2010 n° 08/08694 ; CPH Villeneuve-Saint-Georges (dép.) 7 janvier 2011, 2007/498.

(4) Sur la thématique de *La réparation intégrale* voir les actes du dernier colloque du SAF, reproduits au Dr. Ouv. avr. 2011 et singulièrement les interventions de M. Keller « Les principes du droit civil de la réparation de l'entier préjudice appliqués aux

rapports de travail » p. 234 et E. Serverin « Trois définitions pour introduire la réparation intégrale » p. 226.

(5) Cette réparation du préjudice d'insuffisance de protection sociale se retrouve dans le contentieux de la requalification de faux travailleurs indépendants en contrat de travail (v. A. de Senga « Les faux travailleurs indépendants face aux droits du travail et de la protection sociale : les avatars de la requalification », Dr. Ouv. 2001 p. 241 spec. 246).

(6) V. par ex. Soc. 23 novembre 2005, Dr. Ouv. 2006 p. 100, n. D. Petit ; Soc., 16 novembre 2004, arrêt n° 02-44034 ; CPH Nîmes, 12 mars 2003, Dr. Ouv. 2003 p. 496, n. M. Estevez ; Soc. 10 juil. 2002, Dr. Ouv. 2003 p. 446.

(6 bis) V. le numéro spécial préc. du Dr. Ouv. avr. 2006.

On peut certes regretter que, dans le corps du dispositif, le tribunal n'ait pas pris le soin de préciser plus avant les motifs juridiques concourant à cette condamnation par ailleurs logique. La motivation se fonde, implicitement mais nécessairement, sur une évolution résolument actuelle et particulièrement moderne – la Cour de cassation s'en fait l'écho dans de multiples domaines – de la notion de responsabilité (7).

A titre liminaire, il ne saurait être allégué que la Caisse des pensions des sociétés électriques et gazières ne serait tenue au versement d'une pension que dans la limite des cotisations qu'elle aurait perçues (antienne souvent reprise par les avocats d'employeurs). En effet, le montant de la pension, s'il dépend de la durée de cotisation, ne dépend en aucun cas du montant des cotisations versées.

En revanche, la pension de retraite de l'agent dépend – au cas d'espèce de ce régime spécial de Sécurité sociale – et pour partie au moins, de l'échelle à laquelle il était positionné au cours de ses six derniers mois d'activité. Dès lors, suite à son repositionnement, le salarié peut prétendre à ce que lui soit ouvert le droit de percevoir la pension correspondante.

Il faut comprendre que ce versement ne constitue pas une *indemnité* mais l'exécution complète du droit à pension auquel il peut prétendre. Le point de droit central dans le raisonnement est qu'est inopérant le motif que la Caisse n'ait aucune *responsabilité* dans la discrimination subie par le salarié (et ne serait donc tenue d'aucune dette indemnitaire à son égard) dès lors qu'à l'évidence il ne s'agit nullement d'une indemnité ! Il s'agit de faire cesser une situation illicite et cette cessation peut et doit être réclamée à celui, le seul, qui est actuellement à même d'y mettre un terme et ceci quand bien même il ne serait pas à l'origine de la situation illicite.

La Caisse a été logiquement condamnée à procéder au versement de la pension due à l'agent en application d'un calcul correct au regard du positionnement auquel ce dernier pouvait prétendre. Il s'agit pour la Caisse d'exécuter pleinement ses obligations de pension envers l'agent. Si la Caisse devait estimer subir pour sa part un préjudice du fait de la régularisation du montant de la pension de retraite à laquelle elle doit procéder en conséquence du repositionnement du salarié, rien ne l'empêche à l'évidence de se retourner contre l'employeur pour obtenir elle-même le dédommagement de son préjudice.

La réflexion qui a permis cette belle décision a été très récemment nourrie par une thèse présentant la cessation de l'illicite comme une fonction à part entière de la responsabilité civile (8). Cette thèse a reçu l'écho des auteurs les plus éminents en la matière comme Geneviève Viney (9), et Marianne Keller (10) a récemment attiré l'attention des travaillistes sur ces développements.

Cyril Bloch présente la cessation de l'illicite comme la nécessité pour le juge d'imposer la réparation en nature par préférence aux dommages-intérêts (cette remarque pourrait nourrir la réflexion dans beaucoup d'autres domaines du droit social d'ailleurs) (11). Ce faisant disparaît la source même du dommage, cette disparition réalisant elle-même un retour à un état de choses licite et régulier. Il convient de souligner ici que l'exécution en nature, lorsqu'elle est possible à demander, est de droit pour la victime : « *la partie envers laquelle un engagement contractuel n'a point été exécuté a la faculté de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsque celle-ci est possible* » (12). Les domaines sont multiples et il suffit de penser aux illustrations données par les mesures tendant à faire cesser la concurrence déloyale, la contrefaçon ou encore des pratiques anticoncurrentielles, jusqu'à la réparation des atteintes aux droits de la personnalité, en passant par la démolition de la construction irrégulière ou l'arrêt des troubles anormaux de voisinage.

C'est exactement ce à quoi a fait droit le Conseil des prud'hommes de Paris puisque le salarié ayant le droit d'exiger une telle cessation de l'illicite, meilleure garantie pour une réparation pleine et entière en même temps que contre la perpétuation de la situation dommageable et ceci par préférence à une simple réparation par équivalent, nécessairement imparfaite.

Pour finir nous observerons que M. Bloch met en lumière « *l'absence de corrélation entre la désignation du débiteur de réparation et la désignation du débiteur de la cessation de l'illicite* » (13). C'est-à-dire encore que la

(7) M. Keller préc.

(8) Cyril Bloch, *La cessation de l'illicite : recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extra contractuelle*, Dalloz 2008.

(9) In *Introduction à la responsabilité civile*, LGDJ, 3<sup>e</sup> édition n° 43-2 en page 94 et s.

(10) Préc.

(11) Ce qui ne doit pas faire oublier les auteurs qui ont insisté, depuis longtemps déjà, sur la nécessité d'un rétablissement de

la légalité afin d'obtenir la cessation de l'illicite ; en particulier v. M. Grévy, *La sanction civile en droit du travail*, LGDJ, bibl. de droit social t. 36, 2002 et du même auteur « Réflexions autour de la sanction des droits fondamentaux en droit du travail » Dr. Ouv. mars 2006 p. 114, disp. sur <http://sites.google.com/site/droitouvrier>

(12) Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 16 janvier 2007, p. n° 06-13.983, Bull.

(13) Page 349 § 295 s.

cessation de la situation illicite désigne son débiteur en fonction de critères purement objectifs et qu'elle s'adresse à toute personne, fautive ou non, qui dispose des moyens matériels et juridiques de mettre fin à l'illicite... Tel est ici le cas de la CNIEG.

Cette première jurisprudence permet enfin d'entrevoir pour l'avenir une réparation juste, conforme au texte et dont la charge, *in fine*, pèsera sur les épaules de celui qui a commis la faute, à savoir l'employeur, ce qui, il est encore permis d'espérer, permettra que cesse toute discrimination à l'égard des élus et mandatés des entreprises de ce pays.

**Jérôme Borzakian**, *Avocat au Barreau de Paris*