Cour de cassation

chambre sociale

Audience publique du 4 juin 2014

N° de pourvoi: 12-28740 12-28741 12-28742

ECLI:FR:CCASS:2014:SO01090

Publié au bulletin

Cassation

M. Lacabarats (président), président

SCP Coutard et Munier-Apaire, SCP Gatineau et Fattaccini, avocat(s)

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE SOCIALE, a rendu l'arrêt suivant :

Vu leur connexité, joint les pourvois n° N 12-28.740, P 12-28.741 et Q 12-28.742 ;
Attendu, selon les arrêts attaqués, que MM. X..., Y... et Z..., salariés de la société CMD exerçant divers mandats de représentants du personnel, ont saisi le 28 janvier 2009 la juridiction prud'homale d'une demande portant sur la discrimination syndicale dont ils estimaient être victimes ; que, par arrêt du 15 avril 2011, la cour d'appel a ordonné une expertise en limitant la comparaison de l'évolution des rémunérations à la période postérieure au 17 mai 2002, compte tenu de la loi d'amnistie du 6 août 2002 ; que, par arrêt du 28 septembre 2012, la cour d'appel a accueilli la demande et a procédé à la reclassification des trois salariés à un coefficient supérieur pour la période du 17 mai 2002 à la fin de l'année 2008 ;

Sur le premier moyen du pourvoi incident des salariés, qui est préalable, pris en sa première branche, dirigé contre l'arrêt du 15 avril 2011 :

Vu les articles L. 2141-5, L. 2141-8, L. 1134-1 et L. 1134-5 du code du travail, ensemble l'article 133-11 du code pénal, l'article 12 de la loi n° 2002-1062 du 6 août 2002 portant amnistie et l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Attendu que, pour limiter la période sur laquelle porte l'action en discrimination à la période postérieure au 17 mai 2002, la cour d'appel a retenu que les différentes lois d'amnistie promulguées en 1981, 1988, 1995 et 2002 interdisent à l'employeur de faire état des éventuelles sanctions disciplinaires qui auraient pu être infligées aux salariés pendant la période couverte par ces lois d'amnistie et qui auraient pu expliquer de manière

objective une différence de traitement avec d'autres salariés et que la seule manière de concilier la recherche des éléments permettant de comparer l'évolution de la situation des salariés avec le principe de l'égalité des armes est de limiter les investigations de l'expert à la période postérieure au 17 mai 2002 ;

Qu'en statuant ainsi, alors que les dispositions concernant l'amnistie n'ont pas, par elles-mêmes, pour objet d'interdire à un employeur qu'il soit fait référence devant une juridiction à des faits qui ont motivé une sanction disciplinaire amnistiée dès lors que cela est strictement nécessaire à l'exercice devant la juridiction de ses droits à la défense, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Et sur le second moyen du pourvoi incident des salariés :

Vu l'article 625 du code de procédure civile ;

Attendu que la cassation, par arrêt de ce jour, de l'arrêt rendu par la cour d'appel de Douai le 15 avril 2011 entraîne l'annulation par voie de conséquence de l'arrêt du 28 septembre 2012 qui en est la suite, l'application ou l'exécution ;

PAR CES MOTIFS et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs du pourvoi incident et sur le pourvoi principal de l'employeur :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 15 avril 2011, entre les parties, par la cour d'appel de Douai ; 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 Douai, autrement composée ;

CONSTATE l'annulation de l'arrêt du 28 septembre 2012 ;

Condamne la société CMD aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, condamne la société CMD à payer à MM. X..., Y... et Z... la somme globale de 3 000 euros ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du quatre juin deux mille quatorze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyen produit par la SCP Gatineau et Fattaccini, avocat aux Conseils, pour la société CMD, demanderesse au pourvoi principal n° N 12-28.740.

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué du 28 septembre 2012 d'AVOIR dit le salarié victime de discrimination syndicale, condamné la société CMD à payer à Monsieur X..., à titre de réparation du préjudice subi du fait de la discrimination syndicale, le rappel de salaire sur la base du coefficient 270 à compter du 17 mai 2002 et jusqu'à fin décembre 2008, ainsi que la somme de 3.000 €, au titre du préjudice moral et la même somme au titre de l'article 700 du Code de procédure civile, et d'AVOIR condamné la société CMD aux dépens de première instance et d'appel, comprenant le coût total de l'expertise judiciaire,

AUX MOTIFS QUE « L'article L. 2141-5 du code du travail dispose 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." L'article L. 1134-1 du même code dispose que: "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." L'expert a réalisé les tableaux comparatifs demandés par la Cour et ces tableaux sont repris aux pages 43 à 66 de son rapport. L'exactitude des informations contenues dans ces tableaux n'est remise en cause par aucune des parties. Procédant à l'analyse de ces tableaux, et sur la base des chiffres contenus dans ceux-ci, M. Jean-Christophe X... et les deux autres salariés également concernés ont eux-mêmes élaborés 4 autres tableaux qui sont les suivants, précision étant donnée que pour ces tableaux, les chiffres apparaissant aux lignes « + forte », « + faible », « médiane » et « moyenne » ont été calculés au vu des chiffres mentionnés pour les autres salariés, à l'exclusion de Messieurs Y..., X... et Z...:

Analyse des taux d'augmentation de rémunération figurant au tableau 2.1 du rapport d'expertise (exprimés en %) :

Entre le 01/01/2003

et le

01/01/2004 Entre le

02/01/2004

et le 01/01/2005

Entre le

02/01/2005 et le

01/01/2006

Entre le 02/01/2006

et le

01/01/2007 Entre le

02/01/2007

et le 01/01/2008

Entre le

02/01/2008 et le

01/01/2009

Entre le 02/01/2009

et le

31/12/2009

+ faible 3, 15

2, 01

2, 01 0, 61

1, 81

1, 11 1

+ forte

13, 52

6, 38 5, 59

13, 06

7, 62 9, 44

4, 30

médiane

8, 33 4, 20

3, 80

6, 84 4, 72

5, 28

2, 65

moyenne 5, 13

2, 81

2, 70 3, 55

4, 22

4, 32 1, 51

Monsieur

X... 3, 70

4, 13

2, 53 2, 59

3, 50

6, 51 1

Monsieur

Y... 3, 41

2, 01

2, 53 2, 37

8, 33

2, 64 Retraite au

30/09/08

NON CONCERNE

Monsieur

Z... 3, 66

2, 02

2, 53 2, 59

10, 37

9, 04 1

Analyse des taux d'augmentation de rémunération figurant au tableau 2.2 du rapport d'expertise (exprimés en %) :

Entre le 01/01/2003

et le

01/01/2004 Entre le

02/01/2004

et le 01/01/2005

Entre le

02/01/2005 et le

01/01/2006

Entre le 02/01/2006 et le

01/01/2007

Entre le 02/01/2007

et le

01/01/2008 Entre le

02/01/2008

et le 01/01/2009

Entre le

02/01/2009 et le

31/12/2009

+ faible

2, 68 2, 01

2, 01

0, 61 2, 08

1, 31

1

+ forte 10, 86

6, 38

5, 59 13, 06

7, 62

9, 44 4, 30

médiane

6, 77

4, 20 3, 80

6, 84

4, 85 5, 38

2, 65

moyenne

4, 92 2, 98

2, 87

3, 81 4, 72

4, 30

1, 65

Monsieur X...

3, 70

4, 13 2, 53

2, 59

3, 50 6, 51

Analyse des taux d'augmentation de rémunération figurant au tableau 2.3 du rapport d'expertise (exprimés en %) :

Entre le

01/01/2003

et le 01/01/2004

Entre le

02/01/2004 et le

01/01/2005

Entre le 02/01/2005

et le

01/01/2006 Entre le

02/01/2006

et le 01/01/2007

Entre le

02/01/2007 et le

01/01/2008

Entre le 02/01/2008

et le

01/01/2009 Entre le

02/01/2009

et le 31/12/2009

+ faible

2, 79

2, 02 2, 01

0, 61

1, 81 1, 11

+ forte

13, 52 5, 42

5, 59

9, 95 7, 29

8, 83

médiane 8, 155

3, 72

3, 80 5, 28

4, 55

4, 97

moyenne

5, 73

2, 86 2, 87

3, 27

3, 61 4, 25

Monsieur

Y... 3, 41

2, 01

2, 53 2, 37

8, 33

2, 64 Retraite au

30/09/08

NON CONCERNE

Analyse des taux d'augmentation de rémunération figurant au tableau 2.4 du rapport d'expertise (exprimés en %) :

Entre le

01/01/2003

et le 01/01/2004

Entre le

02/01/2004 et le

01/01/2005

Entre le 02/01/2005

et le

01/01/2006 Entre le

02/01/2006

et le 01/01/2007

Entre le

02./01/2007 et le

01/01/2008

Entre le 02/01/2008

et le

01/01/2009 Entre le

02/01/2009

et le 31/12/2009

+ faible

3, 25

2, 01 2, 01

0, 61

2, 08 1, 31

1

+ forte

10, 86 5, 53

5, 59

9, 95 8

8, 25

4, 24

médiane 7, 055

3, 77

3, 80 5, 28

5, 04

4, 78 2, 62

moyenne

4, 98

3, 23 3, 11

4, 21

2, 95 2, 23

1, 44

Monsieur

Z... 3, 66

2, 02

2, 53 2, 59

10, 37

9, 04 1

Ces tableaux constituent les annexes 1 à 4 du dire daté du 24 janvier 2012 transmis par l'avocat de M. Jean-Christophe X... à l'expert. Ce dernier, dans sa note en expertise n° 2 datée du 26 janvier 2012, et sur ces annexes, a précisé (au point 2.2 de sa note intitulé "attendus développés en réponse par l'expert") qu'il n'avait pas d'observation particulière à formuler "principalement au motif que s'il formulait des observations et/ou des remarques celles-ci pourraient être considérées comme "dire le droit" et/ou comme allant au-delà de la mission confiée à l'expert". Il a repris ces annexes au dire daté du 24 janvier 2012 en annexe 16 de son rapport d'expertise. Ces annexes ont également été intégrées dans les conclusions de M. Jean-Christophe X.... Les chiffres qui y ont été mentionnés n'ont fait l'objet, en ce qui concerne leur exactitude matérielle, d'aucune critique particulière de la part de la SA C.M.D Or, s'agissant de M. Jean-Christophe X..., il résulte des deux premiers de ces tableaux qu'à l'exception des années 2004 et 2008, le taux d'augmentation de sa rémunération a toujours été inférieur au taux moyen de celui des autres salariés du panel de comparaison, et qu'à l'exception de l'année 2008, le taux d'augmentation de sa rémunération a toujours été inférieur au taux médian de celui des autres salariés du panel de comparaison (ce taux médian étant visiblement calculé comme étant la moyenne arithmétique entre le taux d'augmentation le plus faible et le taux d'augmentation le plus fort). M. Jean-Christophe X... fait observer à juste titre qu'il résulte du courrier daté du 29 novembre 2011 envoyé par le directeur adjoint du pôle travail de l'unité territoriale du Nord-Valenciennes à l'expert que les services de l'inspection du travail de Cambrai avaient été saisis en juillet 2007 par des organisations syndicales d'une demande d'enquête relative à des discriminations subies par des salariés de la SA C.M.D. Il résulte par ailleurs d'un courrier daté du 15 septembre 2007 envoyé par M. Patrick Z... à la SA C.M.D. que dès cette date, cette dernière avait été avisée de plaintes pour discrimination syndicale à l'encontre de ce dernier et des deux autres délégués syndicaux CFDT concernés, à savoir M. Patrick Y... et M. Jean-Christophe X.... La SA C.M.D. était à nouveau saisie de ces plaintes et de demandes de réparations chiffrées précises par l'avocat de ces trois salariés par courrier daté du 25 juin 2008. La Cour ne peut que constater, avec M. Jean-Christophe X..., que le taux d'augmentation de sa rémunération n'est devenu supérieur à la moyenne de celui des autres salariés du panel de comparaison que postérieurement au déclenchement de l'enquête de l'inspection du travail sur les faits de discrimination syndicale dénoncés par M. Jean-Christophe X... et ses deux collègues délégués syndicaux. Par ailleurs, l'expert a conclu que l'évolution des coefficients attribués à M. Jean-Christophe X... et à ses deux collègues a été "a minima" et que "leur révision aurait pu être plus rapide et plus franche principalement au regard des nouveaux embauchés". Pour combattre la présomption de discrimination syndicale qui résulte suffisamment de ce qui vient d'être exposé, la SA C.M.D. prétend que les différences constatées s'expliquent par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination, à savoir, d'une part, les évolutions technologiques dans son domaine d'activité, qui l'ont conduite à embaucher des jeunes techniciens supérieurs titulaires de diplômes et d'une expertise dans les nouveaux métiers de l'entreprise, et, d'autre part, le fait qu'en application de l'accord national de classification de la métallurgie, la détention de

diplômes donne automatiquement accès à son titulaire à un coefficient déterminé. Cependant cette explication n'est guère convaincante au regard de la situation particulière de M. Jean-Christophe X..., dès lors que les évolutions technologiques en question avaient commencé avant la période de comparaison examinée par l'expert (la SA C.M.D. ayant d'ailleurs précisé qu'elle privilégie l'embauche de techniciens supérieurs du fait de l'évolution des technologies "depuis une vingtaine d'année") et que, surtout, il ne peut qu'être constaté que M. Jean-Christophe X... a bénéficié d'un changement de coefficient fin décembre 2008, à compter de 2009, son coefficient passant de 255, où il était depuis 1990, à 270, cette augmentation de coefficient étant donc intervenue seulement après le déclenchement de l'enquête de l'inspection du travail et la plainte directe auprès de l'employeur sur les faits de discrimination syndicale dénoncés par M. Jean-Christophe X... et ses deux collègues délégués syndicaux, M. Patrick Z..., dont le coefficient est passé à 305 en 2008, alors qu'il était à 285 depuis 1995, et M. Y... dont le taux d'augmentation de la rémunération est soudainement devenu en 2007 le plus élevé par rapport aux autres salariés dont la situation a été comparée par l'expert à la sienne, alors que son coefficient au moment de son départ en retraite en octobre 2008 et depuis 2002 était de 305, après avoir été de 285 depuis fin 1982. Dans ces conditions, il y a lieu de considérer que M. Jean-Christophe X... a bien été victime de discrimination syndicale au moins pour la période de comparaison qui a pu être examinée par l'expert, soit pour la période postérieure au 17 mai 2002 (¿) Sur la réparation du préjudice subi du fait de la discrimination syndicale : En application de l'article L. 2145-8 du Code du travail, M. Jean-Christophe X... est en droit d'obtenir réparation du préjudice subi par lui du fait de la discrimination syndicale dont il a été victime depuis le 17 mai 2002, en violation de l'article L. 2145-1 du même Code. Au titre de cette réparation, M. Jean-Christophe X... est en droit d'obtenir notamment son repositionnement au coefficient auquel il aurait pu prétendre s'il avait bénéficié d'un déroulement normal de sa carrière depuis cette date, c'est-à-dire un déroulement non entravé par la discrimination syndicale. S'agissant d'une réparation à titre de dommages-intérêts et non pas d'un rappel de salaire, la prescription quinquennale soulevée par la SA C.M.D. ne s'applique pas. M. Jean-Christophe X... revendique l'application du coefficient 285, alors que pour la période retenue, soit la période postérieure au 17 mai 2002, il a été classé au coefficient 255 puis, à compter de 2009, au coefficient 270. A l'appui de cette revendication, il se compare pour l'essentiel à son frère Pascal, qui est au coefficient 285. La convention collective applicable, à savoir la convention collective des industries métallurgiques du Valenciennois et du Cambrésis du 13 juillet 1990, prévoit que le coefficient 285 du niveau IV suppose un travail caractérisé par : "- un élargissement du domaine d'action à des spécialités techniques connexes ;

- la modification importante de méthodes, procédés et moyens ;

- la nécessité de l'autonomie indispensable pour l'exécution, sous la réserve de provoquer opportunément les actions d'assistance et de contrôle nécessaire". Il résulte toutefois de l'attestation précise et circonstanciée de M. Alain A..., ancien responsable des bureaux d'études de CMD Cambrai puis directeur de cet établissement que ce dernier a eu sous sa responsabilité tant M. Jean-Christophe X... que son frère Pascal et qu'autant ce dernier démontrait implication, dynamisme et capacités d'adaptation professionnelle, autant M. Jean-Christophe X... ne faisait pas preuve d'initiatives ni de capacités d'adaptation et se contentait de s'acquiescer à la lettre des instructions reçues, ce qui justifiait un niveau hiérarchique et une rémunération différent. M. Jean-Christophe X... n'établit pas qu'il remplit les conditions pour bénéficier du coefficient 285. Par conséquent, à titre de réparation de son préjudice de carrière, consécutif à la discrimination syndicale dont il a été victime, la SA C.M.D. sera tenue de lui payer le rappel de salaires sur la base du coefficient 270 à compter du 17 mai 2002 et jusqu'à fin décembre 2008, étant précisé que

ce rappel de salaire inclut nécessairement l'incidence au niveau des droits à la retraite, outre la somme de 3.000 € au titre du préjudice moral » ;

1. ALORS QUE la contradiction de motifs équivaut à une absence de motifs ; qu'en affirmant que le taux d'augmentation de la rémunération de Monsieur X... n'était devenu supérieur à la moyenne de celui des autres salariés du panel de comparaison que postérieurement au déclenchement de l'enquête de l'inspection du travail sur les faits de discrimination syndicale dénoncés par Monsieur X... et ses deux collègues, soit en 2007, quand elle avait relevé préalablement qu'en 2004 déjà, le taux d'augmentation du salarié avait été supérieur au taux moyen de celui des autres salariés du panel, la cour d'appel s'est contredite, en violation de l'article 455 du Code de procédure civile ;

2. ALORS QUE pour apprécier si un salarié a été victime de discrimination syndicale dans l'évolution de son salaire, la comparaison doit être faite de façon globale, sur toute la période d'examen du juge ; qu'en se fondant, pour retenir une discrimination salariale à l'égard de Monsieur X..., sur une comparaison avec d'autres salariés portant sur la seule période 2003-2007, et en excluant la période postérieure au cours de laquelle le salarié avait obtenu une augmentation supérieure aux taux moyens et médians au prétexte inopérant qu'en 2007, l'inspection du travail avait été saisie d'une demande d'enquête pour discrimination syndicale à l'égard de ce salarié et la société avait été avisée de sa plainte à cet égard, la cour d'appel a violé les articles L. 1134-1 et L. 2141-5 du Code du travail ;

3. ALORS QUE la circonstance que le taux d'augmentation d'un salarié soit inférieur durant quatre ans non consécutifs au taux moyen d'augmentation d'autres salariés retenus par l'expert et inférieur durant cinq ans au taux médian d'augmentation de ces salariés ne suffit pas à laisser présumer une discrimination ; qu'en jugeant le contraire, la cour d'appel a violé les articles L. 1134-1 et L. 2141-5 du Code du travail ;

4. ALORS QUE les juges du fond ne peuvent statuer par voie de motifs hypothétiques ; qu'en retenant à l'appui de sa décision que l'expert avait conclu que la révision des coefficients attribués à Monsieur X... aurait pu être plus rapide et plus franche principalement au regard des nouveaux embauchés, la cour d'appel a statué par un motif hypothétique et violé l'article 455 du Code de procédure civile ;

5. ALORS QUE sauf en présence d'une classification conventionnelle garantissant une progression automatique du coefficient à raison de l'ancienneté, le salarié ne dispose pas d'un droit à une telle progression, seule la discrimination étant interdite ; qu'en l'espèce, il était constant que la classification conventionnelle ne faisait pas dépendre le coefficient de l'ancienneté des salariés mais des fonctions exercées et des diplômes ; qu'en retenant à l'appui de sa décision que l'expert a conclu que l'évolution des coefficients attribués à Monsieur X... a été "a minima" et que "leur révision aurait pu être plus rapide et plus franche principalement au regard des nouveaux embauchés", sans s'interroger sur les critères de la classification conventionnelle et vérifier que le salarié répondait aux conditions posées par celle-ci pour voir progresser son coefficient, ou constater que les salariés ayant obtenu un coefficient plus élevé étaient dans la même situation que le demandeur au regard de cette classification, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'accord national métallurgie du 21 janvier 1975 sur la classification dans sa rédaction issue des avenants des 25 janvier 1990 et 10 juillet 1992, et de l'annexe à la convention collective des industries métallurgiques du Valenciennois et du Cambrésis du 13 juillet 1990 et relative à la classification, ensemble les articles L. 1134-1 et L. 2141-5 du Code du travail ;

6. ALORS QUE pour réfuter la conclusion de l'expert s'agissant de l'évolution des coefficients, l'employeur rappelait que son activité avait sensiblement évolué depuis les années 1990 du fait des mutations technologiques intervenues dans les méthodes de production et de fabrication, que l'évolution technologique l'avait conduite à privilégier l'embauche d'ingénieurs dans les fonctions de direction et de techniciens supérieurs dans les fonctions de conception et d'exécution, et qu'en vertu de l'accord national de classification de la métallurgie, la détention de diplômes donnait automatiquement accès à un coefficient déterminé, de sorte que les différences de coefficient entre les « nouveaux embauchés » et les demandeurs s'expliquaient par une différence de qualification et de diplômes ; qu'en écartant cette explication au prétexte inopérant que ces évolutions technologiques avaient commencé avant la période de comparaison examinée par l'expert, sans expliquer en quoi leur effet ne perdurait pas sur ladite période de comparaison, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1134-1 et L. 2141-5 du Code du travail, de l'accord national métallurgie du 21 janvier 1975 sur la classification dans sa rédaction issue des avenants des 25 janvier 1990 et 10 juillet 1992, et de l'annexe à la convention collective des industries métallurgiques du Valenciennois et du Cambrésis du 13 juillet 1990 et relative à la classification ;

7. ALORS QU'en écartant l'explication de l'employeur par des prétextes inopérants pris de ce que Monsieur X... avait bénéficié d'une augmentation de son coefficient fin décembre 2008, soit seulement après le déclenchement de l'enquête de l'inspection du travail et la plainte directe auprès de l'employeur sur les faits discrimination syndicale dénoncés par Monsieur X... et ses deux collègues, et que ces derniers avaient bénéficié pour l'un d'un changement de coefficient en mars 2008, pour l'autre du taux d'augmentation le plus élevé en 2007, la cour d'appel a derechef privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1134-1 et L. 2141-5 du Code du travail, de l'accord national métallurgie du 21 janvier 1975 sur la classification dans sa rédaction issue des avenants des 25 janvier 1990 et 10 juillet 1992, et de l'annexe à la convention collective des industries métallurgiques du Valenciennois et du Cambrésis du 13 juillet 1990 et relative à la classification ;

8. ALORS QUE le juge ne peut reconnaître à un salarié le droit à un coefficient que s'il remplit les conditions posées par la classification conventionnelle pour ce coefficient, sauf à constater qu'un salarié placé dans la même situation que lui au regard de cette classification en bénéficie ; qu'en accordant à Monsieur X... un rappel de salaire sur la base du coefficient 270 à compter du 17 mai 2002, après avoir constaté qu'il avait été classé à ce coefficient en 2009, sans exposer en quoi consistait les fonctions du salarié ni en quoi il remplissait depuis 2002 les conditions requises par la classification conventionnelle pour bénéficier du coefficient 270, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'accord national métallurgie du 21 janvier 1975 sur la classification dans sa rédaction issue des avenants des 25 janvier 1990 et 10 juillet 1992, de l'annexe à la convention collective des industries métallurgiques du Valenciennois et du Cambrésis du 13 juillet 1990 et relative à la classification, ensemble les articles L. 1134-1 et L. 2141-5 du Code du travail.

Moyen produit par la SCP Gatineau et Fattaccini, avocat aux Conseils, pour la société CMD, demanderesse au pourvoi principal n° P 12-28.741.

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué du 28 septembre 2012 d'AVOIR dit le salarié victime de discrimination syndicale, condamné la société CMD à payer à Monsieur Y..., à titre de réparation du préjudice subi du fait de la discrimination syndicale, le rappel de salaire sur la base du coefficient 335 à compter du 17 mai 2002 et jusqu'à fin septembre 2008, ainsi

que la somme de 3.000 € au titre du préjudice moral et la même somme au titre de l'article 700 du Code de procédure civile, et d'AVOIR condamné la société CMD aux dépens de première instance et d'appel, comprenant le coût total de l'expertise judiciaire,

AUX MOTIFS QUE « L'article L. 2141-5 du code du travail dispose 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." L'article L. 1134-1 du même code dispose que: "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 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. 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." L'expert a réalisé les tableaux comparatifs demandés par la Cour et ces tableaux sont repris aux pages 43 à 66 de son rapport. L'exactitude des informations contenues dans ces tableaux n'est remise en cause par aucune des parties. Procédant à l'analyse de ces tableaux, et sur la base des chiffres contenus dans ceux-ci, M. Patrick Y... et les deux autres salariés également concernés ont eux-mêmes élaborés 4 autres tableaux qui sont les suivants, précision étant donnée que pour ces tableaux, les chiffres apparaissant aux lignes « + forte », « + faible », « médiane » et « moyenne » ont été calculés au vu des chiffres mentionnés pour les autres salariés, à l'exclusion de Messieurs Y..., X... et Z...:

Analyse des taux d'augmentation de rémunération figurant au tableau 2.1 du rapport d'expertise (exprimés en %) :

Entre le 01/01/2003

et le

01/01/2004 Entre le

02/01/2004

et le 01/01/2005

Entre le

02/01/2005 et le

01/01/2006

Entre le 02/01/2006

et le

01/01/2007 Entre le

02/01/2007

et le 01/01/2008

Entre le

02/01/2008 et le

01/01/2009

Entre le 02/01/2009

et le

31/12/2009

+ faible 3, 15

2, 01

2, 01 0, 61

1, 81

1, 11 1

+ forte

13, 52

6, 38 5, 59

13, 06

7, 62 9, 44

4, 30

médiane

8, 33 4, 20

3, 80

6, 84 4, 72

5, 28

2, 65

moyenne 5, 13

2, 81

2, 70 3, 55

4, 22

4, 32 1, 51

Monsieur

X... 3, 70

4, 13

2, 53 2, 59

3, 50

6, 51 1

Monsieur

Y... 3, 41

2, 01

2, 53 2, 37

8, 33

2, 64 Retraite au

30/09/08

NON CONCERNE

Monsieur

Z... 3, 66

2, 02

2, 53 2, 59

10, 37

9, 04 1

Analyse des taux d'augmentation de rémunération figurant au tableau 2.2 du rapport d'expertise (exprimés en %) :

Entre le

01/01/2003 et le

01/01/2004

Entre le 02/01/2004

et le

01/01/2005 Entre le

02/01/2005

et le 01/01/2006

Entre le 02/01/2006

et le 01/01/2007

Entre le

02/01/2007 et le

01/01/2008

Entre le 02/01/2008

et le

01/01/2009 Entre le

02/01/2009

et le 31/12/2009

+ faible

2, 68

2, 01 2, 01

0, 61

2, 08 1, 31

1

+ forte

10, 86 6, 38

5, 59

13, 06 7, 62

9, 44

4, 30

médiane 6, 77

4, 20

3, 80 6, 84

4, 85

5, 38 2, 65

moyenne

4, 92

2, 98 2, 87

3, 81

4, 72 4, 30

1, 65

Monsieur

X...

3, 70

4, 13 2, 53

2, 59

3, 50 6, 51

1

Analyse des taux d'augmentation de rémunération figurant au tableau 2.3 du rapport d'expertise (exprimés en %) :

Entre le

01/01/2003 et le

01/01/2004

Entre le 02/01/2004

et le

01/01/2005 Entre le

02/01/2005

et le 01/01/2006

Entre le

02/01/2006 et le

01/01/2007

Entre le 02/01/2007

et le

01/01/2008 Entre le

02/01/2008

et le 01/01/2009

Entre le

02/01/2009 et le

31/12/2009

+ faible

2, 79 2, 02

2, 01

0, 61 1, 81

1, 11

+ forte 13, 52

5, 42

5, 59 9, 95

7, 29

8, 83

médiane

8, 155

3, 72 3, 80

5, 28

4, 55 4, 97

moyenne

5, 73 2, 86

2, 87

3, 27 3, 61

4, 25

Monsieur Y... 3, 41

2, 01

2, 53 2, 37

8, 33

2, 64 Retraite au

30/09/08

NON CONCERNE

Analyse des taux d'augmentation de rémunération figurant au tableau 2.4 du rapport d'expertise (exprimés en %) :

Entre le 01/01/2003

et le

01/01/2004 Entre le

02/01/2004

et le 01/01/2005

Entre le

02/01/2005 et le

01/01/2006

Entre le 02/01/2006

et le

01/01/2007 Entre le

02./01/2007

et le 01/01/2008

Entre le

02/01/2008 et le

01/01/2009

Entre le 02/01/2009

et le

31/12/2009

+ faible 3, 25

2, 01

2, 01 0, 61

2, 08

1, 31 1

+ forte

10, 86

5, 53 5, 59

9, 95

8 8, 25

4, 24

médiane

7, 055 3, 77

3, 80

5, 28 5, 04

4, 78

2, 62

moyenne 4, 98

3, 23

3, 11 4, 21

2, 95

2, 23 1, 44

Monsieur

Z... 3, 66

2, 02

2, 53 2, 59

10, 37

9, 04 1

Ces tableaux constituent les annexes 1 à 4 du dire daté du 24 janvier 2012 transmis par l'avocat de M. Patrick Y... à l'expert. Ce dernier, dans sa note en expertise n° 2 datée du 26 janvier 2012, et sur ces annexes, a précisé (au point 2.2 de sa note intitulé "attendus développés en réponse par l'expert") qu'il n'avait pas d'observation particulière à formuler "principalement au motif que s'il formulait des observations et/ou des remarques celles-ci pourraient être considérées comme "dire le droit" et/ou comme allant au-delà de la mission confiée à l'expert". Il a repris ces annexes au dire daté du 24 janvier 2012 en annexe 16 de son rapport d'expertise. Ces annexes ont également été intégrées dans les conclusions de M. Patrick Y.... Les chiffres qui y ont été mentionnés n'ont fait l'objet, en ce qui concerne leur exactitude matérielle, d'aucune critique particulière de la part de la SA C.M.D Or, s'agissant de M. Patrick Y..., il résulte du premier et du troisième de ces tableaux qu'à l'exception de l'année 2007, le taux d'augmentation de sa rémunération a toujours été inférieur au taux moyen et au taux médian (ce taux médian étant visiblement calculé comme étant la moyenne arithmétique entre le taux d'augmentation le plus faible et le taux d'augmentation le plus fort) de celui des autres salariés du panel de comparaison. M. Patrick Y... fait observer à juste titre qu'il résulte du courrier daté du 29 novembre 2011 envoyé par le directeur adjoint du pôle travail de l'unité territoriale du Nord-Valenciennes à l'expert que les services de l'inspection du travail de Cambrai avaient été saisis en juillet 2007 par des organisations syndicales d'une demande d'enquête relative à des discriminations subies par des salariés de la SA C.M.D. Il résulte par ailleurs d'un courrier daté du 15 septembre 2007 envoyé par M. Patrick Z... à la SA C.M.D. que dès cette date, cette dernière avait été avisée de plaintes pour discrimination syndicale à l'encontre de ce dernier et des deux autres délégués syndicaux CFDT concernés, à savoir M. Patrick Y... et M. Jean-Christophe X.... La SA C.M.D. était à nouveau saisie de ces plaintes et de demandes de réparations chiffrées précises par l'avocat de ces trois salariés par courrier daté du 25 juin 2008. La Cour ne peut que constater, avec M. Patrick Y..., que le taux d'augmentation de sa rémunération n'est devenu supérieur à la moyenne de celui des autres salariés du panel de comparaison que postérieurement au déclenchement de l'enquête de l'inspection du travail sur les faits de

discrimination syndicale dénoncés par M. Patrick Y... et ses deux collègues délégués syndicaux. Par ailleurs, l'expert a conclu que l'évolution des coefficients attribués à M. Patrick Y... et à ses deux collègues a été "a minima" et que "leur révision aurait pu être plus rapide et plus franche principalement au regard des nouveaux embauchés". Pour combattre la présomption de discrimination syndicale qui résulte suffisamment de ce qui vient d'être exposé, la SA C.M.D. prétend que les différences constatées s'expliquent par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination, à savoir, d'une part, les évolutions technologiques dans son domaine d'activité, qui l'ont conduite à embaucher des jeunes techniciens supérieurs titulaires de diplômes et d'une expertise dans les nouveaux métiers de l'entreprise, et, d'autre part, le fait qu'en application de l'accord national de classification de la métallurgie, la détention de diplômes donne automatiquement accès à son titulaire à un coefficient déterminé. Cependant cette explication n'est guère convaincante au regard de la situation particulière de M. Patrick Y..., dès lors que les évolutions technologiques en question avaient commencé avant la période de comparaison examinée par l'expert (la SA C.M.D. ayant d'ailleurs précisé qu'elle privilégie l'embauche de techniciens supérieurs du fait de l'évolution des technologies "depuis une vingtaine d'année") et que, surtout, il ne peut qu'être constaté que le taux d'augmentation de la rémunération de M. Patrick Y... est soudainement devenu en 2007 le plus élevé par rapport aux autres salariés dont la situation a été comparée par l'expert à la sienne, alors que son coefficient au moment de son départ en retraite en octobre 2008 et depuis 2002 était de 305, après avoir été de 285 depuis fin 1982, l'augmentation soudaine de sa rémunération étant donc intervenue seulement après le déclenchement de l'enquête de l'inspection du travail et la plainte directe auprès de l'employeur sur les faits de discrimination syndicale dénoncés par M. Patrick Y... et ses deux collègues délégués syndicaux, M. Z..., dont le coefficient est passé à 305 en mars 2008, alors qu'il était à 285 depuis 1995, et M. X..., qui a bénéficié d'un changement de coefficient fin décembre 2008, à compter de 2009, son coefficient passant de 255, où il était depuis 1990, à 270. Dans ces conditions, il y a lieu de considérer que M. Patrick Y... a bien été victime de discrimination syndicale au moins pour la période de comparaison qui a pu être examinée par l'expert, soit pour la période postérieure au 17 mai 2002. (¿) Sur la réparation du préjudice subi du fait de la discrimination syndicale : En application de l'article L. 2145-8 du Code du travail, M. Patrick Y... est en droit d'obtenir réparation du préjudice subi par lui du fait de la discrimination syndicale dont il a été victime depuis le 17 mai 2002, en violation de l'article L. 2145-1 du même Code. Au titre de cette réparation, M. Patrick Y... est en droit d'obtenir notamment son repositionnement au coefficient auquel il aurait pu prétendre s'il avait bénéficié d'un déroulement normal de sa carrière depuis cette date, c'est-à-dire un déroulement non entravé par la discrimination syndicale. S'agissant d'une réparation à titre de dommages-intérêts et non pas d'un rappel de salaire, la prescription quinquennale soulevée par la SA C.M.D. ne s'applique pas. M. Patrick Y... revendique à cet égard d'une part la somme de 129.242 ¿ sur la base du coefficient 335 de juin 1989 à décembre 1995, puis 395 à compter de 1996 et jusqu'à son départ en retraite majoré de 30 % au titre de l'incidence sur les droits à retraite, l'assiduité et l'ancienneté, outre des dommages-intérêts complémentaires pour préjudice moral. S'il résulte des pièces produites aux débats par M. Patrick Y... que le coefficient de 305 auquel il était positionné depuis 2002 et auquel il est resté positionné jusqu'à son départ en retraite en octobre 2008 ne correspond pas exactement à la réalité des fonctions d'animateur sécurité qu'il exerçait depuis 1996, il résulte par ailleurs des pièces produites aux débats par la SA C.M.D., et notamment de l'attestation précise et circonstanciée datée du 23 septembre 2010 établie par M. Michel B..., directeur des ressources humaines de la SA C.M.D. depuis le 1er janvier 1989, que les responsabilités exercées réellement par M. Patrick Y... n'étaient pas aussi importantes que ce dernier l'allègue. Dans ces conditions, il y a lieu de considérer que les fonctions exercées par M. Patrick Y... justifiaient son positionnement au

coefficient 335. Par conséquent, à titre de réparation de son préjudice de carrière, consécutif à la discrimination syndicale dont il a été victime, la SA C.M.D. sera tenue de lui payer le rappel de salaires sur la base du coefficient 335 à compter du 17 mai 2002 et jusqu'à fin septembre 2008, étant précisé que ce rappel de salaire inclut nécessairement l'incidence au niveau des droits à la retraite, outre la somme de 3.000 € au titre du préjudice moral » ;

1. ALORS QUE pour apprécier si un salarié a été victime de discrimination syndicale dans l'évolution de son salaire, la comparaison doit être faite de façon globale, sur toute la période d'examen du juge ; qu'en se fondant, pour retenir une discrimination salariale à l'égard de Monsieur Y..., sur une comparaison avec d'autres salariés portant sur la seule période 2003-2006, et en excluant l'année 2007 au cours de laquelle le salarié avait obtenu l'augmentation la plus importante des salariés du panel au prétexte inopérant qu'en 2007, l'inspection du travail avait été saisie d'une demande d'enquête pour discrimination syndicale à l'égard de ce salarié et la société avait été avisée de sa plainte à cet égard, la cour d'appel a violé les articles L. 1134-1 et L. 2141-5 du Code du travail ;

2. ALORS en toute hypothèse QUE la seule circonstance que le taux d'augmentation d'un salarié soit inférieur durant quatre ans aux taux moyen et médian d'augmentation d'autres salariés retenus par l'expert ne suffit pas à laisser présumer une discrimination ; qu'en jugeant le contraire, la cour d'appel a violé les articles L. 1134-1 et L. 2141-5 du Code du travail ;

3. ALORS QUE les juges du fond ne peuvent statuer par voie de motifs hypothétiques ; qu'en retenant à l'appui de sa décision que l'expert avait conclu que la révision des coefficients attribués à Monsieur Y... aurait pu être plus rapide et plus franche principalement au regard des nouveaux embauchés, la cour d'appel a statué par un motif hypothétique et violé l'article 455 du Code de procédure civile ;

4. ALORS QUE sauf en présence d'une classification conventionnelle garantissant une progression automatique du coefficient à raison de l'ancienneté, le salarié ne dispose pas d'un droit à une telle progression, seule la discrimination étant interdite ; qu'en l'espèce, il était constant que la classification conventionnelle ne faisait pas dépendre le coefficient de l'ancienneté des salariés mais des fonctions exercées et des diplômes ; qu'en retenant à l'appui de sa décision que l'expert a conclu que l'évolution des coefficients attribués à Monsieur Y... a été "a minima" et que "leur révision aurait pu être plus rapide et plus franche principalement au regard des nouveaux embauchés", sans s'interroger sur les critères de la classification conventionnelle et vérifier que le salarié répondait aux conditions posées par celle-ci pour voir progresser son coefficient, ou constater que les salariés ayant obtenu un coefficient plus élevé étaient dans la même situation que le demandeur au regard de cette classification, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'accord national métallurgie du 21 janvier 1975 sur la classification dans sa rédaction issue des avenants des 25 janvier 1990 et 10 juillet 1992, de l'annexe à la convention collective des industries métallurgiques du Valenciennois et du Cambrésis du 13 juillet 1990 et relative à la classification, ensemble les articles L. 1134-1 et L. 2141-5 du Code du travail ;

5. ALORS QUE pour réfuter la conclusion de l'expert s'agissant de l'évolution des coefficients, l'employeur rappelait que son activité avait sensiblement évolué depuis les années 1990 du fait des mutations technologiques intervenues dans les méthodes de production et de fabrication, que l'évolution technologique l'avait conduite à privilégier l'embauche d'ingénieurs dans les fonctions de direction et de techniciens supérieurs dans

les fonctions de conception et d'exécution, et qu'en vertu de l'accord national de classification de la métallurgie, la détention de diplômes donnait automatiquement accès à un coefficient déterminé, de sorte que les différences de coefficient entre les « nouveaux embauchés » et les demandeurs s'expliquaient par une différence de qualification et de diplômes ; qu'en écartant cette explication au prétexte inopérant que ces évolutions technologiques avaient commencé avant la période de comparaison examinée par l'expert, sans expliquer en quoi leur effet ne perdurait pas sur ladite période de comparaison, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1134-1 et L. 2141-5 du Code du travail, de l'accord national métallurgie du 21 janvier 1975 sur la classification dans sa rédaction issue des avenants des 25 janvier 1990 et 10 juillet 1992, et de l'annexe à la convention collective des industries métallurgiques du Valenciennois et du Cambrésis du 13 juillet 1990 et relative à la classification ;

6. ALORS QU'en écartant l'explication de l'employeur par des prétextes inopérants pris de ce que le taux d'augmentation de Monsieur Y... était soudainement devenu le plus élevé en 2007, après le déclenchement de l'enquête de l'inspection du travail et la plainte directe auprès de l'employeur sur les faits discrimination syndicale dénoncés par Monsieur Y... et ses deux collègues, et que ces derniers avaient bénéficié d'un changement de coefficient en 2008, la cour d'appel a derechef privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1134-1 et L. 2141-5 du Code du travail, de l'accord national métallurgie du janvier 1975 sur la classification dans sa rédaction issue des avenants des 25 janvier 1990 et 10 juillet 1992, et de l'annexe à la convention collective des industries métallurgiques du Valenciennois et du Cambrésis du 13 juillet 1990 et relative à la classification ;

7. ALORS QUE le juge ne peut reconnaître à un salarié le droit à un coefficient que s'il remplit les conditions posées par la classification conventionnelle pour ce coefficient, sauf à constater qu'un salarié placé dans la même situation que lui au regard de cette classification en bénéficie ; qu'en accordant à Monsieur Y... un rappel de salaire sur la base du coefficient 335 à compter du 17 mai 2002, au seul prétexte que le coefficient 305 ne correspondait pas exactement à la réalité des fonctions qu'il exerçait depuis 1996 et que les responsabilités exercées par Monsieur Y... n'étaient pas aussi importantes que ce dernier l'alléguait pour prétendre au coefficient 395 de sorte qu'il y avait lieu de considérer que les fonctions qu'il exerçait justifiaient son positionnement au coefficient 335, sans exposer en quoi consistait les fonctions du salarié ni en quoi elles ne correspondaient pas au coefficient 305, et sans constater qu'il remplissait les conditions requises par la classification conventionnelle pour bénéficier du coefficient 335, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'accord national métallurgie du 21 janvier 1975 sur la classification dans sa rédaction issue des avenants des 25 janvier 1990 et 10 juillet 1992, de l'annexe à la convention collective des industries métallurgiques du Valenciennois et du Cambrésis du 13 juillet 1990 et relative à la classification, ensemble les articles L. 1134-1 et L. 2141-5 du Code du travail.

Moyen produit par la SCP Gatineau et Fattaccini, avocat aux Conseils, pour la société CMD, demanderesse au pourvoi principal n° Q 12-28.742.

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué du 28 septembre 2012 d'AVOIR dit le salarié victime de discrimination syndicale, condamné la société CMD à payer à Monsieur Z..., à titre de réparation du préjudice subi du fait de la discrimination syndicale, le rappel de salaire sur la base du coefficient 305 à compter du 17 mai 2002 et jusqu'à fin février 2008, ainsi que la somme de 3.000 € au titre du préjudice moral et la même somme au titre de l'article 700 du Code de procédure civile, et d'AVOIR condamné la société CMD aux dépens de première instance et d'appel, comprenant le coût total de l'expertise judiciaire,

AUX MOTIFS QUE « L'article L. 2141-5 du code du travail dispose 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." L'article L. 1134-1 du même code dispose que: "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 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. 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." L'expert a réalisé les tableaux comparatifs demandés par la Cour et ces tableaux sont repris aux pages 43 à 66 de son rapport. L'exactitude des informations contenues dans ces tableaux n'est remise en cause par aucune des parties. Procédant à l'analyse de ces tableaux, et sur la base des chiffres contenus dans ceux-ci, M. Patrick Z... et les deux autres salariés également concernés ont eux-mêmes élaborés 4 autres tableaux qui sont les suivants, précision étant donnée que pour ces tableaux, les chiffres apparaissant aux lignes « + forte », « + faible », « médiane » et « moyenne » ont été calculés au vu des chiffres mentionnés pour les autres salariés, à l'exclusion de Messieurs Y..., X... et Z...:

Analyse des taux d'augmentation de rémunération figurant au tableau 2.1 du rapport d'expertise (exprimés en %) :

Entre le 01/01/2003 et le

01/01/2004

Entre le 02/01/2004

et le

01/01/2005 Entre le

02/01/2005

et le 01/01/2006

Entre le

02/01/2006 et le

01/01/2007

Entre le 02/01/2007

et le

01/01/2008 Entre le

02/01/2008

et le 01/01/2009

Entre le

02/01/2009 et le

31/12/2009

+ faible

3, 15 2, 01

2, 01

0, 61 1, 81

1, 11

1

+ forte 13, 52

6, 38

5, 59 13, 06

7, 62

9, 44 4, 30

médiane

8, 33

4, 20 3, 80

6, 84

4, 72 5, 28

2, 65

moyenne

5, 13 2, 81

2, 70

3, 55 4, 22

4, 32

1, 51

Monsieur X... 3, 70

4, 13

2, 53 2, 59

3, 50

6, 51 1

Monsieur

Y... 3, 41

2, 01

2, 53 2, 37

8, 33

2, 64 Retraite au

30/09/08

NON CONCERNE

Monsieur

Z... 3, 66

2, 02

2, 53 2, 59

10,37

9,041

Analyse des taux d'augmentation de rémunération figurant au tableau 2.2 du rapport d'expertise (exprimés en %) :

Entre le

01/01/2003

et le 01/01/2004

Entre le

02/01/2004 et le

01/01/2005

Entre le 02/01/2005

et le

01/01/2006 Entre le 02/01/2006

et le

01/01/2007 Entre le

02/01/2007

et le 01/01/2008

Entre le

02/01/2008 et le

01/01/2009

Entre le 02/01/2009

et le

31/12/2009

+ faible 2, 68

2, 01

2, 01 0, 61

2, 08

1, 31 1

+ forte

10, 86

6, 38 5, 59

13, 06

7, 62 9, 44

4, 30

médiane

6, 77 4, 20

3, 80

6, 84 4, 85

5, 38

2, 65

moyenne 4, 92

2, 98

2, 87 3, 81

4, 72

4, 30 1, 65

Monsieur

X...

3, 70

4, 13 2, 53

2, 59

3, 50 6, 51

1

Analyse des taux d'augmentation de rémunération figurant au tableau 2.3 du rapport d'expertise (exprimés en %) :

Entre le

01/01/2003 et le

01/01/2004

Entre le 02/01/2004

et le

01/01/2005 Entre le

02/01/2005

et le 01/01/2006

Entre le

02/01/2006 et le

01/01/2007

Entre le 02/01/2007

et le

01/01/2008 Entre le

02/01/2008

et le 01/01/2009

Entre le

02/01/2009 et le

31/12/2009

+ faible

2, 79 2, 02

2, 01

0, 61 1, 81

1, 11

+ forte 13, 52

5, 42

5, 59 9, 95

7, 29

8, 83

médiane

8, 155

3, 72 3, 80

5, 28

4, 55 4, 97

moyenne

5, 73 2, 86

2, 87

3, 27 3, 61

4, 25

Monsieur Y... 3, 41

2, 01

2, 53 2, 37

8, 33

2, 64 Retraite au

30/09/08

NON CONCERNE

Analyse des taux d'augmentation de rémunération figurant au tableau 2.4 du rapport d'expertise (exprimés en %) :

Entre le 01/01/2003

et le

01/01/2004 Entre le

02/01/2004

et le 01/01/2005

Entre le

02/01/2005 et le

01/01/2006

Entre le 02/01/2006

et le

01/01/2007 Entre le

02./01/2007

et le 01/01/2008

Entre le

02/01/2008 et le

01/01/2009

Entre le 02/01/2009

et le

31/12/2009

+ faible 3, 25

2, 01

2, 01 0, 61

2, 08

1, 31 1

+ forte

10, 86

5, 53 5, 59

9, 95

8 8, 25

4, 24

médiane

7, 055 3, 77

3, 80

5, 28 5, 04

4, 78

2, 62

moyenne 4, 98

3, 23

3, 11 4, 21

2, 95

2, 23 1, 44

Monsieur

Z... 3, 66

2, 02

2, 53 2, 59

10, 37

9, 04 1

Ces tableaux constituent les annexes 1 à 4 du dire daté du 24 janvier 2012 transmis par l'avocat de M. Patrick Z... à l'expert. Ce dernier, dans sa note en expertise n° 2 datée du 26 janvier 2012, et sur ces annexes, a précisé (au point 2.2 de sa note intitulé "attendus développés en réponse par l'expert") qu'il n'avait pas d'observation particulière à formuler "principalement au motif que s'il formulait des observations et/ou des remarques celles-ci pourraient être considérées comme "dire le droit" et/ou comme allant au-delà de la mission confiée à l'expert". Il a repris ces annexes au dire daté du 24 janvier 2012 en annexe 16 de son rapport d'expertise. Ces annexes ont également été intégrées dans les conclusions de M. Patrick Z.... Les chiffres qui y ont été mentionnés n'ont fait l'objet, en ce qui concerne leur exactitude matérielle, d'aucune critique particulière de la part de la SA C.M.D Or, s'agissant de M. Patrick Z..., il résulte du premier et du quatrième de ces tableaux qu'à l'exception des années 2007 et 2008, le taux d'augmentation de sa rémunération a toujours été inférieur au taux moyen et au taux médian (ce taux médian étant visiblement calculé comme étant la moyenne arithmétique entre le taux d'augmentation le plus faible et le taux d'augmentation le plus fort) de celui des autres salariés du panel de comparaison. M. Patrick Z... fait observer à juste titre qu'il résulte du courrier daté du 29 novembre 2011 envoyé par le directeur adjoint du pôle travail de l'unité territoriale du Nord-Valenciennes à l'expert que les services de l'inspection du travail de Cambrai avaient été saisis en juillet 2007 par des organisations syndicales d'une demande d'enquête relative à des discriminations subies par des salariés de la SA C.M.D. Il résulte par ailleurs d'un courrier daté du 15 septembre 2007 envoyé par M. Patrick Z... à la SA C.M.D. que dès cette date, cette dernière avait été avisée de plaintes pour discrimination syndicale à l'encontre de ce dernier et des deux autres délégués syndicaux CFDT concernés, à savoir M. Patrick Y... et M. Jean- Christophe X.... La SA C.M.D. était à nouveau saisie de ces plaintes et de demandes de réparations chiffrées précises par l'avocat de ces trois salariés par courrier daté du 25 juin 2008. La Cour ne peut que constater, avec M. Patrick Z..., que le taux d'augmentation de sa rémunération n'est devenu supérieur à la moyenne de celui des autres salariés du panel de comparaison que postérieurement au déclenchement de l'enquête de l'inspection du travail sur les faits de discrimination syndicale dénoncés par M. Patrick Z... et ses deux collègues délégués syndicaux. Par ailleurs, l'expert a conclu que l'évolution des coefficients attribués à M. Patrick Z... et à ses deux collègues a été "a minima" et que "leur révision aurait pu être plus rapide et plus franche principalement au regard des nouveaux embauchés". Pour

combattre la présomption de discrimination syndicale qui résulte suffisamment de ce qui vient d'être exposé, la SA C.M.D. prétend que les différences constatées s'expliquent par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination, à savoir, d'une part, les évolutions technologiques dans son domaine d'activité, qui l'ont conduite à embaucher des jeunes techniciens supérieurs titulaires de diplômes et d'une expertise dans les nouveaux métiers de l'entreprise, et, d'autre part, le fait qu'en application de l'accord national de classification de la métallurgie, la détention de diplômes donne automatiquement accès à son titulaire à un coefficient déterminé. Cependant cette explication n'est guère convaincante au regard de la situation particulière de M. Patrick Z..., dès lors que les évolutions technologiques en question avaient commencé avant la période de comparaison examinée par l'expert (la SA C.M.D. ayant d'ailleurs précisé qu'elle privilégie l'embauche de techniciens supérieurs du fait de l'évolution des technologies "depuis une vingtaine d'année") et que, surtout, il ne peut qu'être constaté que le coefficient de M. Patrick Z... est passé à 305 en 2008, alors qu'il était à 285 depuis 1995, cette augmentation de coefficient étant donc intervenue seulement après le déclenchement de l'enquête de l'inspection du travail et la plainte directe auprès de l'employeur sur les faits de discrimination syndicale dénoncés par M. Patrick Z... et ses deux collègues délégués syndicaux, M. X..., qui a bénéficié d'un changement de coefficient fin décembre 2008, à compter de 2009, son coefficient passant de 255, où il était depuis 1990, à 270, et M. Y... dont le taux d'augmentation de la rémunération est soudainement devenu en 2007 le plus élevé par rapport aux autres salariés dont la situation a été comparée par l'expert à la sienne, alors que son coefficient au moment de son départ en retraite en octobre 2008 et depuis 2002 était de 305, après avoir été de 285 depuis fin 1982. Dans ces conditions, il y a lieu de considérer que M. Patrick Z... a bien été victime de discrimination syndicale au moins pour la période de comparaison qui a pu être examinée par l'expert, soit pour la période postérieure au 17 mai 2002. (¿) Sur la réparation du préjudice subi du fait de la discrimination syndicale : En application de l'article L. 2145-8 du Code du travail, M. Patrick Z... est en droit d'obtenir réparation du préjudice subi par lui du fait de la discrimination syndicale dont il a été victime depuis le 17 mai 2002, en violation de l'article L. 2145-1 du même Code. Au titre de cette réparation, M. Patrick Z... est en droit d'obtenir notamment son repositionnement au coefficient auquel il aurait pu prétendre s'il avait bénéficié d'un déroulement normal de sa carrière depuis cette date, c'est-à-dire un déroulement non entravé par la discrimination syndicale. S'agissant d'une réparation à titre de dommages-intérêts et non pas d'un rappel de salaire, la prescription quinquennale soulevée par la SA C.M.D. ne s'applique pas. M. Patrick Z... revendique à cet égard d'une part la somme de 97.000 ¿ prenant en compte la différence de salaire subie par rapport à son collègue Jean-Claude C... de 1998 à 2008, l'incidence sur les droits à retraite, et des dommages-intérêts complémentaires pour préjudice moral, outre un rappel de salaire sur la base d'un salaire mensuel brut de 2.055 ¿ à compter du 1er mars 2009. Ainsi qu'il a déjà été relevé, le coefficient de M. Patrick Z... est passé à 305 en mars 2008 alors qu'il était à 285 depuis 1995. M. Patrick Z... fait valoir qu'en raison des fonctions qu'il exerçait, il aurait dû être positionné au coefficient 305 bien avant mars 2008. Il résulte suffisamment des pièces produites aux débats par M. Patrick Z... qu'aucun changement dans le contenu de ses fonctions n'est intervenu en mars 2008. En toute hypothèse, la SA CMD ne fait pour sa part état d'aucun changement dans les fonctions de M. Patrick Z... de nature à justifier un changement de coefficient en mars 2008, ce changement ne pouvant dès lors s'analyser que comme la régularisation d'une situation antérieure. Par conséquent, à titre de réparation de son préjudice de carrière, consécutif à la discrimination syndicale dont il a été victime, la SA C.M.D. sera tenue de lui payer le rappel de salaires sur la base du coefficient 305 à compter du 17 mai 2002 et jusqu'à fin février 2008, étant précisé que ce rappel de salaire inclut nécessairement l'incidence au niveau des droits à la retraite, outre la somme de 3.000 ¿ au titre du préjudice moral » ;

1. ALORS QUE pour apprécier si un salarié a été victime de discrimination syndicale dans l'évolution de son salaire, la comparaison doit être faite de façon globale, sur toute la période d'examen du juge ; qu'en se fondant, pour retenir une discrimination salariale à l'égard de Monsieur Z..., sur une comparaison avec d'autres salariés portant sur la seule période 2003-2006, et en excluant la période postérieure au cours de laquelle le salarié avait obtenu des augmentations supérieures aux taux moyens et médians au prétexte inopérant qu'en 2007, l'inspection du travail avait été saisie d'une demande d'enquête pour discrimination syndicale à l'égard de ce salarié et la société avait été avisée de sa plainte à cet égard, la cour d'appel a violé les articles L. 1134-1 et L. 2141-5 du Code du travail ;

2. ALORS en toute hypothèse QUE la seule circonstance que le taux d'augmentation d'un salarié soit inférieur durant quatre ans aux taux moyen et médian d'augmentation d'autres salariés retenus par l'expert ne suffit pas à laisser présumer une discrimination ; qu'en jugeant le contraire, la cour d'appel a violé les articles L. 1134-1 et L. 2141-5 du Code du travail ;

3. ALORS QUE les juges du fond ne peuvent statuer par voie de motifs hypothétiques ; qu'en retenant à l'appui de sa décision que l'expert avait conclu que la révision des coefficients attribués à Monsieur Z... aurait pu être plus rapide et plus franche principalement au regard des nouveaux embauchés, la cour d'appel a statué par un motif hypothétique et violé l'article 455 du Code de procédure civile ;

4. ALORS QUE sauf en présence d'une classification conventionnelle garantissant une progression automatique du coefficient à raison de l'ancienneté, le salarié ne dispose pas d'un droit à une telle progression, seule la discrimination étant interdite ; qu'en l'espèce, il était constant que la classification conventionnelle ne faisait pas dépendre le coefficient de l'ancienneté des salariés mais des fonctions exercées et des diplômes ; qu'en retenant à l'appui de sa décision que l'expert a conclu que l'évolution des coefficients attribués à Monsieur Z... a été "a minima" et que "leur révision aurait pu être plus rapide et plus franche principalement au regard des nouveaux embauchés", sans s'interroger sur les critères de la classification conventionnelle et vérifier que le salarié répondait aux conditions posées par celle-ci pour voir progresser son coefficient, ou constater que les salariés ayant obtenu un coefficient plus élevé étaient dans la même situation que le demandeur au regard de cette classification, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'accord national métallurgie du 21 janvier 1975 sur la classification dans sa rédaction issue des avenants des 25 janvier 1990 et 10 juillet 1992, de l'annexe à la convention collective des industries métallurgiques du Valenciennois et du Cambrésis du 13 juillet 1990 et relative à la classification, ensemble les articles L. 1134-1 et L. 2141-5 du Code du travail ;

5. ALORS QUE pour réfuter la conclusion de l'expert s'agissant de l'évolution des coefficients, l'employeur rappelait que son activité avait sensiblement évolué depuis les années 1990 du fait des mutations technologiques intervenues dans les méthodes de production et de fabrication, que l'évolution technologique l'avait conduite à privilégier l'embauche d'ingénieurs dans les fonctions de direction et de techniciens supérieurs dans les fonctions de conception et d'exécution, et qu'en vertu de l'accord national de classification de la métallurgie, la détention de diplômes donnait automatiquement accès à un coefficient déterminé, de sorte que les différences de coefficient entre les « nouveaux embauchés » et les demandeurs s'expliquaient par une différence de qualification et de diplômes ; qu'en écartant cette explication au prétexte inopérant que ces évolutions

technologiques avaient commencé avant la période de comparaison examinée par l'expert, sans expliquer en quoi leur effet ne perdurait pas sur ladite période de comparaison, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1134-1 et L. 2141-5 du Code du travail, de l'accord national métallurgie du 21 janvier 1975 sur la classification dans sa rédaction issue des avenants des 25 janvier 1990 et 10 juillet 1992, et de l'annexe à la convention collective des industries métallurgiques du Valenciennois et du Cambrésis du 13 juillet 1990 et relative à la classification ;

6. ALORS QU'en écartant l'explication de l'employeur par des prétextes inopérants pris de ce que Monsieur Z... avait bénéficié d'une augmentation de son coefficient en mars 2008, soit seulement après le déclenchement de l'enquête de l'inspection du travail et la plainte directe auprès de l'employeur sur les faits discrimination syndicale dénoncés par Monsieur Z... et ses deux collègues, et que ces derniers avaient bénéficié pour l'un d'un changement de coefficient fin décembre 2008, pour l'autre du taux d'augmentation le plus élevé en 2007, la cour d'appel a derechef privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1134-1 et L. 2141-5 du Code du travail, de l'accord national métallurgie du janvier 1975 sur la classification dans sa rédaction issue des avenants des 25 janvier 1990 et 10 juillet 1992, et de l'annexe à la convention collective des industries métallurgiques du Valenciennois et du Cambrésis du 13 juillet 1990 et relative à la classification ;

7. ALORS QUE le juge ne peut reconnaître à un salarié le droit à un coefficient que s'il remplit les conditions posées par la classification conventionnelle pour ce coefficient, sauf à constater qu'un salarié placé dans la même situation que lui au regard de cette classification en bénéficie ; que la circonstance que l'employeur ait à partir d'une certaine date, accordé à un salarié le bénéfice d'un coefficient supérieur, sans changement concomitant de ses fonctions, ce qui peut résulter d'une volonté de surclassement ou d'une erreur, ne suffit pas à établir le droit du salarié à ce même coefficient pour la période antérieure ; qu'en accordant à Monsieur Z... un rappel de salaire sur la base du coefficient 305 à compter du 17 mai 2002, au seul prétexte que son coefficient, fixé à 285 depuis 1995, était passé à 305 en mars 2008 sans qu'aucun changement de fonctions soit intervenu à cette date, et que ce changement ne pouvait dès lors s'analyser que comme la régularisation d'une situation antérieure, la cour d'appel a statué par un motif inopérant et privé sa décision de base légale au regard de l'accord national métallurgie du 21 janvier 1975 sur la classification dans sa rédaction issue des avenants des 25 janvier 1990 et 10 juillet 1992, de l'annexe à la convention collective des industries métallurgiques du Valenciennois et du Cambrésis du 13 juillet 1990 et relative à la classification, ensemble les articles L. 1134-1 et L. 2141-5 du Code du travail.

Moyens produits par la SCP Coutard et Munier-Apaire, avocat aux Conseils, pour M. X..., demandeur au pourvoi incident n° N 12-28.740.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt avant-dire droit du 15 avril 2011 d'AVOIR limité la mission de l'expert à la période postérieure au 17 mai 2002.

AUX MOTIFS QUE « Sur la discrimination syndicale : L'article L. 2141-5 du code du travail dispose 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. ». L'article L. 1134-1 du même code dispose que : « 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. ». En l'espèce, la SA C.M.D. sollicite à titre principal une mesure d'expertise, qui est également réclamée à titre subsidiaire par M. X.... Jean-Christophe, étant observé qu'il s'agissait de la demande initiale de ce dernier lorsqu'il avait saisi le conseil de prud'hommes. Par ailleurs, M. X.... Jean-Christophe a présenté des éléments de fait et produit des pièces de nature à laisser supposer l'existence d'une discrimination syndicale et la SA C.M.D. a également présenté des éléments de fait pour contester cette discrimination, et produit des pièces notamment des tableaux comparatifs d'emplois et de coefficients avec d'autres salariés de même formation, ou de même coefficient à l'embauche, ou de même coefficient à ce jour. Tous ces éléments sont néanmoins insuffisants pour permettre à la Cour de se former une conviction. Par conséquent, il y a lieu de faire droit à la demande d'expertise. Ainsi que le fait valoir à juste titre la SA C.M.D. et que cela ressort de l'arrêt de la cour de cassation ayant refusé de transmettre au Conseil constitutionnel ses deux questions prioritaires de constitutionnalité, la mission donnée à l'expert doit concilier la recherche de tous les éléments permettant de comparer l'évolution de la situation de M. X.... Jean-Christophe depuis son embauche en termes de poste, de qualification, de formation, de coefficient et de rémunération avec les salariés relevant de sa catégorie professionnelle et deux autres principes d'égalité de valeur, à savoir le principe d'égalité des armes dans la procédure et celui du respect de la vie privée. En effet, les différentes lois d'amnistie promulguées en 1981, 1988, 1995 et 2002 interdisent à la SA C.M.D. de faire état des éventuelles sanctions disciplinaires qui auraient pu être infligées à M. X.... Jean-Christophe pendant la période couverte par ces lois d'amnistie et qui auraient pu expliquer de manière objective une différence de traitement avec d'autres salariés. Par ailleurs, l'article 9 du code civil dispose que chacun a droit au respect de sa vie privée et les informations relatives aux autres salariés de l'entreprise appartenant à la même catégorie professionnelle portant sur leur poste, leur qualification, leur formation, leur coefficient et, surtout, sur leur rémunération, ainsi que l'évolution de ces différents paramètres, ne saurait être divulguées sans leur consentement préalable au salarié intimé, même indirectement via la réalisation d'une mesure d'instruction, dès lors qu'en application du principe de la contradiction, il aurait nécessairement accès à ces informations. La SA C.M.D. justifie d'ailleurs du refus d'un certain nombre de salariés concernés de consentir à une telle divulgation. La seule manière d'opérer la conciliation mentionnée plus haut est donc, comme le propose la SA C.M.D., d'une part de limiter les investigations de l'expert à la période postérieure au 17 mai 2002, la période antérieure étant celle du champ d'application de la dernière loi d'amnistie n° 2002-1062 du 6 août 2002 s'agissant des sanctions disciplinaires professionnelles, et d'autre part d'établir des tableaux comparatifs expurgés de toutes informations nominatives sauf pour ceux des salariés qui accepteraient la divulgation des informations les concernant. ».

1) ALORS QUE lorsque le juge estime que le salarié justifie d'éléments de nature à laisser supposer l'existence d'une discrimination, il ne peut refuser d'examiner la période litigieuse au prétexte qu'elle est couverte par une loi d'amnistie quand l'existence d'une telle loi n'est pas de nature à empêcher l'employeur de prouver l'existence de faits

justifiant objectivement la différence constatée ; qu'en l'espèce, en refusant que la mission d'expertise s'étende à la période antérieure au 17 mai 2002 au prétexte de l'existence de lois d'amnistie, la Cour d'appel, qui a limité arbitrairement la portée des articles L.2141-5, L.2141-8, L.1134-1 et L.1134-5 du Code du travail, a commis un excès de pouvoir négatif et violé ces dispositions, ensemble les articles 133-9 et 133-11 du Code pénal et la loi n°2002-1062 du 6 août 2002.

2) ALORS QUE lorsque le salarié justifie d'éléments de nature à laisser supposer l'existence d'une discrimination, il appartient à l'employeur à qui il est reproché une discrimination syndicale de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ; qu'il n'est pas fait exception à cette règle en cas d'amnistie, dès lors que l'employeur est en droit d'invoquer les faits objectifs qui justifieraient sa décision, ce qui satisfait suffisamment au respect du procès équitable et de la vie privée ; qu'en jugeant le contraire, la Cour d'appel a privé le salarié d'un procès équitable et de l'accès au juge et violé ensemble les articles 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, 133-9 et 133-11 du Code pénal et les articles 11 et suivants de la loi n°2002-1062 du 6 août 2002.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt du 28 septembre 2012 d'AVOIR limité la condamnation de la SA CMD à réparer le préjudice subi par Monsieur Jean-Christophe X... du fait de la discrimination syndicale, à un rappel de salaires sur la base du coefficient 270 à compter du 17 mai 2002 seulement et jusqu'à fin décembre 2008. à une somme allouée à titre de préjudice moral et à une indemnité pour frais irrépétibles.

AUX MOTIFS QUE « Dans ces conditions, il y a lieu de considérer que M. Jean-Christophe X... a bien été victime de discrimination syndicale au moins pour la période de comparaison qui a pu être examinée par l'expert, soit pour la période postérieure au 17 mai 2002. Pour la période antérieure, et ainsi que la Cour l'avait déjà expliqué dans son arrêt avant dire droit ordonnant l'expertise, les différentes lois d'amnistie promulguées en 1981, 1988, 1995 et 2002 interdisent à la SA CMD de faire état des éventuelles sanctions disciplinaires qui auraient pu être infligées à M. Jean-Christophe X... pendant la période couverte par ces lois d'amnistie et qui auraient pu, le cas échéant, expliquer de manière objective la différence de traitement avec d'autres salariés, le fait que M. Jean-Christophe X... allègue ne pas avoir fait l'objet de telles sanctions étant insuffisant pour permettre de considérer ce fait comme établi puisque le SA CMD est dans l'impossibilité légale de pouvoir le contester le cas échéant ; Sur la réparation du préjudice subi du fait de la discrimination syndicale : En application de l'article L. 2145-8 du Code du travail , M. Jean-Christophe X... est en droit d'obtenir réparation du préjudice subi par lui du fait de la discrimination syndicale dont il a été victime depuis le 17 mai 2002, en violation de l'article L. 2145-1 du même Code. Au titre de cette réparation, M. Jean-Christophe X... est en droit d'obtenir notamment son repositionnement au coefficient auquel il aurait pu prétendre s'il avait bénéficié d'un déroulement normal de sa carrière depuis cette date, c'est-à-dire un déroulement non entravé par la discrimination syndicale. S'agissant d'une réparation à titre de dommages-intérêts et non pas d'un rappel de salaire, la prescription quinquennale soulevée par la SA C.M.D. ne s'applique pas. M. Jean-Christophe X... revendique l'application du coefficient 285, alors que pour la période retenue, soit la période postérieure au 17 mai 2002, il a été classé au coefficient 255 puis, à compter de 2009, au coefficient 270. A l'appui de cette revendication, il se compare pour l'essentiel à son frère Pascal, qui est au coefficient 285. La convention collective

applicable, à savoir la convention collective des industries métallurgiques du Valenciennois et du Cambrésis du 13 juillet 1990, prévoit que le coefficient 285 du niveau IV suppose un travail caractérisé par : « - un élargissement du domaine d'action à des spécialités techniques connexes ; - la modification importante de méthodes, procédés et moyens ; - la nécessité de l'autonomie indispensable pour l'exécution, sous la réserve de provoquer opportunément les actions d'assistance et de contrôle nécessaire. » Il résulte toutefois de l'attestation précise et circonstanciée de M. Alain A..., ancien responsable des bureaux d'études de CMD Cambrai puis directeur de cet établissement, que ce dernier a eu sous sa responsabilité tant M. Jean-Christophe X... que son frère Pascal et qu'autant ce dernier démontrait implication, dynamisme et capacités d'adaptation professionnelle, autant M. Jean-Christophe X... ne faisait pas preuve d'initiatives ni de capacités d'adaptation et se contentait de s'acquiescer 'à la lettre' des instructions reçues, ce qui justifiait un niveau hiérarchique et une rémunération différents. M. Jean-Christophe X... n'établit pas qu'il remplit les conditions pour bénéficier du coefficient 285. Par conséquent, à titre de réparation de son préjudice de carrière, consécutif à la discrimination syndicale dont il a été victime, la SA C.M.D. sera tenue de lui payer le rappel de salaires sur la base du coefficient 270 à compter du 17 mai 2002 et jusqu'à fin décembre 2008, étant précisé que ce rappel de salaire inclut nécessairement l'incidence au niveau des droits à la retraite, outre la somme de 3.000 euro au titre du préjudice moral. Sur les autres demandes : Compte tenu de la solution du litige, la SA C.M.D. sera déboutée de sa demande reconventionnelle en paiement de dommages-intérêts et de sa demande fondée sur l' article 700 du Code de procédure civile , les dépens, qui comprendront le coût total de l'expertise, seront mis à sa charge, et il sera fait droit à la demande de M. Jean-Christophe X... fondée sur l' article 700 du Code de procédure civile à hauteur de la somme de 3.000 euro. » (arrêt du 28 septembre 2012),

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE « Sur la discrimination syndicale : L'article L. 2141-5 du code du travail dispose 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. ». L'article L. 1134-1 du même code dispose que : « 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. ». En l'espèce, la SA C.M.D. sollicite à titre principal une mesure d'expertise, qui est également réclamée à titre subsidiaire par M. X.... Jean-Christophe, étant observé qu'il s'agissait de la demande initiale de ce dernier lorsqu'il avait saisi le conseil de prud'hommes. Par ailleurs, M. X.... Jean-Christophe a présenté des éléments de fait et produit des pièces de nature à laisser supposer l'existence d'une discrimination syndicale et la SA C.M.D. a également présenté des éléments de fait pour contester cette discrimination, et produit des pièces notamment des tableaux comparatifs d'emplois et de coefficients avec d'autres salariés de même formation, ou de même coefficient à l'embauche, ou de même coefficient à ce jour. Tous ces éléments sont néanmoins insuffisants pour permettre à la Cour de se former une conviction. Par conséquent, il y a lieu de faire droit à la demande d'expertise. Ainsi que le fait valoir à juste titre la SA C.M.D. et que cela ressort de l'arrêt de

la cour de cassation ayant refusé de transmettre au Conseil constitutionnel ses deux questions prioritaires de constitutionnalité, la mission donnée à l'expert doit concilier la recherche de tous les éléments permettant de comparer l'évolution de la situation de M. X.... Jean-Christophe depuis son embauche en termes de poste, de qualification, de formation, de coefficient et de rémunération avec les salariés relevant de sa catégorie professionnelle et deux autres principes d'égalité de valeur, à savoir le principe d'égalité des armes dans la procédure et celui du respect de la vie privée. En effet, les différentes lois d'amnistie promulguées en 1981, 1988, 1995 et 2002 interdisent à la SA C.M.D. de faire état des éventuelles sanctions disciplinaires qui auraient pu être infligées à M. X.... Jean-Christophe pendant la période couverte par ces lois d'amnistie et qui auraient pu expliquer de manière objective une différence de traitement avec d'autres salariés. Par ailleurs, l'article 9 du code civil dispose que chacun a droit au respect de sa vie privée et les informations relatives aux autres salariés de l'entreprise appartenant à la même catégorie professionnelle portant sur leur poste, leur qualification, leur formation, leur coefficient et, surtout, sur leur rémunération, ainsi que l'évolution de ces différents paramètres, ne saurait être divulguées sans leur consentement préalable au salarié intimé, même indirectement via la réalisation d'une mesure d'instruction, dès lors qu'en application du principe de la contradiction, il aurait nécessairement accès à ces informations. La SA C.M.D. justifie d'ailleurs du refus d'un certain nombre de salariés concernés de consentir à une telle divulgation. La seule manière d'opérer la conciliation mentionnée plus haut est donc, comme le propose la SA C.M.D., d'une part de limiter les investigations de l'expert à la période postérieure au 17 mai 2002, la période antérieure étant celle du champ d'application de la dernière loi d'amnistie n° 2002-1062 du 6 août 2002 s'agissant des sanctions disciplinaires professionnelles, et d'autre part d'établir des tableaux comparatifs expurgés de toutes informations nominatives sauf pour ceux des salariés qui accepteraient la divulgation des informations les concernant. ». (arrêt avant dire droit du 15 avril 2011).

1) ALORS QUE la cassation à intervenir, sur le premier moyen, de l'arrêt avant-dire droit entraînera par voie de conséquence la cassation de l'arrêt du 28 mai 2012, en application de l'article 625 du Code de procédure civile ;

2) ALORS QUE selon l'article L.1134-5 du Code du travail le juge doit allouer au salarié « des dommages et intérêts qui réparent l'entier préjudice résultant de la discrimination, pendant toute sa durée » ; qu'en l'espèce, la cour d'appel qui a elle-même constaté l'existence d'une discrimination syndicale et estimé que les éléments produits par l'employeur n'étaient pas de nature à justifier la différence de traitement litigieuse dont elle a relevé qu'elle avait commencé avant la période de comparaison examinée par l'expert ne pouvait dès lors débouter le salarié d'une partie de ses demandes à ce titre sans violer les articles L.1134-1, L.1134-5, L.2141-5 et L.2141-8 du Code du travail.

3) ALORS QUE lorsque le juge estime que le salarié justifie d'éléments de nature à laisser supposer l'existence d'une discrimination, il ne peut refuser d'examiner l'ensemble de la période litigieuse au prétexte qu'elle est couverte par une loi d'amnistie quand l'existence d'une amnistie n'est pas de nature à empêcher l'employeur de prouver l'existence de faits justifiant objectivement la différence constatée et ne peut avoir pour effet de l'exonérer de sa responsabilité pour les faits de la discrimination qui lui sont reprochés ; qu'en l'espèce, en refusant de statuer sur la discrimination antérieure au 17 mai 2002 au prétexte de l'existence de lois d'amnistie, la Cour d'appel, qui a limité arbitrairement la portée et le champ d'application des articles L.1134-1, L.1134-5 L.2141-5 et L.2141-8, du Code du travail, a commis un excès de pouvoir négatif et violé ces dispositions, ensemble, les

articles 133-9 et 133-11 du Code pénal et l'article 15 de la loi n°2002-1062 du 6 août 2002.

4) ALORS QUE lorsque le salarié justifie d'éléments de nature à laisser supposer l'existence d'une discrimination, il appartient à l'employeur à qui il est reproché une discrimination syndicale de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ; qu'il n'est pas fait exception à cette règle en cas d'amnistie, dès lors que l'employeur est en droit d'invoquer les faits objectifs qui justifieraient sa décision, ce qui satisfait suffisamment au respect du procès équitable et de la vie privée ; qu'en jugeant le contraire et en déboutant le salarié, au seul prétexte que ses demandes concernaient la période couverte par les lois d'amnistie, ce qui empêchait l'employeur de faire état d'éventuelles sanctions disciplinaires qui auraient pu être infligées au salarié et que la dénégation du salarié était insuffisante, la Cour d'appel a privé le salarié d'un procès équitable et de l'accès au juge et violé, ensemble, l'article 6 de la Convention européen des droits de l'homme, les articles 133-9 et 133-11 du Code pénal et la loi n°2002-1062 du 6 août 2002.

5) ALORS QUE le juge ne peut statuer par voie de motifs hypothétiques ; qu'en déboutant le salarié de sa demande d'indemnisation pour la période antérieure au 17 mai 2002 au prétexte que « les lois d'amnistie promulguées en 1981, 1988, 1995 et 2002 interdisent à la société CMD de faire état des éventuelles sanctions disciplinaires qui auraient pu être infligées à Monsieur X... pendant la période couverte par ces lois d'amnistie et qui auraient pu, le cas échéant, expliquer de manière objective la différence de traitement avec d'autres salariés » (arrêt, p.9 al.1), la Cour d'appel a statué par des motifs hypothétiques et violé l'article 455 du Code de procédure civile.

Moyens produits par la SCP Coutard et Munier-Apaire, avocat aux Conseils, pour M. Y..., demandeur au pourvoi incident n° P 12-28.741.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt avant-dire droit du 15 avril 2011 d'AVOIR limité la mission de l'expert à la période postérieure au 17 mai 2002.

AUX MOTIFS QUE « Sur la discrimination syndicale :L'article L. 2141-5 du code du travail dispose 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 ». L'article L. 1134-1 du même code dispose que : « 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. » En l'espèce, la SA C.M.D. sollicite à titre principal une mesure d'expertise, qui est également réclamée à titre subsidiaire par M. Y... Patrick, étant observé qu'il s'agissait de la demande initiale de ce dernier lorsqu'il avait saisi le conseil de prud'hommes. Par ailleurs, M. Y...

Patrick a présenté des éléments de fait et produit des pièces de nature à laisser supposer l'existence d'une discrimination syndicale et la SA C.M.D. a également présenté des éléments de fait pour contester cette discrimination, et produit des pièces notamment des tableaux comparatifs d'emplois et de coefficients avec d'autres salariés de même formation, ou de même coefficient à l'embauche, ou de même coefficient à ce jour. Tous ces éléments sont néanmoins insuffisants pour permettre à la Cour de se former une conviction. Par conséquent, il y a lieu de faire droit à la demande d'expertise. Ainsi que le fait valoir à juste titre la SA C.M.D. et que cela ressort de l'arrêt de la cour de cassation ayant refusé de transmettre au Conseil constitutionnel ses deux questions prioritaires de constitutionnalité, la mission donnée à l'expert doit concilier la recherche de tous les éléments permettant de comparer l'évolution de la situation de M. Y... Patrick depuis son embauche en termes de poste, de qualification, de formation, de coefficient et de rémunération avec les salariés relevant de sa catégorie professionnelle et deux autres principes d'égalité de valeur, à savoir le principe d'égalité des armes dans la procédure et celui du respect de la vie privée. En effet, les différentes lois d'amnistie promulguées en 1981, 1988, 1995 et 2002 interdisent à la SA C.M.D. de faire état des éventuelles sanctions disciplinaires qui auraient pu être infligées à M. Y... Patrick pendant la période couverte par ces lois d'amnistie et qui auraient pu expliquer de manière objective une différence de traitement avec d'autres salariés. Par ailleurs, l'article 9 du code civil dispose que chacun a droit au respect de sa vie privée et les informations relatives aux autres salariés de l'entreprise appartenant à la même catégorie professionnelle portant sur leur poste, leur qualification, leur formation, leur coefficient et, surtout, sur leur rémunération, ainsi que l'évolution de ces différents paramètres, ne saurait être divulguées sans leur consentement préalable au salarié intimé, même indirectement via la réalisation d'une mesure d'instruction, dès lors qu'en application du principe de la contradiction, il aurait nécessairement accès à ces informations. La SA C.M.D. justifie d'ailleurs du refus d'un certain nombre de salariés concernés de consentir à une telle divulgation. La seule manière d'opérer la conciliation mentionnée plus haut est donc, comme le propose la SA C.M.D., d'une part de limiter les investigations de l'expert à la période postérieure au 17 mai 2002, la période antérieure étant celle du champ d'application de la dernière loi d'amnistie n° 2002-1062 du 6 août 2002 s'agissant des sanctions disciplinaires professionnelles, et d'autre part d'établir des tableaux comparatifs expurgés de toutes informations nominatives sauf pour ceux des salariés qui accepteraient la divulgation des informations les concernant. ».

1) ALORS QUE lorsque le juge estime que le salarié justifie d'éléments de nature à laisser supposer l'existence d'une discrimination, il ne peut refuser d'examiner la période litigieuse au prétexte qu'elle est couverte par une loi d'amnistie quand l'existence d'une telle loi n'est pas de nature à empêcher l'employeur de prouver l'existence de faits justifiant objectivement la différence constatée ; qu'en l'espèce, en refusant que la mission d'expertise s'étende à la période antérieure au 17 mai 2002 au prétexte de l'existence de lois d'amnistie, la Cour d'appel, qui a limité arbitrairement la portée des articles L.2141-5, L.2141-8, L.1134-1 et L.1134-5 du Code du travail, a commis un excès de pouvoir négatif et violé ces dispositions, ensemble les articles 133-9 et 133-11 du Code pénal et la loi n°2002-1062 du 6 août 2002.

2) ALORS QUE lorsque le salarié justifie d'éléments de nature à laisser supposer l'existence d'une discrimination, il appartient à l'employeur à qui il est reproché une discrimination syndicale de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ; qu'il n'est pas fait exception à cette règle en cas d'amnistie, dès lors que l'employeur est en droit d'invoquer les faits objectifs qui justifieraient sa décision, ce qui satisfait suffisamment au respect du procès équitable et

de la vie privée ; qu'en jugeant le contraire, la Cour d'appel a privé le salarié d'un procès équitable et de l'accès au juge et violé ensemble les articles 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, 133-9 et 133-11 du Code pénal et les articles 11 et suivants de la loi n°2002-1062 du 6 août 2002.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt du 28 septembre 2012 d'AVOIR limité la condamnation de la SA CMD à réparer le préjudice subi par Monsieur Patrick Y... du fait de la discrimination syndicale, à un rappel de salaires sur la base du coefficient 335 à compter du 17 mai 2002 seulement et jusqu'à fin septembre 2008, à une somme allouée à titre de préjudice moral et à une indemnité pour frais irrépétibles.

AUX MOTIFS QUE « Dans ces conditions, il y a lieu de considérer que M. Patrick Y... a bien été victime de discrimination syndicale au moins pour la période de comparaison qui a pu être examinée par l'expert, soit pour la période postérieure au 17 mai 2002. Pour la période antérieure, et ainsi que la Cour l'avait déjà expliqué dans son arrêt avant dire droit ordonnant l'expertise, les différentes lois d'amnistie promulguées en 1981, 1988, 1995 et 2002 interdisent à la SA C.M.D. de faire état des éventuelles sanctions disciplinaires qui auraient pu être infligées à M. Patrick Y... pendant la période couverte par ces lois d'amnistie et qui auraient pu, le cas échéant, expliquer de manière objective la différence de traitement avec d'autres salariés, le fait que M. Patrick Y... allègue ne pas avoir fait l'objet de telles sanctions étant insuffisant pour permettre de considérer ce fait comme établi puisque la SA C.M.D. est dans l'impossibilité légale de pouvoir le contester le cas échéant. Sur la réparation du préjudice subi du fait de la discrimination syndicale : En application de l'article L. 2145-8 du Code du travail, M. Patrick Y... est en droit d'obtenir réparation du préjudice subi par lui du fait de la discrimination syndicale dont il a été victime depuis le 17 mai 2002, en violation de l'article L. 2145-1 du même Code. Au titre de cette réparation, M. Patrick Y... est en droit d'obtenir notamment son repositionnement au coefficient auquel il aurait pu prétendre s'il avait bénéficié d'un déroulement normal de sa carrière depuis cette date, c'est-à-dire un déroulement non entravé par la discrimination syndicale. S'agissant d'une réparation à titre de dommages-intérêts et non pas d'un rappel de salaire, la prescription quinquennale soulevée par la SA C.M.D. ne s'applique pas. M. Patrick Y... revendique à cet égard d'une part la somme de 129.242 euro sur la base du coefficient 335 de juin 1989 à décembre 1995, puis 395 à compter de 1996 et jusqu'à son départ en retraite majoré de 30 % au titre de l'incidence sur les droits à retraite, l'assiduité et l'ancienneté, outre des dommages-intérêts complémentaires pour préjudice moral. S'il résulte des pièces produites aux débats par M. Patrick Y... que le coefficient de 305 auquel il était positionné depuis 2002 et auquel il est resté positionné jusqu'à son départ en retraite en octobre 2008 ne correspond pas exactement à la réalité des fonctions d'animateur sécurité qu'il exerçait depuis 1996, il résulte par ailleurs des pièces produites aux débats par la SA C.M.D., et notamment de l'attestation précise et circonstanciée datée du 23 septembre 2010 établie par M. Michel B..., directeur des ressources humaines de la SA C.M.D. depuis le 1er janvier 1989, que les responsabilités exercées réellement par M. Patrick Y... n'étaient pas aussi importantes que ce dernier l'allègue. Dans ces conditions, il y a lieu de considérer que les fonctions exercées par M. Patrick Y... justifiaient son positionnement au coefficient 335. Par conséquent, à titre de réparation de son préjudice de carrière, consécutif à la discrimination syndicale dont il a été victime, la SA C.M.D. sera tenue de lui payer le rappel de salaires sur la base du coefficient 335 à compter du 17 mai 2002 et jusqu'à fin septembre 2008, étant précisé que ce rappel de salaire inclut nécessairement l'incidence au niveau des droits à la retraite, outre la somme de 3.000

euro au titre du préjudice moral. Sur les autres demandes : Compte tenu de la solution du litige, la SA C.M.D. sera déboutée de sa demande reconventionnelle en paiement de dommages-intérêts et de sa demande fondée sur l' article 700 du Code de procédure civile , les dépens, qui comprendront le coût total de l'expertise, seront mis à sa charge, et il sera fait droit à la demande de M. Patrick Y... fondée sur l' article 700 du Code de procédure civile à hauteur de la somme de 3.000 euro. » (arrêt du 28 septembre 2012),

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE « Sur la discrimination syndicale :L'article L. 2141-5 du code du travail dispose 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 ». L'article L. 1134-1 du même code dispose que : « 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. » En l'espèce, la SA C.M.D. sollicite à titre principal une mesure d'expertise, qui est également réclamée à titre subsidiaire par M. Y... Patrick, étant observé qu'il s'agissait de la demande initiale de ce dernier lorsqu'il avait saisi le conseil de prud'hommes. Par ailleurs, M. Y... Patrick a présenté des éléments de fait et produit des pièces de nature à laisser supposer l'existence d'une discrimination syndicale et la SA C.M.D. a également présenté des éléments de fait pour contester cette discrimination, et produit des pièces notamment des tableaux comparatifs d'emplois et de coefficients avec d'autres salariés de même formation, ou de même coefficient à l'embauche, ou de même coefficient à ce jour. Tous ces éléments sont néanmoins insuffisants pour permettre à la Cour de se former une conviction. Par conséquent, il y a lieu de faire droit à la demande d'expertise. Ainsi que le fait valoir à juste titre la SA C.M.D. et que cela ressort de l'arrêt de la cour de cassation ayant refusé de transmettre au Conseil constitutionnel ses deux questions prioritaires de constitutionnalité, la mission donnée à l'expert doit concilier la recherche de tous les éléments permettant de comparer l'évolution de la situation de M. Y... Patrick depuis son embauche en termes de poste, de qualification, de formation, de coefficient et de rémunération avec les salariés relevant de sa catégorie professionnelle et deux autres principes d'égalité de valeur, à savoir le principe d'égalité des armes dans la procédure et celui du respect de la vie privée. En effet, les différentes lois d'amnistie promulguées en 1981, 1988, 1995 et 2002 interdisent à la SA C.M.D. de faire état des éventuelles sanctions disciplinaires qui auraient pu être infligées à M. Y... Patrick pendant la période couverte par ces lois d'amnistie et qui auraient pu expliquer de manière objective une différence de traitement avec d'autres salariés. Par ailleurs, l'article 9 du code civil dispose que chacun a droit au respect de sa vie privée et les informations relatives aux autres salariés de l'entreprise appartenant à la même catégorie professionnelle portant sur leur poste, leur qualification, leur formation, leur coefficient et, surtout, sur leur rémunération, ainsi que l'évolution de ces différents paramètres, ne saurait être divulguées sans leur consentement préalable au salarié intimé, même indirectement via la réalisation d'une mesure d'instruction, dès lors qu'en application du principe de la contradiction, il aurait nécessairement accès à ces informations. La SA C.M.D. justifie d'ailleurs du refus d'un certain nombre de salariés concernés de consentir à une telle divulgation. La seule

manière d'opérer la conciliation mentionnée plus haut est donc, comme le propose la SA C.M.D., d'une part de limiter les investigations de l'expert à la période postérieure au 17 mai 2002, la période antérieure étant celle du champ d'application de la dernière loi d'amnistie n° 2002-1062 du 6 août 2002 s'agissant des sanctions disciplinaires professionnelles, et d'autre part d'établir des tableaux comparatifs expurgés de toutes informations nominatives sauf pour ceux des salariés qui accepteraient la divulgation des informations les concernant. » (arrêt avant dire droit du 15 avril 2011).

1) ALORS QUE la cassation à intervenir, sur le premier moyen, de l'arrêt avant-dire droit entraînera par voie de conséquence la cassation de l'arrêt du 28 mai 2012, en application de l'article 625 du Code de procédure civile ;

2) ALORS QUE selon l'article L.1134-5 du Code du travail le juge doit allouer au salarié des dommages et intérêts qui réparent l'entier préjudice résultant de la discrimination, pendant toute sa durée ; qu'en l'espèce, la cour d'appel qui a elle-même constaté l'existence d'une discrimination syndicale et estimé que les éléments produits par l'employeur n'étaient pas de nature à justifier la différence de traitement litigieuse dont elle a relevé qu'elle avait commencé avant la période de comparaison examinée par l'expert ne pouvait dès lors débouter le salarié d'une partie de ses demandes à ce titre sans violer les articles L.1134-1, L.1134-5, L.2141-5 et L.2141-8, du Code du travail ;

3) ALORS QUE lorsque le juge estime que le salarié justifie d'éléments de nature à laisser supposer l'existence d'une discrimination, il ne peut refuser d'examiner l'ensemble de la période litigieuse au prétexte qu'elle est couverte par une loi d'amnistie quand l'existence d'une amnistie n'est pas de nature à empêcher l'employeur de prouver l'existence de faits justifiant objectivement la différence constatée et ne peut avoir pour effet de l'exonérer de sa responsabilité pour les faits de discrimination qui lui sont reprochés; qu'en l'espèce, en refusant de statuer sur la discrimination antérieure au 17 mai 2002 au prétexte de l'existence de lois d'amnistie, la Cour d'appel, qui a limité arbitrairement la portée et le champ d'application dans le temps des articles L.1134-1, L.1134-5, L.2141-5 et L.2141-8, du Code du travail, a commis un excès de pouvoir négatif et violé ces dispositions, ensemble, les articles 133-9 et 133-11 du Code pénal et l'article 15 de la loi n°2002-1062 du 6 août 2002.

4) ALORS QUE lorsque le salarié justifie d'éléments de nature à laisser supposer l'existence d'une discrimination, il appartient à l'employeur à qui il est reproché une discrimination syndicale de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ; qu'il n'est pas fait exception à cette règle en cas d'amnistie, dès lors que l'employeur est en droit d'invoquer les faits objectifs qui justifieraient sa décision, ce qui satisfait suffisamment au respect du procès équitable et de la vie privée ; qu'en jugeant le contraire et en déboutant le salarié, au seul prétexte que ses demandes concernaient la période couverte par les lois d'amnistie, ce qui empêchait l'employeur de faire état d'éventuelles sanctions disciplinaires qui auraient pu être infligées au salarié et que la dénégation du salarié était insuffisante, la Cour d'appel a privé le salarié d'un procès équitable et de l'accès au juge et violé, ensemble, l'article 6 de la Convention européen des droits de l'homme, les articles 133-9 et 133-11 du Code pénal et la loi n°2002-1062 du 6 août 2002.

5) ALORS QUE le juge ne peut statuer par voie de motifs hypothétiques ; qu'en déboutant le salarié de sa demande d'indemnisation pour la période antérieure au 17 mai 2002 au prétexte que « les lois d'amnistie promulguées en 1981, 1988, 1995 et 2002 interdisent à la société CMD de faire état des éventuelles sanctions disciplinaires qui auraient pu être

infligées à Monsieur Patrick Y... pendant la période couverte par ces lois d'amnistie et qui auraient pu, le cas échéant, expliquer de manière objective la différence de traitement avec d'autres salariés » (arrêt, p.8 dernier alinéa), la Cour d'appel a statué par des motifs hypothétiques et violé l'article 455 du Code de procédure civile.

Moyens produits par la SCP Coutard et Munier-Apaire, avocat aux Conseils, pour M. Z..., demandeur au pourvoi incident n° Q 12-28.742.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt avant-dire droit du 15 avril 2011 d'AVOIR limité la mission de l'expert à la période postérieure au 17 mai 2002.

AUX MOTIFS QUE « Sur la discrimination syndicale :L'article L. 2141-5 du code du travail dispose 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 ». L'article L. 1134-1 du même code dispose que : « 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. » En l'espèce, la SA C.M.D. sollicite à titre principal une mesure d'expertise, qui est également réclamée à titre subsidiaire par M. Z... Patrick, étant observé qu'il s'agissait de la demande initiale de ce dernier lorsqu'il avait saisi le conseil de prud'hommes. Par ailleurs, M. Z... Patrick a présenté des éléments de fait et produit des pièces de nature à laisser supposer l'existence d'une discrimination syndicale et la SA C.M.D. a également présenté des éléments de fait pour contester cette discrimination, et produit des pièces notamment des tableaux comparatifs d'emplois et de coefficients avec d'autres salariés de même formation, ou de même coefficient à l'embauche, ou de même coefficient à ce jour. Tous ces éléments sont néanmoins insuffisants pour permettre à la Cour de se former une conviction. Par conséquent, il y a lieu de faire droit à la demande d'expertise. Ainsi que le fait valoir à juste titre la SA C.M.D. et que cela ressort de l'arrêt de la cour de cassation ayant refusé de transmettre au Conseil constitutionnel ses deux questions prioritaires de constitutionnalité, la mission donnée à l'expert doit concilier la recherche de tous les éléments permettant de comparer l'évolution de la situation de M. Z... Patrick depuis son embauche en termes de poste, de qualification, de formation, de coefficient et de rémunération avec les salariés relevant de sa catégorie professionnelle et deux autres principes d'égalité de valeur, à savoir le principe d'égalité des armes dans la procédure et celui du respect de la vie privée. En effet, les différentes lois d'amnistie promulguées en 1981, 1988, 1995 et 2002 interdisent à la SA C.M.D. de faire état des éventuelles sanctions disciplinaires qui auraient pu être infligées à M. Z... Patrick pendant la période couverte par ces lois d'amnistie et qui auraient pu expliquer de manière objective une différence de traitement avec d'autres salariés. Par ailleurs, l'article 9 du code civil dispose que chacun a droit au respect de sa vie privée et les informations relatives aux autres salariés de

l'entreprise appartenant à la même catégorie professionnelle portant sur leur poste, leur qualification, leur formation, leur coefficient et, surtout, sur leur rémunération, ainsi que l'évolution de ces différents paramètres, ne saurait être divulguées sans leur consentement préalable au salarié intimé, même indirectement via la réalisation d'une mesure d'instruction, dès lors qu'en application du principe de la contradiction, il aurait nécessairement accès à ces informations. La SA C.M.D. justifie d'ailleurs du refus d'un certain nombre de salariés concernés de consentir à une telle divulgation. La seule manière d'opérer la conciliation mentionnée plus haut est donc, comme le propose la SA C.M.D., d'une part de limiter les investigations de l'expert à la période postérieure au 17 mai 2002, la période antérieure étant celle du champ d'application de la dernière loi d'amnistie n° 2002-1062 du 6 août 2002 s'agissant des sanctions disciplinaires professionnelles, et d'autre part d'établir des tableaux comparatifs expurgés de toutes informations nominatives sauf pour ceux des salariés qui accepteraient la divulgation des informations les concernant. ».

1) ALORS QUE lorsque le juge estime que le salarié justifie d'éléments de nature à laisser supposer l'existence d'une discrimination, il ne peut refuser d'examiner la période litigieuse au prétexte qu'elle est couverte par une loi d'amnistie quand l'existence d'une telle loi n'est pas de nature à empêcher l'employeur de prouver l'existence de faits justifiant objectivement la différence constatée ; qu'en l'espèce, en refusant que la mission d'expertise s'étende à la période antérieure au 17 mai 2002 au prétexte de l'existence de lois d'amnistie, la Cour d'appel, qui a limité arbitrairement la portée des articles L.2141-5, L.2141-8, L.1134-1 et L.1134-5 du Code du travail, a commis un excès de pouvoir négatif et violé ces dispositions, ensemble les articles 133-9 et 133-11 du Code pénal et la loi n°2002-1062 du 6 août 2002.

2) ALORS QUE lorsque le salarié justifie d'éléments de nature à laisser supposer l'existence d'une discrimination, il appartient à l'employeur à qui il est reproché une discrimination syndicale de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ; qu'il n'est pas fait exception à cette règle en cas d'amnistie, dès lors que l'employeur est en droit d'invoquer les faits objectifs qui justifieraient sa décision, ce qui satisfait suffisamment au respect du procès équitable et de la vie privée ; qu'en jugeant le contraire, la Cour d'appel a privé le salarié d'un procès équitable et de l'accès au juge et violé ensemble les articles 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, 133-9 et 133-11 du Code pénal et les articles 11 et suivants de la loi n°2002-1062 du 6 août 2002.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt du 28 septembre 2012 d'AVOIR limité la condamnation de la SA CMD à réparer le préjudice subi par Monsieur Patrick Z... du fait de la discrimination syndicale, à un rappel de salaires sur la base du coefficient 305 à compter du 17 mai 2002 seulement et jusqu'à fin février 2008, à une somme allouée à titre de préjudice moral et à une indemnité pour frais irrépétibles.

AUX MOTIFS QUE « Dans ces conditions, il y a lieu de considérer que M. Patrick Z... a bien été victime de discrimination syndicale au moins pour la période de comparaison qui a pu être examinée par l'expert, soit pour la période postérieure au 17 mai 2002. Pour la période antérieure, et ainsi que la Cour l'avait déjà expliqué dans son arrêt avant dire droit ordonnant l'expertise, les différentes lois d'amnistie promulguées en 1981, 1988, 1995 et

2002 interdisent à la SA C.M.D. de faire état des éventuelles sanctions disciplinaires qui auraient pu être infligées à M. Patrick Z... pendant la période couverte par ces lois d'amnistie et qui auraient pu, le cas échéant, expliquer de manière objective la différence de traitement avec d'autres salariés, le fait que M. Patrick Z... allègue ne pas avoir fait l'objet de telles sanctions étant insuffisant pour permettre de considérer ce fait comme établi puisque la SA C.M.D. est dans l'impossibilité légale de pouvoir le contester le cas échéant. Sur la réparation du préjudice subi du fait de la discrimination syndicale : En application de l'article L. 2145-8 du Code du travail, M. Patrick Z... est en droit d'obtenir réparation du préjudice subi par lui du fait de la discrimination syndicale dont il a été victime depuis le 17 mai 2002, en violation de l'article L. 2145-1 du même Code. Au titre de cette réparation, M. Patrick Z... est en droit d'obtenir notamment son repositionnement au coefficient auquel il aurait pu prétendre s'il avait bénéficié d'un déroulement normal de sa carrière depuis cette date, c'est-à-dire un déroulement non entravé par la discrimination syndicale. S'agissant d'une réparation à titre de dommages-intérêts et non pas d'un rappel de salaire, la prescription quinquennale soulevée par la SA C.M.D. ne s'applique pas. M. Patrick Z... revendique à cet égard d'une part la somme de 97.000 euro prenant en compte la différence de salaire subie par rapport à son collègue Jean-Claude C... de 1988 à 2008, l'incidence sur les droits à retraite et des dommages-intérêts complémentaires pour préjudice moral, outre un rappel de salaire sur la base d'un salaire mensuel brut de 2.055 euro à compter du 1er mars 2009. Ainsi qu'il a déjà été relevé, le coefficient de M. Patrick Z... est passé à 305 en mars 2008, alors qu'il était à 285 depuis 1995. M. Patrick Z... fait valoir qu'en raison des fonctions qu'il exerçait, il aurait dû être positionné au coefficient 305 bien avant mars 2008. Il résulte suffisamment des pièces produites aux débats par M. Patrick Z... qu'aucun changement dans le contenu de ses fonctions n'est intervenu en mars 2008. En toute hypothèse, la SA C.M.D. ne fait pour sa part état d'aucun changement dans le contenu des fonctions de M. Patrick Z... de nature à justifier un changement de coefficient en mars 2008, ce changement ne pouvant dès lors s'analyser que comme la régularisation d'une situation antérieure. Par conséquent, à titre de réparation de son préjudice de carrière, consécutif à la discrimination syndicale dont il a été victime, la SA C.M.D. sera tenue de lui payer le rappel de salaires sur la base du coefficient 305 à compter du 17 mai 2002 et jusqu'à fin février 2008, étant précisé que ce rappel de salaire inclut nécessairement l'incidence au niveau des droits à la retraite, outre la somme de 3.000 euro au titre du préjudice moral. Sur les autres demandes : Compte tenu de la solution du litige, la SA C.M.D. sera déboutée de sa demande reconventionnelle en paiement de dommages-intérêts et de sa demande fondée sur l'article 700 du Code de procédure civile, les dépens, qui comprendront le coût total de l'expertise, seront mis à sa charge, et il sera fait droit à la demande de M. Patrick Z... fondée sur l'article 700 du Code de procédure civile à hauteur de la somme de 3.000 euro. » (arrêt du 28 septembre 2012),

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE « Sur la discrimination syndicale : L'article L. 2141-5 du code du travail dispose 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 ». L'article L. 1134-1 du même code dispose que : « 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. » En l’espèce, la SA C.M.D. sollicite à titre principal une mesure d’expertise, qui est également réclamée à titre subsidiaire par M. Z... Patrick, étant observé qu’il s’agissait de la demande initiale de ce dernier lorsqu’il avait saisi le conseil de prud’hommes. Par ailleurs, M. Z... Patrick a présenté des éléments de fait et produit des pièces de nature à laisser supposer l’existence d’une discrimination syndicale et la SA C.M.D. a également présenté des éléments de fait pour contester cette discrimination, et produit des pièces notamment des tableaux comparatifs d’emplois et de coefficients avec d’autres salariés de même formation, ou de même coefficient à l’embauche, ou de même coefficient à ce jour. Tous ces éléments sont néanmoins insuffisants pour permettre à la Cour de se former une conviction. Par conséquent, il y a lieu de faire droit à la demande d’expertise. Ainsi que le fait valoir à juste titre la SA C.M.D. et que cela ressort de l’arrêt de la cour de cassation ayant refusé de transmettre au Conseil constitutionnel ses deux questions prioritaires de constitutionnalité, la mission donnée à l’expert doit concilier la recherche de tous les éléments permettant de comparer l’évolution de la situation de M. Z... Patrick depuis son embauche en termes de poste, de qualification, de formation, de coefficient et de rémunération avec les salariés relevant de sa catégorie professionnelle et deux autres principes d’égale valeur, à savoir le principe d’égalité des armes dans la procédure et celui du respect de la vie privée. En effet, les différentes lois d’amnistie promulguées en 1981, 1988, 1995 et 2002 interdisent à la SA C.M.D. de faire état des éventuelles sanctions disciplinaires qui auraient pu être infligées à M. Z... Patrick pendant la période couverte par ces lois d’amnistie et qui auraient pu expliquer de manière objective une différence de traitement avec d’autres salariés. Par ailleurs, l’article 9 du code civil dispose que chacun a droit au respect de sa vie privée et les informations relatives aux autres salariés de l’entreprise appartenant à la même catégorie professionnelle portant sur leur poste, leur qualification, leur formation, leur coefficient et, surtout, sur leur rémunération, ainsi que l’évolution de ces différents paramètres, ne saurait être divulguées sans leur consentement préalable au salarié intimé, même indirectement via la réalisation d’une mesure d’instruction, dès lors qu’en application du principe de la contradiction, il aurait nécessairement accès à ces informations. La SA C.M.D. justifie d’ailleurs du refus d’un certain nombre de salariés concernés de consentir à une telle divulgation. La seule manière d’opérer la conciliation mentionnée plus haut est donc, comme le propose la SA C.M.D., d’une part de limiter les investigations de l’expert à la période postérieure au 17 mai 2002, la période antérieure étant celle du champ d’application de la dernière loi d’amnistie n° 2002-1062 du 6 août 2002 s’agissant des sanctions disciplinaires professionnelles, et d’autre part d’établir des tableaux comparatifs expurgés de toutes informations nominatives sauf pour ceux des salariés qui accepteraient la divulgation des informations les concernant. » (arrêt avant dire droit du 15 avril 2011).

1) ALORS QUE la cassation à intervenir, sur le premier moyen, de l’arrêt avant-dire droit entraînera par voie de conséquence la cassation de l’arrêt du 28 mai 2012, en application de l’article 625 du Code de procédure civile ;

2) ALORS QUE selon l’article L.1134-5 du Code du travail le juge doit allouer au salarié « des dommages et intérêts qui réparent l’entier préjudice résultant de la discrimination, pendant toute sa durée » ; qu’en l’espèce, la cour d’appel qui a elle-même constaté l’existence d’une discrimination syndicale et estimé que les éléments produits par l’employeur n’étaient pas de nature à justifier la différence de traitement litigieuse dont elle a relevé qu’elle avait commencé avant la période de comparaison examinée par l’expert ne pouvait dès lors débouter le salarié d’une partie de ses demandes à ce titre sans violer les articles L.1134-1, L.1134-5, L.2141-5 et L.2141-8 du Code du travail.

3) ALORS QUE lorsque le juge estime que le salarié justifie d'éléments de nature à laisser supposer l'existence d'une discrimination, il ne peut refuser d'examiner l'ensemble de la période litigieuse au prétexte qu'elle est couverte par une loi d'amnistie quand l'existence d'une amnistie n'est pas de nature à empêcher l'employeur de prouver l'existence de faits justifiant objectivement la différence constatée et ne peut avoir pour effet de l'exonérer de sa responsabilité pour les faits de la discrimination qui lui sont reprochés ; qu'en l'espèce, en refusant de statuer sur la discrimination antérieure au 17 mai 2002 au prétexte de l'existence de lois d'amnistie, la Cour d'appel, qui a limité arbitrairement la portée et le champ d'application des articles L.1134-1, L.1134-5 L.2141-5 et L.2141-8, du Code du travail, a commis un excès de pouvoir négatif et violé ces dispositions, ensemble, les articles 133-9 et 133-11 du Code pénal et l'article 15 de la loi n°2002-1062 du 6 août 2002.

4) ALORS QUE lorsque le salarié justifie d'éléments de nature à laisser supposer l'existence d'une discrimination, il appartient à l'employeur à qui il est reproché une discrimination syndicale de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ; qu'il n'est pas fait exception à cette règle en cas d'amnistie, dès lors que l'employeur est en droit d'invoquer les faits objectifs qui justifieraient sa décision, ce qui satisfait suffisamment au respect du procès équitable et de la vie privée ; qu'en jugeant le contraire et en déboutant le salarié, au seul prétexte que ses demandes concernaient la période couverte par les lois d'amnistie, ce qui empêchait l'employeur de faire état d'éventuelles sanctions disciplinaires qui auraient pu être infligées au salarié et que la dénégation du salarié était insuffisante, la Cour d'appel a privé le salarié d'un procès équitable et de l'accès au juge et violé, ensemble, l'article 6 de la Convention européen des droits de l'homme, les articles 133-9 et 133-11 du Code pénal et la loi n°2002-1062 du 6 août 2002.

5) ALORS QUE le juge ne peut statuer par voie de motifs hypothétiques ; qu'en déboutant le salarié de sa demande d'indemnisation pour la période antérieure au 17 mai 2002 au prétexte que « les lois d'amnistie promulguées en 1981, 1988, 1995 et 2002 interdisent à la société CMD de faire état des éventuelles sanctions disciplinaires qui auraient pu être infligées à Monsieur Z... pendant la période couverte par ces lois d'amnistie et qui auraient pu, le cas échéant, expliquer de manière objective la différence de traitement avec d'autres salariés » (arrêt, p.8 dernier alinéa), la Cour d'appel a statué par des motifs hypothétiques et violé l'article 455 du Code de procédure civile.

Publication :

Décision attaquée : Cour d'appel de Douai , du 28 septembre 2012