

Mémento

La lutte contre les discriminations syndicales dans l'emploi privé

L'activité syndicale étant un critère de discrimination interdit depuis la loi du 4 août 1982, dite loi Auroux, le Défenseur des droits, autorité administrative indépendante, créée par la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 ayant notamment pour mission de lutter contre toute forme de discrimination, peut être saisi par toute personne traitée de manière défavorable en raison de son engagement syndical et ce, pendant toute la relation de travail, de l'embauche à la rupture.

Le critère de l'activité syndicale représente 4,6% des saisines reçues par le Défenseur des droits, soit environ 220 dossiers pour l'année 2018 dont 64% des réclamations concernent l'emploi privé. Pour la plupart, elles concernent l'avancement de carrière. Ces éléments chiffrés sont cependant assez éloignés des discriminations syndicales en France, comme le montrent les résultats du 12^e baromètre réalisé par le Défenseur des droits et l'Organisation internationale du travail (OIT), publié en septembre 2019, sur la perception des discriminations syndicales dans l'emploi. Il en résulte que près d'une personne syndiquée sur deux déclare avoir été discriminée en raison de son activité syndicale au cours de sa vie professionnelle ¹.

Il apparaît également que plus l'engagement syndical est marqué (distribution de tracts, participation à des grèves, à des négociations, etc. ...), plus le risque de déclarer une discrimination syndicale s'accroît ². Le fait de détenir un mandat l'augmente aussi ³.

Le Défenseur des droits déplore que si la plupart des victimes cherchent à faire cesser la discrimination syndicale, à hauteur de 78 % ⁴, presque la moitié d'entre eux déclarent avoir fait l'objet de mesures de rétorsion pour l'avoir dénoncée ⁵.

Lorsqu'il est saisi en vertu des articles 24 et 27 de la loi organique précitée, le Défenseur des droits apprécie si les faits qui font l'objet d'une réclamation ou qui lui sont signalés appellent une intervention de sa part et le cas échéant, il assiste la victime d'une discrimination dans la constitution de son dossier, puis l'aide à identifier les procédures adaptées à son cas. De plus, conformément à l'article 34 de cette même loi, il mène toute action de communication et d'information jugée opportune dans ses différents domaines de compétence.

C'est dans ce cadre et au regard de ses compétences en la matière, que le Défenseur des droits a souhaité diffuser un memento conçu comme un outil pratique, faisant état notamment des textes applicables en matière de discrimination syndicale, ainsi que des moyens de preuve utiles dans le cadre de négociations ou d'un contentieux.

Ce memento a également pour objectif d'être mis à disposition des représentants du personnel et plus largement, de tous les salariés ayant une activité militante ou revendicative, afin qu'ils aient les moyens de se prémunir contre toute forme de rétorsions qu'ils sont susceptibles de subir en raison de leur engagement.

¹ V. 12^{ème} Baromètre OIT/DDD de la perception des discriminations dans l'emploi, page 16.

² *Ibid.*, page 18.

³ *Ibid.*, page 18.

⁴ *Ibid.*, pages 21/22.

⁵ *Ibid.*, page 23.

Il s'inscrit aussi dans la lignée de l'avis adopté le 13 juillet 2017 par le Conseil économique, social et environnemental (CESE) intitulé « *Repérer, prévenir et lutter contre les discriminations syndicales* »⁶. En effet, suite à la promulgation de la loi du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, le CESE invitait le Défenseur des droits à diffuser un outil d'information sur les dispositifs de lutte contre les discriminations syndicales afin que tous les salariés qui s'en estiment victimes puissent se défendre.

Il ressort du baromètre que 51% des personnes exerçant ou ayant exercé une activité syndicale dans leur établissement actuel déclarent que cette activité a représenté un frein dans leur évolution professionnelle (en termes de qualification, d'avancement, de grade...).

En matière d'évolution de leur rémunération, 44% d'entre elles considèrent que leur activité syndicale a eu un impact défavorable⁷ et le fait d'exercer une activité syndicale a été un facteur de dégradation avec leur hiérarchie pour 43% des personnes interrogées⁸.

En effet, dès lors que l'engagement syndical reste porteur d'un risque discriminatoire fort, cela explique en partie le faible taux de syndicalisation en France, quand bien même le profil des militants actuels est différent de celui de leurs aînés. Ces derniers ont en effet appris à sortir de la logique sacrificielle longtemps perçue comme inhérente à l'engagement syndical pour mieux défendre leurs droits.

L'effectivité des dispositions visant à lutter contre les discriminations syndicales pour les prévenir ou à défaut, les sanctionner, est la clé de voute de l'édifice élaboré en droit social par ceux qui en sont les acteurs.

Il existe, depuis plusieurs années, une réelle volonté politique visant à développer et à reconnaître l'importance du dialogue social. Toutefois, cette avancée ne saurait se faire sans une protection effective des représentants du personnel qui incarnent ce dialogue et le font vivre⁹. L'intention du législateur de placer le dialogue social au centre de l'appareil normatif en matière sociale ne peut fonctionner si les salariés montrent une réticence à s'engager, particulièrement en raison des difficultés qu'une implication syndicale pourrait engendrer sur leur évolution de carrière¹⁰.

Comme l'a rappelé la Cour européenne des droits de l'Homme, en sollicitant une « *protection judiciaire et effective contre la discrimination anti-syndicale* »¹¹, le fait de pénaliser toute personne qui s'engage dans la défense des salariés, qui s'investit dans les institutions représentatives du personnel, constitue un moyen d'affaiblir, voire d'éliminer, la présence syndicale au sein de l'entreprise. Un dialogue social sain et productif suppose une confiance entre toutes les parties prenantes et donc qu'aucune discrimination ne puisse subsister dans la carrière des représentants du personnel.

Ce mémento a pour objet de lister les différents fondements textuels en matière de discrimination syndicale (I), pour analyser quelles preuves recueillir afin de constituer un dossier (II). Il s'agira ensuite d'en étudier toutes les formes (III) pour terminer sur les recours possibles (IV).

⁶ L. MARIE et J.-F. PILLIARD, *Repérer, prévenir et lutter contre les discriminations syndicales, rapport du Conseil économique, social et environnemental*, juillet 2017.

⁷ V. 12^{ème} Baromètre OIT/DDD de la perception des discriminations dans l'emploi, page 12.

⁸ *Ibidem*, page 14.

⁹ V. not., Rapport CESE, *Repérer, prévenir et lutter contre les discriminations syndicales*, préc. p.44 : 98 % des entreprises sont couvertes par la négociation collective. Adde T. BREDAS, *Les représentants du personnel*, Presses de Sciences Po, 2016.

¹⁰ V. Rapport CESE, *idem*.

¹¹ CEDH, 30 juill. 2009, *Danilenkov c/ Russie*, req. n° 67336/01.

SOMMAIRE

I. Droit de la lutte contre les discriminations syndicales : les textes applicables	p. 4
1) Le droit international	p. 5
2) Le droit français	p. 6
• La protection générale contre les discriminations syndicales	p. 7
• Les formes de discriminations	p. 8
II. Preuve des discriminations syndicales : les outils à votre disposition	p. 9
1) Le droit de la preuve applicable	p. 9
• La preuve des discriminations syndicales en matière civile	p. 9
• La preuve des discriminations syndicales en matière pénale	p. 10
2) Les éléments de preuve à rassembler	p.11
3) Les interlocuteurs permettant de rassembler des éléments de preuve	p. 17
4) Les recours pour obtenir la communication des éléments de preuve	p. 20
III. Typologies des discriminations syndicales : dans quel cas êtes-vous ?.....	p. 22
1) Les discriminations syndicales à l'embauche	p. 22
• Les offres d'emploi discriminatoires	p. 22
• Les procédures de recrutement discriminatoires	p. 22
• Les refus d'embauche discriminatoires	p. 23
2) Les discriminations syndicales lors de l'exécution du contrat de travail	p. 23
• Les évaluations discriminantes	p. 23
• Le harcèlement discriminatoire	p. 24
• Le refus de formation	p. 27
3) La carrière et la rémunération : la méthode Clerc	p. 27
4) Les mesures de représailles pour avoir dénoncé des faits de discrimination	p. 29
5) Les discriminations syndicales ayant pour conséquence la rupture du contrat de travail	p. 30
6) Les discriminations systémiques	p. 31
IV. Recours contre les discriminations syndicales : comment agir ?.....	p. 32
1) La médiation	p. 32
2) Les recours judiciaires.....	p. 33
3) Les règles de prescription.....	p. 35
4) Les préjudices résultant de la discrimination syndicale pouvant être réparés	p. 35

I. Droit de la lutte contre les discriminations syndicales : les textes applicables

Un corollaire de la liberté syndicale. La liberté syndicale est consacrée par les textes internationaux (1). En droit français, la lutte contre les discriminations syndicales, qui en garantit l'effectivité, est organisée par un ensemble complet de textes applicables en matière civile et pénale (2).

Des salariés bénéficiant d'un statut protecteur à double titre. Au préalable, il convient de préciser que les représentants du personnel bénéficient d'un statut protecteur spécifique interdisant à l'employeur de les licencier sans autorisation administrative de l'inspecteur du travail et leur donne un droit à réintégration ainsi qu'à une indemnisation spéciale en cas de non-respect de cette procédure ou si l'autorisation est finalement annulée.

Cette protection exorbitante du droit commun vise à inciter à l'engagement syndical et au développement du dialogue social afin que celui qui s'expose plus que les autres au sein d'un collectif de travail puisse le représenter de manière effective.

La Cour de cassation considère que « *les dispositions subordonnant le licenciement d'un salarié investi d'un mandat de représentant du personnel ou d'un syndicat à l'autorisation préalable de l'inspecteur du travail trouvent leur fondement dans l'exigence constitutionnelle de participation des travailleurs à la gestion des entreprises. La nullité du licenciement qui, pour cette raison (...) se traduit par un droit à réintégration ou à indemnisation réparant l'intégralité du préjudice subi pendant tout le temps de la protection, ne constitue pas une sanction au sens de l'article 8 de la Déclaration de 1789 et ne porte pas une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprise (...)* »¹².

Ainsi, un salarié peut subir une mesure constitutive d'une violation de son statut protecteur, si son employeur s'affranchit de toute autorisation préalable de l'inspection du travail, sans pour autant subir une discrimination. Cela peut être le cas d'un salarié licencié pour un motif réel et sérieux qui ne serait pas en lien avec ses activités syndicales, mais pour lequel son employeur n'aurait pas respecté la procédure d'autorisation auprès de l'inspection du travail. Le salarié pourrait ainsi voir reconnaître la violation de son statut protecteur sans pour autant que son licenciement soit lié à son activité syndicale et constitutif d'une discrimination.

Toutefois, une violation du statut protecteur peut également être constitutive, au regard des faits de l'espèce, d'une discrimination. Il s'agit de préjudices distincts.

C'est pourquoi la jurisprudence sanctionne le dommage causé par la discrimination, indépendamment de celui résultant de la méconnaissance du statut protecteur ou des droits des représentants du personnel. La rupture du contrat de travail d'un salarié protégé peut être ainsi jugée discriminatoire, et donner lieu à réparation, indépendamment de la violation du statut protecteur (Cass. soc., 6 avril 2005, pourvoi n° 03-43.629).

D *Décision du Défenseur des droits* : Décision nn°2019-69 du 18 mars 2019. La cour d'appel de Montpellier, par un arrêt du 5 juin 2019 (RG n°15-8185), suit les observations du Défenseur des droits en ce qu'elle condamne l'employeur à verser des dommages et intérêts pour violation du statut protecteur mais ne reconnaît pas la discrimination syndicale. Cet arrêt précise que la protection, pour un salarié se présentant au 1^{er} et au 2^d tour des élections professionnelles, court à compter de la date du second tour.

¹² Cass. soc. QPC, 20 févr. 2013, pourvoi n° 12-40.095.

En plus de ce statut protecteur, les représentants du personnel bénéficient des dispositions interdisant toute forme de discrimination syndicale à leur encontre, ce qui vise autant la liberté d'adhérer que de ne pas adhérer à un syndicat et la liberté d'organisation et d'action syndicale.

Sont donc principalement protégés tous les salariés qui mènent une action revendicative, c'est-à-dire les représentants du personnel, qu'ils soient investis d'un mandat syndical ou non, dont la liste est énumérée à l'article L.2411-1 et suivants du code du travail, soit notamment :

- Le salarié qui ne souhaite pas se syndiquer ;
- L'adhérent à une section syndicale ;
- Le délégué syndical ;
- Les salariés ayant demandé l'organisation des élections professionnelles ;
- Les salariés s'étant portés candidats lors des élections professionnelles ;
- Le membre élu à la délégation du personnel du comité social et économique ;
- Le représentant syndical au comité social et économique ;
- Le représentant de proximité ;
- Le conseiller du salarié ;
- Le conseiller prud'homme ;
- Le défenseur syndical



Attention : Pour qu'une discrimination syndicale soit reconnue, il est indispensable de démontrer que l'employeur avait connaissance de l'engagement syndical du salarié (Cass. soc., 1^{er} juillet 2015, pourvoi n° 14-11.459).

Cette preuve est aisée pour les porteurs de mandats, qui en sont la démonstration. Elle est moins évidente pour les seuls militants pour lesquels il faut établir que leur action revendicative (participation à une grève, à des réunions de la section syndicale, distribution de tracts, etc.) est connue de l'employeur. Il en est de même pour les salariés qui souhaitent se porter candidats sur une liste en vue des élections professionnelles. Ces derniers doivent établir que leur employeur avait connaissance de l'imminence de leur candidature ¹³.

Les possibles discriminations entre les salariés syndiqués. L'interdiction des discriminations syndicales ne se limite pas aux seules différences de traitement entre salariés syndiqués et non syndiqués. Elle peut également être retenue lorsqu'un employeur traite différemment les salariés syndiqués selon leur appartenance à un syndicat déterminé ¹⁴ ou les salariés syndiqués au sein d'une même fédération, selon qu'ils sont permanents ou non ¹⁵.

1) Le droit international

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

L'Organisation internationale du travail (OIT) protège la liberté syndicale au titre des conventions n°s 87 et 88. La convention n° 111 relative à l'interdiction des discriminations est présentée comme la

¹³ Cass. soc., 13 mai 2009, n°07-44671 ; Décision HALDE n°2007-244 du 1^{er} octobre 2007.

¹⁴ V. CA Paris, 1^{er} févr. 1999, RG n° 98-2328.

¹⁵ V. Cass. soc., 25 juin 2002, *Bull. civ.* V n° 298.

condition d'existence et d'exercice de la liberté syndicale. Ces conventions de l'OIT sont d'effet direct en droit français ¹⁶.

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

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

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

2) Le droit français

- **La protection générale contre les discriminations syndicales**

Constitution. En droit interne, la liberté syndicale est proclamée par les 6^{ème} et 8^{ème} alinéas du Préambule de la Constitution de 1946. Ils affirment respectivement que « *tout Homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix* » et que « *tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* ».

Loi n° 2008-496, du 27 mai 2008. Pour s'assurer de l'effectivité de l'interdiction des discriminations et respecter les engagements internationaux de la France dans ce domaine, le législateur a adopté la loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations. Non codifié, ce texte source définit les manifestations de la discrimination réprimées en droit français et fixe le régime juridique de cette prohibition.

Code du travail. L'exercice de la liberté syndicale est aussi garanti par le code du travail. L'article L. 1132-1 de ce code pose en effet un principe général de non-discrimination dans les relations professionnelles en vertu duquel aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en raison de ses activités syndicales.

L'article L. 2141-5 du code du travail précise l'étendue de l'interdiction spécifique des discriminations syndicales en rappelant que l'employeur ne peut pas prendre en considération l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions en matière de recrutement, de conduite et de répartition du travail, de formation professionnelle, d'avancement, de rémunération et d'octroi d'avantages sociaux, de mesures de discipline et de rupture du contrat de travail.

Code pénal. L'importance de l'interdiction des discriminations syndicales est enfin signifiée par son incrimination dans le code pénal, lequel a une valeur symbolique forte dès lors qu'il énonce les intérêts que l'Etat entend protéger. Ses articles 225-1 et 225-2 disposent qu'une discrimination est constituée par « *toute distinction opérée entre les personnes physiques sur le fondement [...] de leurs activités* ».

¹⁶ Cass. soc., 13 février 2019, pourvois n°s 18-17.042 et autres.

syndicales ». C'est un délit puni de 3 ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. Lorsqu'il est commis par une personne morale, elle encourt le quintuple de cette peine d'amende, soit 225 000 euros (art. 131-38 du code pénal).

Parallèlement, le code du travail dispose, à l'article L. 2146-2 du code du travail que les atteintes au principe de non-discrimination en raison de l'appartenance syndicale ou de l'exercice d'une activité syndicale sont passibles d'une amende de 3 750 € et, en cas de récidive, d'un an d'emprisonnement et de 7 500 € d'amende.

Engagements des partenaires sociaux. Il existe un engagement de longue date des partenaires sociaux pour proscrire les discriminations dans l'évolution de carrière et la progression salariale des représentants du personnel élus ou mandatés. Il a été rappelé par la position commune des partenaires sociaux sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme, en date du 9 avril 2008. Ils insistent sur le fait que « *le principe de non-discrimination en raison de l'exercice de l'activité syndicale doit trouver sa traduction concrète dans le déroulement de carrière des salariés exerçant des responsabilités syndicales, de façon à ce que l'exercice normal de telles responsabilités ne pénalise pas l'évolution professionnelle des intéressés* ¹⁷ ».

Les accords de branche, de groupe et d'entreprise. La loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant réforme de la démocratie sociale a instauré, pour les entreprises de plus de 300 salariés, une obligation de négocier sur la conciliation de l'activité professionnelle avec l'activité syndicale et sur la valorisation des compétences acquises par les porteurs de mandats lors de leur exercice ¹⁸. Aussi, de nombreux accords de groupe, d'entreprise et, plus rarement de branche, ont été négociés dans des grandes entreprises afin de solder et/ou de prévenir des contentieux en discrimination portant sur le déroulement de carrière des porteurs de mandat et, plus largement, des militants syndicaux.

D'autres accords envisagent le droit syndical à travers les moyens alloués à la représentation du personnel ¹⁹, de la formation des encadrants aux règles du dialogue social ²⁰ ou encore par l'intermédiaire de la valorisation des compétences acquises en cours de mandats ²¹.

- **Les formes de discriminations**

Texte de référence. Aux fins de définir la discrimination prohibée dans les relations professionnelles, l'article L. 1132-1 du code du travail renvoie 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.

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

¹⁷ La position commune du 9 avril 2008, signée par la CFDT et la CGT d'une part et le MEDEF et la CGPME d'autre part.

¹⁸ V. art. L. 2142-5 C. trav.

¹⁹ V. par ex., l'accord de méthode du groupe RENAULT, en date du 14 décembre 2001 et les accords signés en 2005 au sein des groupes EDF et RTE. Pour les branches, voir les accords des branches des banques, de la blanchisserie et du transport urbain de voyageur.

²⁰ Accord de la société HENKEL France en date du 5 avril 2007. Adde L. MARIE et J.-F. PILLIARD, *Repérer, prévenir et lutter contre les discriminations syndicales, rapport du Conseil économique, social et environnemental*, juillet 2017, p. 37 et 64 et s.

²¹ V. par ex., 27 Accord relatif au dialogue social et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales au sein du groupe Renault du 17 juillet 2018 ; Accord relatif au dialogue social et économique à au sein du groupe Total du 13 juillet 2018 ; Accord relatif dialogue social, le droit syndical et l'évolution de carrière du personnel chez Thales du 13 décembre 2018. Pour les branches, voir par exemple, Accord relatif au parcours professionnel des représentants du personnel au sein de la branche bancaire du 29 février 2016 ; Accord relatif à la gestion des parcours des porteurs de mandats dans les entreprises et dans la branche des télécommunications du 26 octobre 2018.

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

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

Discrimination par injonction. Enfin, la loi du 27 mai 2008, dispose que « *la discrimination inclut : [...], 2° Le fait d'enjoindre à quiconque d'adopter un comportement prohibé par l'article 2 [soit toute discrimination directe ou indirecte en matière d'emploi en raison des activités syndicales]* ».

Discrimination par association. Une discrimination peut être reconnue lorsque la personne qui subit la différence de traitement n'exerce pas elle-même des activités syndicales, mais parce qu'elle est étroitement associée à une personne militante.



Décision Défenseur des droits n°2012-88 du 26 juin 2012 : reconnaissance d'une discrimination syndicale par association concernant le licenciement d'une salariée en raison de l'activité syndicale de son mari. La cour d'appel d'Aix-en-Provence, par un arrêt du 8 octobre 2013, a reconnu le licenciement nul et ordonné la réintégration de la salariée.

Délit d'entrave et discrimination syndicale. Il convient de distinguer le délit d'entrave de la discrimination syndicale. Ce sont deux notions distinctes mais souvent confondues par les salariés qui en sont victimes. Le délit d'entrave est constitué par l'atteinte portée à l'exercice du droit syndical, c'est-à-dire aux prérogatives dérivées d'un mandat, comme le droit de siéger au CSE (art. L.2146-1 code du travail), tandis que la discrimination syndicale est constituée par une différence de traitement illégitime sur la base d'un critère prohibé.

Ainsi, des agissements constitutifs d'une entrave à l'exercice de l'activité syndicale peuvent représenter une discrimination, ce n'est pas toujours le cas. Comme l'affirme la Cour de cassation, « *la méconnaissance par l'employeur des attributions des institutions représentatives du personnel ne constitue pas en soi une discrimination syndicale* » (Cass. Soc., 8 octobre 2014, n°13-16720).

Les deux délits ne se confondent donc pas.

A titre d'exemple, un représentant du personnel qui n'est pas convoqué à des réunions du CSE, à qui l'on refuse de communiquer des documents comptables ou de prendre en charge ses frais de déplacement aux instances représentatives, relève de l'entrave mais ne constitue pas pour autant une discrimination.

Toutefois, un salarié volontairement isolé du collectif de travail, sanctionné de manière répétée de manière arbitraire et que l'on tente de licencier, sont des faits pouvant être qualifiés de faits d'entrave et de discrimination.

II. Preuve de la discrimination syndicale : les outils à votre disposition

Diversité des moyens de preuve. Pour déterminer la preuve qu'il est utile de rapporter afin d'établir une présomption de discrimination syndicale, il convient au préalable de déterminer dans quel cadre elle sera produite.

Le choix du droit de la preuve applicable, civil ou pénal (1), est déterminant. En revanche, les éléments de preuve à réunir (2), les interlocuteurs permettant de les rassembler ou de les constituer (3) ne varient pas, tous comme les recours pour obtenir leur communication (4).

1) Le droit de la preuve applicable

- La preuve des discriminations syndicales en matière civile

Principe d'aménagement de la charge de la preuve. L'article L. 1134-1 du code du travail et l'article 4 de la loi du 27 mai 2008 précitée posent un principe spécial d'aménagement de la charge de la preuve en matière de non-discrimination, selon lequel, lorsqu'un salarié présente des éléments de fait laissant présumer l'existence d'une discrimination, il appartient à la partie défenderesse, c'est-à-dire à l'employeur, de démontrer que ses décisions reposent sur des éléments objectifs, étrangers à la discrimination alléguée.

Ce principe d'aménagement de la charge de la preuve est issu du droit de l'Union européenne. La Cour de justice explique en effet de longue date que « *la charge de la preuve peut être déplacée lorsque cela s'avère nécessaire pour ne pas priver les travailleurs victimes de discrimination apparente de tout moyen efficace de faire respecter le principe de l'égalité des rémunérations* »²². Désormais, toutes les directives européennes de lutte contre les discriminations consacrent ce principe d'aménagement de la charge de la preuve²³.

Ce principe signifie que le salarié qui s'estime victime d'une discrimination doit constituer un **faisceau d'indices**. Autrement dit, il n'est pas demandé au salarié de rapporter une preuve incontestable de la discrimination qu'il allègue, mais seulement de faire naître un doute raisonnable dans l'esprit du juge quant à son existence²⁴.

Les discriminations syndicales font figure de contentieux de référence en la matière dès lors que c'est en statuant sur celles-ci que les juridictions ont dégagé le régime de l'interdiction des discriminations, quel qu'en soit le motif. Il en est notamment ainsi de la preuve de la discrimination par la méthode du panel de comparaison²⁵.

²² CJCE, 13 mai 1986, *Bilka-Kaufhaus GmbH*, aff. 170/84, *Rec. CJCE*. 1607, point 31. Dans le même sens, CJCE, 27 juin 1990, *Kowalska*, C-33/89, *Rec. CJCE*. I-2591, point 16; CJCE, 27 oct. 1993, *Enderby c. Health Authority*, aff. C-127/92, *Rec. CJCE*. I-05535, point 14.

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

²⁴ Pour des exemples, voir les éléments de preuve suggérés pour constituer un faisceau d'indices pour chaque typologie de discrimination syndicale, v. *infra* p. 11 et s.

²⁵ Sur cette méthode probatoire des discriminations syndicales se manifestant dans la progression salariale et l'évolution de carrière, v. *infra*, p. 16 et 27.

Justification. L'aménagement de la charge de la preuve au profit du salarié victime s'explique par la situation d'isolement dans laquelle se trouve une personne qui allègue une discrimination et la difficulté pour cette dernière de la démontrer. De fait, il existe une difficulté inhérente à l'accès à la preuve en matière de discrimination dans la mesure où elles sont rarement assumées par leur auteur et prospèrent souvent sur une volonté non-verbale, insidieuse, inconsciente, d'écarter, voire de pénaliser la personne au sein du collectif de travail. Or, parce que l'employeur exerce son pouvoir de direction, par l'intermédiaire d'un pouvoir de décision, lui seul est susceptible de détenir certains éléments permettant d'établir la différence de traitement dont un salarié peut s'estimer victime.

Les éléments de faits constitutifs de la présomption de la discrimination sont détaillés dans la partie « *les éléments de preuve à rassembler* » du présent document ²⁶.



Attention : Le salarié s'estimant victime d'une discrimination syndicale doit respecter le **principe de loyauté** de la preuve ²⁷. Malgré certaines décisions de juges du fond, et notamment un arrêt de la Cour d'appel de Toulouse du 10 mai 2019 (RG n°19/315) concluant à l'admissibilité d'enregistrements ou vidéos clandestins, réalisés à l'insu de la personne dont les propos sont ainsi retranscrits, la chambre sociale de la cour de cassation n'a pas encore retenu la possibilité de produire ces moyens de preuve, les jugeant déloyaux. En ce qui concerne le vol de documents émanant de l'entreprise, ils sont déclarés recevables si le salarié demandeur en a eu connaissance à l'occasion de l'exercice de ses fonctions et si leur production est strictement nécessaire à l'exercice de sa défense ²⁸.

- **La preuve des discriminations syndicales en matière pénale**

La mise en œuvre de l'action publique. Lorsque le salarié qui s'estime victime d'une discrimination dépose une plainte, il saisit le Procureur de la République de sa situation. Ce dernier est libre d'enquêter ou de procéder à un classement sans suite du dossier s'il estime que le délit de discrimination syndicale n'est pas constitué. En revanche, s'il considère qu'il y a lieu de poursuivre l'auteur des faits devant le tribunal correctionnel, il conviendra d'établir la preuve de sa culpabilité de manière certaine car il encourt une peine d'amende et d'emprisonnement ²⁹.

Le respect du principe de la présomption d'innocence. Dès lors, il est impératif de respecter le principe de la présomption d'innocence ³⁰. Autrement dit, le prévenu étant présumé innocent, la charge de la preuve incombe à la partie poursuivante, c'est-à-dire soit à la victime, soit au ministère public ³¹.

La Cour de cassation a affirmé à plusieurs reprises que « *les articles du Code du travail, concernant le délit de discrimination syndicale, n'instituent aucune dérogation à la charge de la preuve en matière pénale ; qu'il résulte des deux derniers textes visés que tout prévenu étant présumé innocent, la charge de la preuve de sa culpabilité incombe à la partie poursuivante* ³² ». Aujourd'hui, l'article 4 de la loi du 27 mai 2008 dispose expressément que le principe d'aménagement de la charge de la preuve « *ne s'applique pas devant les juridictions pénales* ³³ ».

²⁶ V. *infra* p. 11 et s.

²⁷ Cass. soc., 1 février 2011, pourvoi n° 09-67.959.

²⁸ Cass. crim., 16 juin 2011, pourvoi n° 10-85.079 ; Cass. crim., 25 novembre 2014, pourvoi n° 13-84.414.

²⁹ Sur les sanctions du délit de discrimination, v. *supra* p. 6 et 7.

³⁰ Art. 9 al. 1 C. civ. : « *chacun a droit au respect de la présomption d'innocence* ».

³¹ Cass. crim., 11 avril 2012, pourvoi n° 11-83.816.

³² Cass. crim., 3 avr. 2007, *Bull. crim.*, n° 105 ; Cass. crim., 11 avr. 2012, *Bull. crim.*, n° 95.

³³ V. art. 4 al. 2, 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, *JORF*, 28 mai 2008. 8801.



Bon à savoir : Le principe de loyauté de la preuve ne s'applique pas en matière pénale. Selon l'article 427 du Code de procédure pénale, « *hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction* ». **Le principe est celui de la liberté de la preuve.**

Il est par conséquent possible de produire des enregistrements clandestins et/ou autres vidéos réalisés à l'insu de l'auteur présumé de la discrimination.

2) Les éléments de preuve à rassembler

Des éléments précis et circonstanciés. Dans un contentieux civil, il est indispensable de constituer un faisceau d'indices laissant présumer l'existence d'une discrimination et de se prévaloir pour cela de faits précis et circonstanciés établissant son fait générateur. Il est constant que le salarié ne peut pas se prévaloir de simples allégations mais doit nécessairement les étayer par d'autres éléments concordants susceptibles de vérification³⁴. S'applique donc le principe de l'aménagement de la charge de la preuve.

En matière pénale, ce principe d'aménagement de la charge de la preuve ne s'appliquant pas, la discrimination doit être démontrée par la victime. Elle doit donc prouver l'élément matériel du délit de discrimination, c'est-à-dire la différence de traitement à laquelle elle est confrontée. Il est également nécessaire de démontrer l'élément intentionnel du délit, soit la volonté de l'auteur de la discrimination de faire subir un traitement défavorable à la victime en raison de l'exercice d'activités syndicales. La preuve est donc plus exigeante qu'en matière civile. Il ne doit pas exister de doute sur la constitution du délit de discrimination.

- ✓ **La chronologie des faits.** La chronologie des faits est un élément déterminant du faisceau d'indices, en ce qu'elle permet de faire le lien entre la connaissance des activités syndicales par l'employeur et la dégradation de la situation professionnelle. Elle est ainsi un marqueur du fait générateur de la discrimination. Pour ce faire, il convient d'étayer cette chronologie par la communication du contrat de travail, des divers mandats de représentant du personnel ou tout autre élément venant justifier de la connaissance par l'employeur de l'engagement syndical.



Jurisprudence : Cass. soc., 6 novembre 2013, pourvoi n° 12-22.210 : La chronologie des faits entre dans le faisceau d'indices laissant présumer une discrimination.



Décision DDD n°2016-21 du 1^{er} février 2016

- ✓ **Les comptes rendus des évaluations professionnelles.** Même si la rédaction de comptes rendus d'évaluations professionnelles n'est pas une obligation légale, c'est un usage fréquent dans les entreprises. Il permet de dresser un constat *a priori* objectif de l'activité et des compétences d'un salarié.

Ces comptes rendus sont un outil efficace pour démontrer qu'un salarié n'a pas commis l'insuffisance ou le manquement qui lui est reproché par son employeur et que la critique de son activité professionnelle, en vue de rompre son contrat, est en réalité motivée par l'exercice de ses activités syndicales.

³⁴ V. par exemple, Cass. soc., 3 avr. 2002, pourvoi n° 00-42.583 : la cour d'appel qui juge que la simple allégation par la salariée du fait que son licenciement est motivé par son activité syndicale n'est pas étayée, justifie sa décision de ne pas en prononcer la nullité.

Il est constant que, sauf en application d'un accord collectif visant à assurer la neutralité ou à le valoriser, l'exercice d'activités syndicales ne doit pas être pris en considération dans l'évaluation professionnelle d'un salarié (Cass. soc., 1^{er} février 2017, RG n°15-20799).



CA Paris, 6 mars 2019, RG n° 17/07120 : Laisse présumer une discrimination le fait pour un supérieur hiérarchique de noter dans le compte-rendu d'évaluation d'une salariée, même à titre provisoire : « *d'une manière générale, je regrette que X soit déléguée syndicale, non pas par conviction, mais plutôt sur le temps de travail que cela génère* ».

- ✓ **Les entretiens de début et de fin de mandat.** Les représentants syndicaux au CSE, au comité d'entreprise, les conseillers prud'hommes et les membres des commissions paritaires régionales interprofessionnelles doivent bénéficier d'un entretien avec l'employeur au début et/ou au terme de leur mandat.

En début de mandat, l'article L. 2141-5 alinéa 3 du code du travail, dispose que ces porteurs de mandats peuvent bénéficier, à leur demande, au début de leur mandat, d'un entretien avec l'employeur sur les modalités pratique de l'exercice du mandat au regard de son emploi, notamment au regard des objectifs fixés. Le compte-rendu de cet entretien peut constituer un indice établissant que le supérieur hiérarchique de l'intéressé n'a pas pris conscience de l'implication requise par son mandat, ce qui a pu conduire à des comportements discriminatoires.

En fin de mandat, l'article L. 2141-5 alinéa 4 du code du travail dispose qu'au terme d'un mandat de représentant du personnel titulaire ou d'un mandat syndical pour lequel les heures de délégation représentent au moins 30 % de la durée de travail fixée dans le contrat de travail de l'intéressé ou, à défaut, de la durée applicable dans l'établissement, un entretien doit avoir lieu avec l'employeur pour recenser les compétences acquises au cours du mandat et de préciser les modalités de valorisation de l'expérience acquise. La valorisation des parcours syndicaux est un biais pour encourager les salariés réticents à s'engager dans l'activité syndicale.



Bon à savoir : Les entretiens de début et de fin de mandats ne se substituent pas à l'entretien d'évaluation professionnelle.

- ✓ **Les procès-verbaux des réunions du comité social économique (CSE – ancien comité d'entreprise).** Les procès-verbaux du CSE ou des anciens CE peuvent également être recueillis lorsqu'ils retranscrivent des propos ou des prises de positions de l'employeur dénigrant l'activité syndicale de l'un des membres du comité.



Cass. soc., 2 juillet 2014, pourvoi n° 12-88.021 : Est victime d'une discrimination syndicale, le membre du comité d'entreprise à propos duquel l'employeur a déclaré, d'après le procès-verbal de réunion : « *elle ferait mieux de travailler au lieu de s'occuper du problème de ses collègues vu ses résultats* ».

- ✓ **Les courriers et courriels.** Les courriers demeurent le support des échanges professionnels officiels. Aussi, les courriers de notification de sanction, ceux adressés en retour au titre de la contestation, les lettres de convocation à entretien préalable à sanction ou au licenciement, la lettre de licenciement ou plus généralement tout courrier échangé entre les parties faisant état de la discrimination alléguée doivent être communiqués au dossier s'ils existent. Ils permettent en outre d'établir une chronologie certaine des faits.

Bien plus que les courriers, les échanges de courriels sont quotidiens et sont parfaitement recevables en tant que mode de preuve. Ils constituent des pièces écrites susceptibles d'établir une discrimination syndicale.

Certains écrits, notamment des échanges de courriels, peuvent être utilisés pour permettre la reconnaissance d'une discrimination syndicale dans les cas suivants :

- pour prendre acte auprès de l'employeur ou des responsables des ressources humaines de la dégradation de ses propres conditions de travail en raison de ses activités syndicales ;

EXEMPLE

CA Paris, 28 mars 2019, RG n° 17/02738 : Situation d'une déléguée syndicale alertant sur sa mise à l'écart de son service après le transfert de son bureau.

- pour faire état d'un dénigrement de la part de l'employeur en raison de l'exercice des activités syndicales. Ces courriels peuvent également faire état d'injures ou de menaces.

EXEMPLE

- CA Paris, 28 mars 2019, RG n° 17/02738 : Situation d'une déléguée syndicale ayant reçu par erreur un courriel la dénigrant de la part de l'employeur.

- CA Rouen, 29 mars 2018, RG n° 16/04470 : employeur écrivant par email à l'inspecteur du travail à propos d'un représentant du personnel : « *je crois que je ne supporte plus Monsieur X.* ».

- pour démontrer, à l'appui d'un courriel émanant de la direction des ressources humaines ou du responsable du personnel, l'existence d'une différence de traitement au préjudice d'un salarié en raison de ses activités syndicales.

EXEMPLE

- CA Paris, 14 novembre 2018, RG n° 17/04234 : courriel du responsable des ressources humaines attestant de sa volonté de dissimuler un poste de reclassement disponible à un salarié en raison de ses activités syndicales.

- pour établir les reproches infondés des supérieurs hiérarchiques directs sur le manque de disponibilité des porteurs de mandats.

EXEMPLE

CA Nîmes, 26 juillet 2016, RG n°4/01433 : refus de promotion opposé par courriel en raison du manque de disponibilité de l'intéressé du fait de son mandat syndical.



Bon à savoir : Il est conseillé au salarié s'estimant victime d'une discrimination syndicale d'alerter son employeur par écrit sur la dégradation de ses conditions de travail.

Certaines entreprises sont dotées de procédure d'alerte sur les risques psychosociaux formalisée, dont il convient de se saisir.

Même lorsqu'aucune procédure spécifique n'existe, l'employeur est tenu de réagir lorsqu'un salarié lui signale la discrimination syndicale dont il s'estime victime, en application de l'article L. 4121-1 du code du travail selon lequel « [il doit] *prend[re] les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs* ».



Décision DDD n°2015-151 du 2 juillet 2015 relative aux dispositifs d'alerte interne de lutte contre les discriminations au regard de la protection des droits des salariés

- ✓ **Le rapport d'enquête interne sur les faits de discrimination allégués.** Lorsque des faits de discrimination syndicale sont signalés à l'employeur, il doit diligenter une enquête sur les faits rapportés pour protéger la santé physique et mentale du salarié concerné, en application de l'article L. 4121-1 du code du travail ³⁵. Les conclusions de cette enquête, si elle a été diligentée avec toutes les garanties nécessaires en termes d'impartialité et de confidentialité, peut constituer un élément de fait laissant présumer une discrimination syndicale.

L'intérêt d'un tel document est de confirmer des propos offensants à l'encontre d'un salarié en raison de ses activités syndicales ou la dégradation de ses conditions de travail par la confrontation des versions des acteurs et des témoins.

De plus, le rapport d'enquête interne peut être l'opportunité de faire un point, au moyen d'un panel de comparaison ³⁶, sur la situation salariale du salarié ayant des activités syndicales s'il s'estime victime d'un blocage ou d'un ralentissement de carrière.



CA Nancy, 2 mai 2019, RG n° 17/00908 : Est victime d'une discrimination en raison de ses activités syndicales, un salarié qui accuse un retard dans son évolution de carrière et qui se voit appliquer un repositionnement à la suite de l'alerte qu'il a lancée auprès de sa direction et de l'enquête interne diligentée.

- ✓ **Les SMS.** Les SMS sont des messages écrits reçus par voie téléphonique. A ce titre, ils peuvent constituer un élément de preuve d'une discrimination syndicale, comme tout écrit.



Jurisprudence : Cass. soc., 23 mai 2007 (2 arrêts), pourvois n°s 05-17.818 et 06-43.209

- ✓ **Les messages vocaux sur répondeur.** Parce que l'auteur d'un message vocal a conscience qu'il laisse une trace du fait de son enregistrement, il s'agit d'une preuve recevable. Pour les produire au soutien d'une allégation de discrimination syndicale, il est utile de les retranscrire, idéalement par voie d'huissier de justice.



Jurisprudence : Cass. soc., 6 février 2013, pourvoi n° 11-23.738

- ✓ **Les photographies.** Les photographies, lorsqu'elles ne sont pas prises à l'insu des personnes qui peuvent y figurer, au risque de ne pas respecter le principe de loyauté de la preuve ³⁷, peuvent venir étayer la dégradation des conditions de travail en raison des activités syndicales, notamment en cas de mise à l'écart.



CA Nancy, 15 mai 2013, RG n° 11/02897

- ✓ **Les attestations.** Le salarié qui s'estime victime d'une discrimination peut communiquer des témoignages de collègues de travail, d'autres représentants du personnel ou de toute personne ayant assisté aux difficultés professionnelles rencontrées.

³⁵ Art. L. 4121-1 C. trav. : « l'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs ».

³⁶ Sur cette méthode pour établir la preuve d'une discrimination syndicale, v. *infra* p.16 et 27.

³⁷ Sur ce principe et ses conséquences, v. *supra* p. 10.

Les attestations revêtent une importance non négligeable pour emporter la conviction des juges et peuvent notamment permettre de faire la lumière sur une altercation ou relater des propos dégradants tenus à l'encontre de l'intéressé.



Attention : - pour être recevable, un témoignage doit être établi par un témoin direct des faits (pas de propos rapportés) et circonstanciés, c'est-à-dire précis et datés ou situés dans le temps (article 202 du code de procédure civile).

- il doit être accompagné d'une copie de la pièce d'identité recto-verso de la personne qui en est à l'origine.
- Si plusieurs témoignages sont fournis, il est nécessaire qu'ils soient concordants, mais pas identiques, au risque de perdre en crédibilité. Autrement dit, il est préférable que les témoignages relatent les mêmes faits, mais dans des termes différents, propres à chaque témoin.



Bon à savoir : - Il existe un **modèle d'attestation de témoin recevable** en justice (Cerfa n°11527*03), qu'il est possible de télécharger sur le site servicepublic.fr à l'adresse suivante : <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/R11307>

- ✓ **Les constats établis par les tiers habilités : les procès-verbaux et courriers de l'inspection du travail, les rapports du Défenseur des droits et les constats des huissiers de justice.** Plusieurs professionnels du droit sont à même de dresser des constats objectifs sur la situation d'un salarié qui s'estime victime d'une discrimination :

- **les agents de contrôle de l'inspection du travail** peuvent rédiger des rapports sur la situation professionnelle d'un salarié, demander des justifications par écrit à l'employeur sur celle-ci, diligenter des enquêtes et entendre toute personne susceptible d'avoir des informations sur la situation litigieuse et éventuellement dresser un procès-verbal d'infraction constatant une discrimination syndicale ³⁸.



Jurisprudence : Cass. soc., 15 janvier 2014, pourvoi n° 12-27.261

- **Le Défenseur des droits**, en tant qu'autorité administrative indépendante en charge de la lutte contre les discriminations, peut rédiger une décision constatant une discrimination syndicale si elle est démontrée, au terme d'une instruction contradictoire menée auprès de l'employeur mis en cause.



Jurisprudence : CA Paris, 6 mars 2019, RG n° 17/07120

- **Les huissiers de justice sont habilités** à dresser des constats de toute situation aux fins d'en produire la preuve. En matière de discrimination syndicale, il peut être utile de recourir à ce type de constat pour retranscrire des messages vocaux, faire constater une voie de fait, comme la dégradation des locaux, l'inscription d'insultes ou l'apposition d'images dégradantes sur le mobilier professionnel, etc.

- ✓ **Le testing.** Le testing est un mode de preuve des discriminations. Effectuer un testing consiste à soumettre deux profils très similaires pour une même demande en ne modifiant que la variable révélant la caractéristique susceptible d'exposer aux discriminations, soit en l'espèce l'activité syndicale. Si l'on constate un traitement inégal entre les deux profils, on pourra en déduire que la

³⁸ Sur les modalités de saisine de l'Inspection du travail dans votre département, v. *infra* p. 19.

seule raison de cette différence de traitement est la prise en compte - consciente ou non - d'un critère de discrimination.

Fréquemment utilisé pour démontrer l'existence de refus d'embauche en raison de l'origine, le testing pourrait être également utilisé pour démontrer une discrimination syndicale à l'embauche. Cette méthode pourra être utile en cas de mobilité interne pour laquelle l'employeur exclurait tout salarié qui détient un mandat.

- ✓ **Le panel de comparaison.** Le panel de comparaison est une étude statistique comparée de la situation professionnelle et salariale de la personne qui s'estime victime d'une discrimination syndicale avec plusieurs personnes placées dans une situation similaire. La comparaison permet d'établir une différence de traitement injustifiée et, le cas échéant, en lien avec l'exercice des activités syndicales.

A l'heure actuelle, l'ensemble des juridictions du fond se réfèrent aux critères jurisprudentiels de constitution des panels et à la méthode dite de triangulation pour identifier un retard de progression professionnelle et/ou salariale en raison des activités syndicales ³⁹.

Cette méthode a été mise en place par un des adhérents de la CGT ⁴⁰, mais en plus, d'être entérinée par la Cour de cassation, elle est reprise par l'ensemble du paysage syndical français. La CDFT ⁴¹, la CFTC ⁴², la CFE-CGC ⁴³, le syndicat FO ⁴⁴ et des syndicats indépendants ⁴⁵ s'en emparent pour établir la discrimination subie par leurs salariés élus et mandatés.

De nombreuses entreprises se prévalent également de cette méthode pour apprécier les évolutions de carrières de leurs représentants syndicaux et identifier des situations de discrimination à réparer ⁴⁶.

³⁹ V. not., et récemment,

CA Agen, 14 août 2018, RG n° 17/00097
CA Aix en Provence 10 février 2009, RG n°s 07/10799 et 07/11520 (2 arrêts)
CA Amiens, 31 janvier 2018, RG n° 16/03206
CA Angers, 31 janvier 2017, RG n° 14/02042
CA Besançon, 15 janvier 2019, RG n° 17/02448
CA Caen, 2 février 2018, RG n° 16/02344
CA Colmar, 13 septembre 2012, RG n°s 10/01985, 10/02462, 10/01984, 10/01984, 10/01986 (4 arrêts)
CA Colmar, 28 janvier 2016, RG n° 14/01392
CA Douai, 31 mars 2017, RG n° 999/17
CA Lyon, 16 mars 2018, RG n° 16/00170
CA Nancy, 2 décembre 2016, RG n° 14/00826
CA Nîmes, 5 juillet 2016, RG n° 15/04705
CA Nouméa, 13 mars 2018, RG n° 17/00038
CA Paris, 10 janvier 2019, RG n° 18/01710
CA Paris, 18 mai 2017, RG n° 18 mai 2017

CA Paris, 21 février 2018, RG n° 16/00722
CA Paris, 26 septembre 2018, RG n° 14/14483
CA Paris, 27 juin 2018, RG n° 16/05360
CA Paris, 29 novembre 2012, RG n°s 10/06462, 10/06463, 10/06464, 10/06465 (4 arrêts)
CA Pau, 12 décembre 2013, RG n° 11/0446
CA Poitiers, 21 mars 2018, RG n° 16/02290
CA Rennes, 1^{er} mars 2017, RG n° 13/07560
CA Toulouse, 12 février 2010, RG n°s 08/06198 et 09/00509 (2 arrêts)
CA Toulouse, 8 juillet 2016, RG n°s 10/06109 et 13/06109 (2 arrêts)
CA Versailles, 21 juin 2016, RG n°s 14/03226 et 08/06104, 08/06106, 08/06130, 08/06192, 08/06194 (6 arrêts)

⁴⁰ V. *Agir contre la discrimination syndicale. Le droit en pratique*, Dr. ouvr., avr. 2005 ; *Discrimination syndicale. La stratégie de la CGT*, Sem. soc. Lamy, 15 nov. 2004.

⁴¹ V. not., CA Poitiers, 21 mars 2018, RG n° 16/02290 ; CA Paris, 21 février 2018, RG n° 16/00722 ; CA Amiens, 31 janvier 2018, RG n° 16/03206 ; CA Colmar, 28 janvier 2016, RG n° 14/01392 ; CA Paris, 22 mars 2017, RG n° 14/05653 ; CA Toulouse, 1^{er} avril 2016, RG n° 12/04429 ; CA Nîmes, 5 juillet 2016, RG n° 15/04705.

⁴² V. not., CA Paris, 28 mars 2018, RG n° 14/13240.

⁴³ V. not., CA Paris, 4 mars 2016, RG n° 12/044291.

⁴⁴ V. not., CA Paris, 10 janvier 2019, RG n° 18/01710.

⁴⁵ V. not., CA Paris, 27 juin 2018, RG n° 16/05360 ; CA Nouméa, 13 mars 2018, RG n° 17/00038.

⁴⁶ V. notamment les accords sur le dialogue social applicables au sein des groupes PSA (2009), DCNS (2012), GRDF (2014) et Solvay France (2016 et 2017). *Adde* Rapport CESE, *Repérer, prévenir et lutter contre les discriminations syndicales*, préc., p. 65.

Enfin, le Défenseur des droits en fait usage pour apprécier l'existence de discrimination dans les dossiers concernant les retards d'évolution de carrière en raison des activités syndicales ⁴⁷, mais aussi en raison du sexe ⁴⁸ ou de l'origine ⁴⁹.

3) Les interlocuteurs utiles pour obtenir des éléments de preuve

Se faire aider par des tiers. Le salarié qui s'estime victime d'une discrimination syndicale peut se tourner vers plusieurs interlocuteurs susceptibles de l'aider dans la constitution de son dossier. Le regard d'un tiers sur sa situation lui permet de sortir de l'isolement et de reconsidérer sa situation à l'aune d'une appréciation objective.

Il existe ainsi 4 catégories d'interlocuteurs :

- ✓ **Les délégués du personnel ou les représentants du personnel au comité économique et social (CSE).** Les anciens délégués du personnel, désormais remplacés par les membres du CSE, ont pour mission de présenter à l'employeur les réclamations des salariés notamment relatives à la santé, la sécurité et les conditions de travail. Ils peuvent saisir l'inspection du travail et conservent un droit d'alerte (art. L. 2312-5 c. trav. – pour les entreprises de moins de 50 salariés ; article L. 2312-8 al. 8 c. trav. – pour les entreprises de plus de 50 salariés).

A ce titre, ils peuvent attirer l'attention de l'employeur sur une situation de discrimination syndicale ressentie par un salarié et assister ce dernier lors d'éventuels entretiens.

Les missions des membres du CSE qui seront alors principalement mobilisées sont :

- **Le droit d'alerte – art. L. 2312-59 c. trav.** En cas d'atteinte dans l'entreprise au droit des personnes, à leur santé physique et mentale ou aux libertés individuelles, dont fait partie la discrimination syndicale, tout membre de la délégation du personnel au CSE peut en saisir immédiatement l'employeur.
L'employeur doit alors procéder sans délai à une enquête sur la discrimination syndicale alléguée avec le membre de la délégation du personnel et prendre les dispositions nécessaires pour y remédier. Dans le cadre de cette enquête, le délégué du personnel peut ainsi obtenir divers éléments utiles à la constitution du dossier du salarié, notamment s'il compare son évolution professionnelle à d'autres salariés de l'entreprise. En cas de carence de l'employeur ou de divergence sur la réalité de l'atteinte, et à défaut de solution trouvée avec l'employeur, le salarié, ou le membre du CSE si le salarié averti par écrit ne s'y oppose pas, saisit le bureau de jugement du conseil de prud'hommes. Celui-ci statue selon les formes du référé, c'est-à-dire en urgence et sans conciliation préalable.



Bon à savoir : Le salarié peut refuser que le représentant du personnel saisisse le bureau de jugement s'il préfère le faire lui-même ou ne veut pas exercer d'action judiciaire. S'il ne souhaite pas utiliser la procédure d'alerte, il peut saisir directement le conseil de prud'hommes. Avant l'institution du CSE, le droit d'alerte en cas d'atteinte aux droits des personnes était exercé par les délégués du personnel. Compte tenu de l'identité

⁴⁷ V. not. DDD, déc. n°2017-179 du 26 janvier 2017 ; DDD, déc. n° 2013-241 du 12 déc. 2013 ; DDD, déc. n° 2012-156 du 20 novembre 2012 ; DDD, déc. n° 2012-20, du 20 février 2012.

⁴⁸ V. not. DDD déc. n° 2015-116 du 13 mai 2015 ; DDD déc. n° 2012-49 du 24 mai 2012.

⁴⁹ V. not., DDD n° 2015-269 du 17 novembre 2015 ; DDD, déc. n° 2012-49 du 24 mai 2012.

des textes applicables, les solutions jurisprudentielles rendues dans le cadre du droit d'alerte déclenché par ces derniers sont transposables au CSE.

- **La promotion de la santé, de la sécurité et des conditions de travail – art. L. 2312-5 al. 2 c. trav.** La délégation du personnel au CSE ou, le cas échéant, de la commission santé, sécurité et conditions de travail en cas d'accidents du travail, contribue à promouvoir la santé, la sécurité et les conditions de travail dans l'entreprise et réalise des enquêtes en matière d'accidents du travail ou de maladies professionnelles ou à caractère professionnel. Lorsque la discrimination a eu un impact sur l'état de santé du ou des salariés concernés, ce type d'enquête peut être utile.
Les membres de la délégation sont informés de la réception par l'employeur des documents de vérification et de contrôle (attestations, consignes, résultats et rapports relatifs aux vérifications et contrôles mis à la charge de l'employeur au titre de la santé et de la sécurité au travail). Ils peuvent demander communication de ces documents ⁵⁰.
- **Interventions auprès de l'inspection du travail – art. L. 2312-5 al. 5 c. trav.** Les membres de la délégation du personnel du CSE peuvent saisir l'inspection du travail de toutes les plaintes et observations relatives à l'application des dispositions légales dont elle est chargée d'assurer le contrôle. L'interdiction des discriminations syndicales en fait partie.
- ✓ **Les personnes ressources du syndicat au niveau local, fédéral et confédéral.** Au-delà des représentants du personnel présents dans l'entreprise qui restent les interlocuteurs privilégiés de par leur connaissance de l'organisation, le salarié s'estimant victime de discrimination peut également se rapprocher de l'organisation syndicale de son choix au niveau local, fédéral voire confédéral (ex : CGT, CFDT, FO, CFTC...) pour l'aider à constituer son dossier, lui apporter un soutien juridique en droit du travail, le soutenir et le conseiller dans un conflit ouvert avec son employeur, ou l'assister lors d'une procédure contentieuse via les défenseurs syndicaux.
- ✓ **Le Défenseur syndical** assure des fonctions d'assistance et de représentation devant le conseil de prud'hommes et les cours d'appel en matière sociale (art. L.1453-4 du code du travail), et exerce sa mission à titre gratuit.
- ✓ **L'inspection du travail.** Les agents de contrôle de l'inspection du travail, inspecteurs ou contrôleurs du travail, sont compétents pour agir contre les discriminations syndicales et obtenir divers éléments de la part de l'employeur.

Ils peuvent utilement intervenir en :

- se faisant communiquer tout document ou élément d'information, susceptible d'établir l'existence d'une discrimination syndicale ⁵¹, notamment les dossiers individuels des salariés auxquels le salarié se compare, des fiches de notation ou d'appréciation, etc.
Le refus opposé à l'accès à ces documents constitue le délit d'obstacle à l'accomplissement de leurs fonctions et est puni d'un an d'emprisonnement et de 37 500 € d'amende ⁵².

⁵⁰ Art. R. 2312-1 C. trav.

⁵¹ Art. L. 8113-5 3° C. trav.

⁵² Art. L. 8114-1 C. trav.

- Dresser un procès-verbal d'infraction de discrimination syndicale ⁵³. Ce document, qui fait foi jusqu'à preuve du contraire, est transmis au procureur de la République, qui engage ou non des poursuites pénales ⁵⁴. Le procès-verbal n'est cependant souvent pas communiqué en l'état au salarié qui est simplement informé de son existence mais non de son contenu.

L'inspecteur du travail est un acteur clé intervenant dans les litiges entre un salarié et son employeur. Les courriers ou rappels des textes adressés par ce dernier à l'employeur et ses décisions (PV, autorisation ou refus de licenciement d'un salarié protégé, etc...) sont des pièces souvent décisives dans le cadre d'un procès prud'homal.



Bon à savoir : - L'inspection du travail est compétente pour connaître des faits de discrimination et d'entrave sur lesquels elle peut enquêter concomitamment.

- Comment saisir l'inspection du travail compétente ?

Vous pouvez vous rendre sur le site national des DIRECCTE : <http://dirccte.gouv.fr/>

Il suffit ensuite de sélectionner sa région pour avoir accès aux coordonnées du service compétent.

- La saisine de l'inspection du travail est gratuite.

- ✓ **Le Défenseur des droits.** Toute personne qui s'estime victime d'une discrimination syndicale peut saisir le Défenseur des droits. En tant qu'autorité administrative indépendante notamment en charge de lutter contre les discriminations, il dispose de divers pouvoirs d'enquête tels que l'audition des personnes mises en cause, la communication de toutes les informations qu'il estime utiles et le fait de procéder à des vérifications sur place.

Faire obstacle à ces prérogatives est un délit d'entrave à son instruction puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende ⁵⁵.

Le Défenseur des droits peut ainsi obtenir la communication d'éléments et diverses explications concernant la situation de discrimination alléguée, pouvant aider la victime à constituer son dossier, éléments qui pourront être produits au dossier de la juridiction par le Défenseur des droits.



Attention : Les éléments ainsi obtenus ne sont cependant pas communicables aux parties, conformément aux dispositions de l'article L.311-2 du code des relations entre le public et l'administration qui précisent que « *le droit à communication ne s'applique qu'à des documents achevés et ne concerne pas les documents préparatoires à une décision administrative tant qu'elle est en cours d'élaboration.* » Les éléments issus de l'enquête du Défenseur des droits ne le seront que lors d'un procès, dans le cadre d'un débat contradictoire, à l'appui de la décision rendue.

Le Défenseur des droits peut également résoudre les conflits, notamment, par voie de médiation. Il peut aussi inciter les parties à conclure une transaction civile ou une transaction pénale qui doit être homologuée par le procureur de la République ⁵⁶. Il ne peut pas remettre en cause une décision juridictionnelle, mais peut présenter des observations écrites ou orales devant les juridictions civiles, pénales ou administratives ⁵⁷.

⁵³ Art. L. 8112-2 1° C. trav.

⁵⁴ Art. L. 8113-7 C. trav.

⁵⁵ Art. 12, loi n° 2011-334 du 29 mars 2011, relative au Défenseur des droits, JORF 30 mars 2011. 5504.

⁵⁶ Art. 33, loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011, relative au Défenseur des droits, JORF 30 mars 2011. 5497.

⁵⁷ Art. 33, loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011, préc.



Attention : La saisine du Défenseur des droits n'interrompt ni ne suspend les délais de prescription des actions civiles, administratives ou pénales, ni ceux des recours administratifs ou contentieux.



Bon à savoir : La saisine du Défenseur des droits est gratuite. Elle peut se faire :

- Par tél. : 09 69 39 00 00 du lundi au vendredi de 8 à 20 heures
- par courrier motivé, posté sans affranchissement à l'adresse suivante : (Défenseur des droits, Libre réponse 71120, 75342 Paris Cedex 07
- en remplissant un formulaire de saisine en ligne : <https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/saisir-le-defenseur-des-droits>
- par l'intermédiaire d'un délégué territorial dont les coordonnées par département sont sur le site Internet du Défenseur des droits.

4) Les recours devant le Conseil de prud'hommes pour obtenir la communication des éléments de preuve:

- ✓ **La sommation de communiquer** Avant toute procédure contentieuse en vue d'obtenir des pièces nécessaires à la constitution de son dossier, il est d'usage qu'une partie adresse une sommation de communiquer certains éléments à l'autre partie, par courrier.

En effet, l'article 15 du nouveau code de procédure civile prévoit que « *Les parties doivent se faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions, les éléments de preuve qu'elles produisent et les moyens de droit qu'elles invoquent, afin que chacune soit à même d'organiser sa défense* ».

Ce n'est souvent qu'en cas de non-communication de ces éléments par la voie amiable que la voie contentieuse est envisagée, en référé ou au fond devant le conseil de prud'hommes.

- ✓ **Les procédures en référé auprès du Conseil de prud'hommes avant contentieux.** Le salarié a également la possibilité, avant tout procès au fond, de saisir le juge des référés du conseil de prud'hommes sur le fondement des dispositions de l'article 145 du nouveau code de procédure civile, afin de se procurer des pièces nécessaires à l'appui d'un contentieux potentiel.

Cet article prévoit que: « *S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé* ».

Ce référé dit « probatoire » ou « d'instruction » permet au juge saisi de prendre deux types de mesures : assurer la conservation des preuves ou tendre à la constitution de preuve. Il s'agit donc de mesures d'instruction *in futurum*, dont la production de pièces par l'employeur fait partie intégrante. Cet outil judiciaire visant à l'obtention de la preuve s'avère particulièrement efficace d'autant plus lorsque la production forcée de pièces est assortie d'une astreinte.



Jurisprudence : La cour de cassation a admis que le juge des référés puisse ordonner la production forcée de pièces détenues, soit par une autre partie (Cass. 2^{ème} civ., 17 février 2011, n°10-30638), soit par des tiers (Cass. 2^{ème} civ., 26 mai 2011, n°10-20048).

- ✓ **Les procédures de mise en état au fond devant le Conseil de prud'hommes.** Tout litige porté devant le conseil de prud'hommes au fond en matière de discrimination comporte une phase préalable devant le bureau de conciliation et d'orientation (BCO). Il est chargé, en premier lieu, de tenter de trouver une solution amiable entre les parties mais dispose également, depuis la loi du 6 août 2015 n°2015-990 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, du pouvoir de mettre en l'état les affaires portées devant lui.

Le BCO peut ainsi désigner un ou deux conseillers rapporteurs pouvant prendre toute mesure d'instruction utile (article L.1454-1-2 du code du travail) telles qu'auditionner les parties ou prendre toute disposition en vue de la conservation des preuves. Il peut aussi, lorsqu'il estime qu'il manque certains éléments pour qu'une affaire puisse être jugée, ordonner des mesures d'instruction d'office (art. R.1454-14 du même code), telle que la communication de certaines pièces.

Tout comme le BCO, le bureau de jugement peut ordonner toutes les mesures nécessaires à la conservation des preuves (article R.1454-19-1 du code du travail).

Ces pouvoirs d'instruction dévolus au CPH peuvent s'avérer particulièrement utiles dans certains dossiers complexes d'évolution de carrière pour trancher sur la pertinence des panels de comparaison communiqués par les parties ou pour obtenir des données comparatives nécessaires à une analyse fine du dossier.

Les salariés qui seraient victimes de discrimination syndicale peuvent donc tenter d'obtenir des éléments nécessaires à la constitution de leur dossier via plusieurs canaux et interlocuteurs.

Ces derniers méconnaissent encore trop souvent les différents pouvoirs d'enquête dévolus aux représentants du personnel, à l'inspection du travail, au Défenseur des droits, au conseil de prud'hommes leur permettant de faire valoir leurs droits de manière effective.

En effet, pour quatre personnes sur dix interrogées, la difficulté d'accès à la preuve les a dissuadées d'entreprendre des démarches pour faire valoir leurs droits⁵⁸.

⁵⁸ 12^{ème} Baromètre OIT/DDD de la perception des discriminations dans l'emploi, p. 24.

III. Typologie des discriminations syndicales : Dans quel cas êtes-vous ? Comment vous défendre ?

Savoir identifier et dénoncer les discriminations syndicales tout au long de la relation de travail. Comme toute discrimination, la discrimination syndicale est le fruit de stéréotypes et de préjugés projetés sur la victime qui subit alors une différence de traitement arbitraire qui peut affecter toute la relation de travail, depuis l'embauche, jusqu'à la rupture du contrat de travail.

Si vous vous estimez victime d'une discrimination syndicale, il est important d'identifier la situation dans laquelle vous vous trouvez afin de pouvoir constituer votre dossier et vous défendre dans les meilleures conditions.

Le Défenseur des droits vous présente une typologie des discriminations syndicales les plus fréquentes pour vous conseiller sur les éléments de preuve à recueillir et la jurisprudence de principe à mobiliser dans chaque cas.

1) Les discriminations syndicales à l'embauche

- **Les offres d'emplois discriminatoires**

Les articles 225-1 et 225-2 du code pénal, et l'article L. 1132-1 du code du travail prévoient expressément qu'il est interdit de subordonner une offre d'emploi à une condition de non-appartenance ou d'appartenance à un syndicat.

D Décision HALDE 2010-286 du 13 décembre 2010 : Est discriminatoire l'offre d'emploi en raison de l'âge et des activités syndicales aux termes de laquelle il est écrit : « *vous avez 25/35 ans, motivé, souriant, non syndiqué* ». Il a décidé de transmettre un avis au procureur de la République.



Quels éléments rapporter pour établir cette discrimination ?

- La copie/impression/capture d'écran de l'offre d'emploi avec la mention discriminatoire ;
- Un courriel de convocation à un entretien ou de refus d'embauche faisant état de la condition discriminatoire ;
- Un message vocal ou un SMS sur lequel la condition discriminatoire est reconnue ;
- Un testing ;
- Des témoignages.

- **Les procédures de recrutement discriminatoires**

En application de l'article L. 1221-6 du code du travail, les questions posées par un employeur à un candidat à l'emploi ne peuvent avoir pour finalité que d'apprécier sa capacité à occuper l'emploi proposé et ses aptitudes professionnelles. Il est donc interdit d'interroger un candidat sur son activité syndicale passée, présente ou même simplement envisagée.

Lorsque ce type de questions lui ait posé, le candidat peut s'abstenir de répondre.



Quels éléments rapporter pour établir cette discrimination ?

La volonté de discriminer au stade des contacts ou entretiens préalables à l'embauche est difficile à établir. Il est éventuellement possible de produire dans le cadre d'une procédure pénale :

- Un enregistrement clandestin de l'entretien ;
- Un testing.

• **Les refus d'embauche discriminatoires**

Un employeur ne saurait prendre en considération l'appartenance à un syndicat ou la non-appartenance à un syndicat donné en matière de recrutement. Autrement dit, il ne peut opposer un refus d'embauche à un candidat pour ce motif.



- Cass. soc., 29 mars 2012, pourvoi n° 10-23.970 : Le refus d'embauche opposé à un docker en raison de sa non-appartenance au syndicat majoritaire dans cette profession est discriminatoire.
- Cass. crim., 2 septembre 2003, pourvoi n° 02-86.048 : l'employeur qui a recourt au travail temporaire ne peut pas refuser la mise à disposition d'un travailleur temporaire en raison d'absences répétées liées à ses activités syndicales.



Décision DDD 2014-110, 6 octobre 2014 : refus d'embauche de 8 salariés par la société cessionnaire lors d'un transfert de marché, tous représentants du personnel sous l'étiquette syndicale CGT. Le Défenseur des droits conclut à une discrimination syndicale à l'embauche. Le CPH de Bobigny en sa section départage, par un jugement du 7 juillet 2019, le suit dans ses observations.



Quels éléments rapporter pour établir cette discrimination ?

- Un testing ;
- Un courriel, sms ou message vocal dans lequel l'employeur admet avoir écarté le candidat en raison de ses activités syndicales ou de sa non-appartenance à un syndicat ;
- Des témoignages.

2) Les discriminations syndicales lors de l'exécution du contrat de travail :

• **Les évaluations discriminantes**

Les procédures d'évaluation professionnelles sont, lorsqu'elles existent, un élément prépondérant de la justification objective des différences de traitement fondées sur les qualités professionnelles d'un salarié.

Dès lors, il est logiquement interdit à l'employeur de prendre en considération l'exercice d'une activité syndicale dans l'évaluation du travail d'un salarié. Il ne peut donc lui être fait injustement grief de sa présence irrégulière ou de ses absences en raison de ses activités syndicales.

De même, il ne peut pas lui être fait le reproche de son comportement si celui-ci fait en réalité référence à son engagement syndical.

L'évaluation de son activité professionnelle doit en outre tenir compte proportionnellement, notamment pour la fixation des objectifs d'un salarié porteur de mandat, de son temps de présence en poste par rapport à ses temps de délégation.

Par ailleurs, un manque de mobilité professionnelle ne peut pas être avancé par l'employeur pour expliquer une absence de déroulement de carrière. Les comptes rendus d'évaluations professionnelles permettent de démontrer l'investissement professionnel d'un salarié élu ou mandaté justifiant un déroulement normal de carrière.



CA Bourges, 19 avril 2002, RG n° 01-1016 : Un salarié faisait valoir un ralentissement de plus en plus marqué de la progression de ses salaires correspondant exactement à sa prise de responsabilités syndicales, ce qui caractérise une discrimination syndicale. En effet, le salarié, après avoir connu des rémunérations statistiquement avantageuses, a vu le rythme de ses augmentations décroître, sans rapport avec la courbe suivie par les augmentations de salaires moyennes, constituant une référence objective, cette décroissance étant parallèle à ses activités et mandats syndicaux.

L'employeur, qui procède périodiquement à l'évaluation du travail de ses salariés, ne produit aucune de ses évaluations, de sorte qu'il ne justifie pas de raisons successives personnelles au salarié qui expliquent la différence de traitement observée sur neuf années. Il ressort d'une attestation du responsable hiérarchique du salarié que sa stagnation de carrière s'explique par son investissement insuffisant à raison du temps trop court passé au bureau ; à travers cette stagnation, c'est le manque de disponibilité en raison de l'exercice de mandats syndicaux qui est sanctionnée.



Décision DDD n°2017-234 du 26 juillet 2017 : discrimination liée à la mention dans les évaluations professionnelles de l'activité syndicale



Quels éléments rapporter pour établir cette discrimination ?

- Les comptes rendus d'entretien annuels d'évaluation - dans leur version définitive ou provisoire (remplis par le supérieur hiérarchique avant que le salarié n'y ajoute ses observations) ;
- Un courriel ou un courrier par lequel le salarié sollicite en vain une évaluation professionnelle ;
- Un courriel ou courrier montrant que les demandes d'évaluations du salarié sont explicitement rejetées par l'employeur ;
- Des témoignages.

- **Le harcèlement discriminatoire**

Le harcèlement discriminatoire désigne tout agissement subi par une personne en raison de l'exercice de ses activités syndicales et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant.

Autrement dit, il s'agit d'une discrimination motivée par les activités syndicales de la victime, mais qui se manifeste par l'intermédiaire d'actes harcelants : **brimades, insultes, dénigrement, menaces, surveillance étroite** dans le but d'une recherche systématique de fautes, **convocations réitérées** à des entretiens préalables à sanctions, ...

De nombreuses situations sont donc visées par cette qualification, car les représentants du personnel ou les salariés militants restent soumis au pouvoir disciplinaire de l'employeur dans les conditions de droit commun.

Les principales manifestations du harcèlement discriminatoire en raison des activités syndicales sont les suivantes, étant entendu qu'elles peuvent se cumuler :

Injures et autres mesures vexatoires. Les injures constituent un agissement qui dégrade fortement l'environnement de travail en créant à tout le moins une ambiance humiliante et offensante.

De plus, toutes les mesures vexatoires, qui visent à humilier par la dégradation et/ou l'offense peuvent caractériser un harcèlement discriminatoire en raison des activités syndicales.



Cass. soc., 10 mai 2005, pourvoi n° 03-40.675 : caractérise une discrimination syndicale, le fait pour un employeur de convoquer un délégué syndical par voie d'huissier aux réunions du comité d'entreprise (CSE) à cinq reprises en deux mois.



Décision du Défenseur des droits : MLD-2012-86 du 26 juin 2012

Mise à l'écart et isolement. Si la mise à l'écart physique du salarié ayant des activités syndicales, dans un autre local ou établissement que le reste de son équipe, est moins fréquente qu'auparavant, ces situations demeurent possibles. Désormais, les porteurs de mandats peuvent se voir exclus des réunions auxquelles ils doivent pourtant siéger de droit, être assignés aux travaux les plus pénibles, être dépourvus de mission ou encore voire leurs conditions de travail modifiées sans justifications (changements d'horaires, changement d'affectation géographique, suppression des outils de travail, etc.).



- Cass. crim., 29 janvier 2008, pourvoi n° 06-87.625 : Caractérise une discrimination syndicale le fait d'avoir retiré à un délégué syndical les moyens indispensables à l'exercice normal de son activité de directeur de production ayant sous ses ordres un personnel important et d'avoir procédé à son exclusion systématique de l'intéressé des réunions.
- Cass. soc., 11 janvier 2012, pourvoi n° 10-27.0109 : Caractérise une discrimination syndicale, le fait pour l'employeur d'avoir laissé un salarié titulaire d'un mandat représentatif, au terme d'un détachement, en situation d'attente d'un poste de travail pendant 18 mois, compromettant ainsi nécessairement les conditions d'exercice normal de son mandat.



Bon à savoir : Le cas des « inter-contrats » discriminatoires pour les salariés mis à disposition.

Le fait, pour un salarié qui exerce son activité sous forme de mise à disposition, ne pas être positionné, pendant de longues périodes, sur des missions après sa prise de mandat, alors qu'il intervenait régulièrement avant, caractérise une discrimination syndicale (Cass. soc., 26 septembre 2012, pourvoi n° 11-11.641)

Changement d'affectation ou la mutation discriminatoire. Pour éloigner un porteur de mandat ou un simple militant syndical des salariés qu'il entend représenter, il se peut qu'il fasse l'objet d'un changement d'affectation ou d'une mutation discriminatoire.



CA Paris, 6 mars 2012, RG n° 10-02404 : caractérise une discrimination syndicale le fait, pour un employeur d'avoir cherché à éloigner un représentant du personnel en lui confiant une mission extérieure à l'entreprise puis à modifier, sans son accord, son contrat de travail en faisant évoluer son secteur et ses fonctions, ce qui a eu pour effet de diminuer ses responsabilités.



Décision DDD n°2013-185 du 4 novembre 2013 : Salariée conseillère du salarié propose une mutation en dépit de ses aménagements de poste dus à son état de santé dégradé. La salariée est ensuite licenciée pour avoir refusé cette modification de son lieu de travail. Le CPH suit le raisonnement du Défenseur

des droits et conclut au licenciement nul et discriminatoire en raison des activités syndicales et de l'état de santé.

Rétrogradation ou diminution des attributions. Il existe en jurisprudence des exemples dans lesquels, pour faire pression sur un représentant du personnel, afin qu'il renonce à exercer les prérogatives inhérentes à leur mandat, ses attributions sont diminuées. Il peut même subir une rétrogradation.

EXEMPLE

- Cass. soc., 13 février 1996, pourvoi n° 92-45.042 : Constitue une discrimination syndicale le fait de soumettre un salarié syndiqué à des conditions de travail différentes de celles des autres salariés en le chargeant systématiquement des travaux pénibles et fatigants, puis, tout en le privant de l'usage d'engins motorisés de manutention dont ses collègues pouvaient disposer.
- Cass. crim., 1^{er} janvier 2008, pourvoi n° 07-82.380 : Est victime d'une discrimination syndicale le cadre, délégué du personnel cumulant cette fonction avec celle de délégué syndical, d'avoir vu ses attributions réduites au profit d'un technicien initialement placé sous sa responsabilité et qui n'a pas bénéficié des mêmes moyens de travail ni même des avantages financiers que ceux accordés aux autres cadres de l'entreprise.

D

Décision DDD 2017-214 du 4 juillet 2017 : La mutation d'office du représentant du personnel dans une boutique de moindre envergure est constitutive d'une discrimination syndicale.

Les sanctions disciplinaires infondées. Le salarié ayant des activités syndicales est soumis au pouvoir disciplinaire de l'employeur dans les conditions de droit commun. Mais tout changement d'attitude de l'employeur vis-à-vis d'un salarié à partir du moment où celui-ci commence à exercer une activité syndicale peut constituer une discrimination syndicale si cela se traduit par des sanctions injustifiées.

EXEMPLE

- Cass. soc., 17 février 1981, pourvoi n°80-91.163: Constitue une discrimination syndicale le fait de notifier un avertissement à un salarié venant juste d'être désigné délégué syndical alors qu'il n'avait jamais fait l'objet d'un reproche auparavant.
- CA. Versailles, 17 décembre 2013, RG n° 12/03432 : le fait de notifier deux avertissements à un représentant du personnel pour de légers retards à des réunions alors qu'il venait d'exercer ses fonctions de représentation auprès du personnel est discriminatoire.



Bon à savoir : Pour démontrer le caractère discriminatoire d'une sanction, il est utile d'observer si la procédure disciplinaire a été respectée (par exemple, notification de la sanction dans les deux mois à compter de la connaissance par l'employeur du fait fautif – art. L. 1332-4 C. trav.) et la chronologie existant entre la connaissance par l'employeur des activités syndicales du salarié et la sanction qui lui est notifiée.



Quels éléments rapporter pour établir le harcèlement discriminatoire ?

- Les courriels faisant état d'insultes ;
- Les témoignages ;
- Les photographies d'un isolement physique dans un bureau non conforme, d'insultes placardées sur le matériel de la victime ou de toute dégradation de celui-ci. Ce peut être aussi des photographies de panneaux d'information ;
- Des courriers faisant état d'une rétrogradation et/ou d'un changement d'affectation, etc.
- Les courriers de notification de sanctions disciplinaires infondées et, le cas échéant, un courrier de la victime les contestant en faisant le lien avec ses activités syndicales ;
- Les constats de l'inspection du travail.

- **Les refus de formation**

Les refus de formation qualifiants sont le corollaire de la discrimination syndicale dans l'évolution de carrière et peuvent également être constitutifs d'un harcèlement en raison de l'activité militante du salarié. De fait, en étant exclu des formations lui permettant de développer ses compétences, un salarié qui a une activité militante n'est pas à même de progresser dans son emploi et même au sein de l'entreprise à l'instar de toute autre salarié.



CA Nîmes, 04-07-2017, RG n° 15/04304 : Est victime d'une discrimination syndicale, le membre du CSCHT et de la délégation unique du personnel qui n'a bénéficié d'aucune formation malgré ses demandes répétées formulées dans le cadre des entretiens individuels d'évaluation et que son prédécesseur sur le poste avait, quant à lui, reçu une formation adéquate.



Bon à savoir : Cass. soc., 1^{er} juin 2004, pourvoi n° 01-47.239 : Il appartient à l'employeur de proposer au salarié des formations et il ne peut, pour arrêter ses décisions à cet égard, prendre en considération l'exercice d'une activité syndicale. Il ne peut donc invoquer le manque de disponibilité d'un représentant du personnel pour l'exclure du plan de formation.



Quels éléments rapporter pour établir cette discrimination ?

- Les évaluations ;
- Les courriers ou courriels de demande de formation ;
- Les courriers ou courriels de refus de formation ;
- Les témoignages ;
- Les constats de l'inspection du travail.

3) La carrière et la rémunération : la méthode Clerc

Une moindre évolution de la rémunération et/ou de la carrière professionnelle du salarié ayant des activités syndicales que ses collègues occupant les mêmes fonctions, mais n'ayant pas d'activité militante, est **une forme récurrente de discrimination syndicale** ⁵⁹.

Il ressort du 12^{ème} baromètre OIT/DDD précité que 51% des personnes exerçant ou ayant exercé une activité syndicale déclarent que cette activité a représenté un frein dans leur évolution professionnelle (en termes de qualification, d'avancement, de grade...). En matière d'évolution de leur rémunération, 44% d'entre elles considèrent que leur activité syndicale a été bloquante ⁶⁰.

Concernant la discrimination salariale, elle peut se manifester à l'égard de toutes les composantes de la rémunération, à savoir « *le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum et tous les autres avantages et accessoires payés, directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au salarié en raison de l'emploi de ce dernier* » (art. L. 3221-3 C. trav.). Au-delà du **salaire de base**, sont donc susceptibles de fonder une discrimination **la part variable de la rémunération, les primes, les avantages en nature**, le paiement des heures supplémentaires, etc.

⁵⁹ Cass. soc., 26 janvier 2010, pourvoi n° 08-44.937 ; Cass. soc., 22 janvier 2008, pourvoi n° 06-44.802 ; Cass. soc., 4 novembre 2000, pourvoi n° 97-44.846 ; Cass. soc., 26 novembre 2014, pourvoi n° 13-20.855 ; Décision DDD n° 2014-113, du 4 septembre 2014 ; Décision DDD 2012-156 du 20 novembre 2012 .

⁶⁰ V. 12^{ème} Baromètre OIT/DDD de la perception des discriminations dans l'emploi, page 16.



Bon à savoir : Cass. soc., 6 juillet 2010, pourvoi n° 09-41.354 ; Cass. soc., 18 déc. 2013, pourvoi n° 12-20.613

L'employeur doit adapter la charge de travail des salariés en fonction des seules heures consacrées à leurs obligations contractuelles et faire en sorte que l'exercice de mandats représentatifs n'ait aucune incidence défavorable sur leur rémunération.

La discrimination est établie si, à partir du moment où le salarié a pris ses fonctions syndicales, sa rémunération et/ ou son évolution ont stagné soit par rapport à sa situation antérieure, soit par rapport à d'autres salariés de l'entreprise placés dans une situation identique. L'analyse du panel de comparaison, tel que défini précédemment, prend donc toute son importance pour faire émerger la discrimination.

Les critères jurisprudentiels d'élaboration d'un panel de comparaison pertinent. La Cour de cassation a identifié un certain nombre de conditions objectives pour la réalisation d'un panel de comparaison pertinent, c'est-à-dire permettant une reconstitution fidèle d'un parcours professionnel ordinaire.

Critères de comparaison. Il convient de comparer la situation du salarié qui s'estime victime d'une discrimination à celle de salariés placés dans une situation comparable, laquelle s'entend comme celle des salariés qui :

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



Jurisprudence. Ces critères précis de comparaison ont été définis par la Cour de cassation dans plusieurs arrêts de principe : Cass. soc., 4 juillet 2000, pourvoi n° 98-43.285 ; Cass. soc., 28 juin 2006, pourvoi n° 04-46.419 ; Cass. soc., 2 juillet 2014, pourvois n°s 12-24.175 et autres ; Cass. soc., 22 octobre 2014, pourvoi n° 13-18.362 ; Cass. soc., 24 octobre 2012, pourvoi n° 11-12.295 ; Cass. soc., 7 novembre 2018, pourvoi n° 16-20.759 ; Cass. crim, 9 novembre 2004, n° 04-81.397).

Pièces nécessaires à la comparaison. Pour réaliser un panel pertinent, il faut au préalable recueillir un certain nombre de données qu'il faudra renseigner (le plus généralement sous forme de tableau Excel, dont il conviendra ensuite de croiser les résultats sous forme de graphique, faisant apparaître les courbes d'évolution de carrière ou de rémunération).

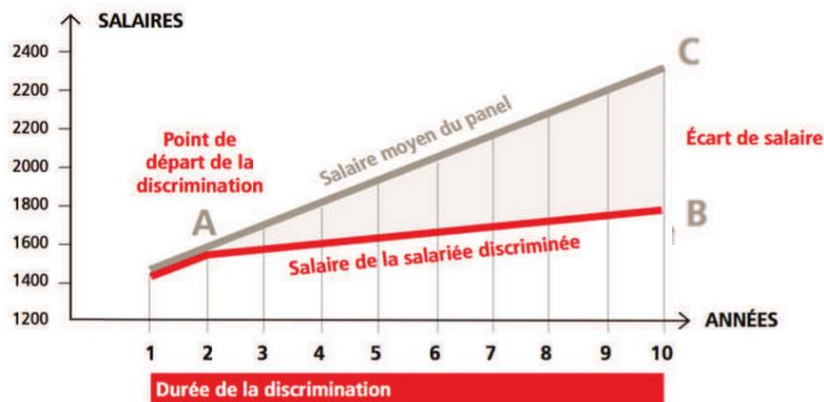
Il s'agit de :

- Une liste des personnes occupant un poste similaire et embauchées à des dates proches, avec un niveau de diplôme équivalent (à défaut, il convient de consulter le registre unique du personnel pour obtenir cette information) ;
- Les contrats de travail des comparants (pour voir la date, la qualification et la classification des intéressés à l'embauche) ;
- Le montant de leur rémunération au 31 décembre de chaque année depuis l'embauche jusqu'à l'année précédant celle à laquelle la comparaison est effectuée (il est possible de distinguer la part fixe et la part de rémunération variable au besoin).



Bon à savoir : Lorsqu'un panel de comparaison est élaboré, il convient de calculer le différentiel entre le traitement de celui qui allègue la discrimination avec le traitement moyen de l'échantillon de référence. Ce calcul se fait selon une « *méthode triangulaire* » ou encore dite « *méthode de triangulation* », en ce qu'elle est réalisée sur le modèle de l'aire d'un triangle A-B-C : A représente la date d'apparition de la différence de traitement, B le traitement du salarié au point final de la comparaison et C le traitement des salariés comparants à cette même date. La discrimination est

alors démontrée lorsque la comparaison au point final C fait état d'une disparité. Elle est enfin quantifiée par le différentiel entre le niveau de positionnement et de rémunération de la victime et le niveau moyen de ses comparants.



Quels éléments rapporter pour établir une discrimination dans l'évolution de carrière/de rémunération ?

- Le panel de comparaison ;
- Les témoignages ;
- Les évaluations ;
- Les courriers ou courriels refusant toute augmentation de salaire ou faisant état d'une privation d'un élément de rémunération ;
- Les comptes rendus des entretiens de fin de mandat ;
- Les courriers ou courriels refusant toute augmentation, promotion ou avancement ;
- Les comptes rendus des entretiens de fin de mandat ;
- Les constats de l'inspection du travail ;
- Eventuellement, les bilans sur l'évolution professionnelle qui peuvent être prévus par accord d'entreprise.



Bon à savoir : La Garantie légale d'évolution salariale : Les représentants du personnel et syndicaux dont le nombre d'heures de délégation sur l'année dépasse 30 % de leur durée de travail doivent bénéficier d'une évolution de leur rémunération au moins égale, sur toute la durée de leur mandat, aux augmentations générales et à la moyenne des augmentations individuelles perçues pendant cette période par les salariés relevant de la même catégorie professionnelle et dont l'ancienneté est comparable ou, à défaut de tels salariés, de celles perçues dans l'entreprise (art. L 2141-5-1 C. trav).

4) Les mesures de représailles pour avoir dénoncé des faits de discrimination

Interdiction des mesures de représailles à l'encontre des salariés agissant pour dénoncer leur situation de discrimination syndicale. Au terme de l'article L.1134-4 alinéa 1^{er} du code du travail, est nul et de nul effet le licenciement d'un salarié faisant suite à une action en justice engagée par ce salarié ou en sa faveur sur le fondement des dispositions du Code du travail relatives aux discriminations, lorsqu'il est établi que le licenciement n'a pas de cause réelle et sérieuse et constitue en réalité une mesure prise par l'employeur en raison de cette action en justice.

Interdiction des mesures de représailles à l'encontre des salariés ayant dénoncé une situation de discrimination au sein de l'entreprise. Au terme de l'article L. 1132-3 du code du travail, aucun salarié ne peut faire l'objet d'une mesure de représailles de la part de l'employeur « *pour avoir témoigné de faits de discrimination* ».

En conséquence, tous les représentants du personnel ou salariés s'impliquant dans la défense des victimes de discrimination au sein de l'entreprise sont protégés contre toute mesure visant à affecter l'exécution de leur contrat de travail, voir leur contrat de travail lui-même.

5) Les discriminations syndicales ayant pour conséquence la rupture du contrat de travail

Les discriminations syndicales peuvent parfois aller jusqu'à la rupture du contrat de travail lorsqu'un employeur cherche à évincer purement et simplement un salarié jugé trop revendicatif. Ainsi, un employeur peut se prévaloir d'un licenciement pour motif personnel, pour faute, pour motif économique, contraindre un salarié, ayant une activité militante et/ou de représentation du personnel, à signer une rupture conventionnelle⁶¹ ou encore le mettre à la retraite d'office.

Dans ce cas, il convient de montrer que les griefs formulés à l'encontre de l'intéressé ne reposent pas sur des motifs réels et sérieux, et qu'il existe une concomitance entre l'engagement ou les revendications d'un salarié et la procédure de licenciement à son encontre.

Pour les porteurs de mandat, l'inspection du travail réalise un contrôle sur la pertinence des motifs invoqués par leur employeur lorsque ceux-ci formulent une demande d'autorisation de licenciement, en application des règles du statut protecteur⁶².

Le principe de séparation des pouvoirs implique qu'en présence d'une autorisation administrative de licenciement d'un salarié protégé, le juge judiciaire ne peut pas apprécier le caractère réel et sérieux du licenciement. Toutefois, il reste compétent pour apprécier les manquements de l'employeur antérieurs au licenciement et relevant de matières qui n'ont pas été nécessairement contrôlées par l'autorité administrative⁶³.



Cass. soc., 17 mars 1999, pourvoi n° 97-45.555 : Commet une discrimination l'employeur qui, initie une procédure de licenciement à l'encontre d'un salarié juste après avoir appris que celui-ci est un porteur de mandat.



Décision DDD n°2015-4, du 19 janvier 2015 : La multiplication des demandes d'autorisation de licencier un salarié protégé, toujours rejetées par l'inspection du travail caractérisent un harcèlement discriminatoire.



Quels éléments rapporter pour établir cette discrimination ?

- Les évaluations professionnelles avant la mesure de licenciement ;
- Les courriers ou courriels de félicitations précédemment à la mesure de licenciement ;
- Les constats de l'inspection du travail ;

⁶¹ CA Nîmes, 17 janvier 2017, RG n° 13/04880.

⁶² Sur celui-ci, v. *supra* p. 4.

⁶³ Cass. soc., 29 mai 2019, pourvoi n° 17-23.028.

- La chronologie : la concomitance entre la procédure de licenciement avec l'engagement du salarié dans l'exercice de fonctions représentatives ;
- Les témoignages ;
- Tout élément de nature à démontrer le caractère infondé du motif invoqué par l'employeur à l'appui de son licenciement.

6) Les discriminations systémiques

Des cumuls de discrimination. Au-delà de la discrimination individuelle subie par un salarié en raison de son activité syndicale au sein de l'entreprise, il est important d'analyser si cette dernière ne met pas en lumière une discrimination touchant plus généralement tous les salariés militants ou engagés ou encore ceux appartenant au même syndicat. Il s'agit de ce que l'on appelle la discrimination systémique.

Cette notion a été définie par Madame PECAUT-RIVOLIER, conseillère à la chambre sociale de la Cour de cassation, comme une « *discrimination qui relève d'un système, c'est-à-dire d'un ordre établi provenant de pratiques, volontaires ou non, neutres en apparence, mais qui donne lieu à des écarts de rémunération ou d'évolution de carrière entre une catégorie de personnes et une autre ...* ». Elle soulignait que « *cette discrimination systémique conjugue quatre facteurs : les stéréotypes et préjugés sociaux, la ségrégation professionnelle dans la répartition des emplois entre catégories, la sous-évaluation de certains emplois, la recherche de la rentabilité économique à court terme. La particularité de la discrimination systémique étant qu'elle n'est pas nécessairement consciente de la part de celui qui l'opère. A fortiori, elle n'est pas nécessairement décelable sans un examen approfondi des situations par catégories* »⁶⁴.

L'intérêt de cette qualification est de permettre de caractériser un cumul de discriminations, à la fois directes et indirectes envers un groupe stigmatisé, que seraient les salariés ayant une activité syndicale, qui se caractériseraient par de comportements visant à les exclure ou à les défavoriser de manière volontaire ou non, mais perpétuant des stéréotypes ancrés.

Il peut en être ainsi des salariés élus ou mandatés qui, en raison du temps de délégation qu'ils consacrent à la représentation du reste du personnel, subissent des représentations négatives du fait de leur engagement. Il leur est notamment fait grief de leur manque de disponibilité⁶⁵.

⁶⁴ L. PECAUT-RIVOLIER, *Lutter contre les discriminations au travail*, id., p. 27 et 28.

⁶⁵ V. Rapport CESE, *Repérer, prévenir et lutter contre les discriminations syndicales*, préc. p. 29 et 30.

IV. Les recours contre les discriminations syndicales

Une fois que le salarié victime détient les éléments nécessaires pour constituer son dossier, il existe des recours amiables préalables au contentieux puis des recours judiciaires pour faire valoir ses droits. Il convient toutefois de préciser, dans le cadre de ces voies de recours, les règles de prescription applicables en la matière et les chefs de préjudice pouvant être sollicités.

1) La médiation

Le salarié et l'employeur peuvent également décider de régler leur litige à l'amiable, via une médiation conventionnelle ou judiciaire.

- ✓ **La médiation conventionnelle et la procédure participative.** Avant tout contentieux, les parties peuvent faire appel à un tiers choisi par leurs soins et justifiant des qualifications requises pour traiter le différend, via une médiation conventionnelle. Cette dernière peut donner lieu à un accord, homologué par le conseil de prud'hommes, lui apportant ainsi force exécutoire.

Conformément à l'article 1530 du code de procédure civile, elle est dite « conventionnelle », lorsqu'elle correspond à un « *processus structuré, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence* ».

Il est également possible pour chaque partie d'avoir recours à un avocat amené à défendre leurs prétentions respectives afin de trouver une solution amiable, il s'agit de la procédure participative.

Les dispositions de l'article 2062 du code civil la définissent comme : « *La convention par laquelle les parties à un différend s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend ou à la mise en état de leur litige. Cette convention est conclue pour une durée déterminée.* » L'article 2065 du même code précise que tant qu'elle est en cours, la procédure participative rend irrecevable tout recours judiciaire.

En cas d'échec de ces deux modes de médiation préalable au contentieux, la médiation peut également intervenir après saisine du juge.

- ✓ **La médiation judiciaire.** L'article R. 1471-2 prévoit que « *Le bureau de conciliation et d'orientation ou le bureau de jugement peut, quel que soit le stade de la procédure :*
1° Après avoir recueilli l'accord des parties, désigner un médiateur afin de les entendre et de confronter leurs points de vue pour permettre de trouver une solution au litige qui les oppose ;
2° Enjoindre aux parties de rencontrer un médiateur qui les informe sur l'objet et le déroulement de la mesure. »

Le bureau de conciliation et d'orientation ou le bureau de jugement, après accord des parties, peut ainsi désigner un médiateur afin de permettre aux parties de trouver une solution au litige qui les oppose.

Cette médiation judiciaire est régie par les dispositions générales des articles 131-1 à 131-15 du code de procédure civile. Il est rappelé en particulier que cette médiation judiciaire ne peut excéder trois mois, renouvelable une fois pour la même durée.

Chacun des bureaux précités peut également enjoindre aux parties de rencontrer un médiateur qui les informe sur le déroulement de la mesure. L'objet de cette injonction est de permettre de lever les réticences d'une ou des parties sur une mesure de médiation, suite aux éléments fournis par le médiateur lors de cette séance d'information. Cela peut permettre au conseil de prud'hommes de désigner un médiateur dans un litige où il l'estime opportun.

Cette procédure de désignation judiciaire d'un médiateur est de plus en plus souvent devant les cours d'appel en matière sociale, la cour d'appel de Paris y ayant recours parfois même alors que l'affaire est en état d'être plaidée.

2) Les recours judiciaires

- ✓ **Au pénal : dépôt de plainte et mise en œuvre de l'action publique.** Comme vu précédemment concernant les modes de preuve au civil et au pénal, un salarié s'estimant victime de discrimination syndicale peut décider de son mode d'action selon la nature des faits et les éléments de preuve dont il dispose.

Le dépôt de plainte permet à la victime de signaler les faits à la justice en vue de sanctionner l'auteur et d'obtenir réparation de son préjudice. La plainte se dépose dans un commissariat, une brigade de gendarmerie ou directement auprès du Procureur de la république. Pour pouvoir être indemnisée, la victime doit, en plus de sa plainte, se constituer partie civile.

Le Procureur de la république peut demander à ce que les services de police ou de gendarmerie réalisent une enquête préliminaire. A l'issue de cette dernière, il peut classer l'affaire sans suite, proposer des mesures alternatives ou engager des poursuites.



Bon à savoir : - Il existe des modèles de plainte en ligne auprès du Procureur de la république, ainsi que de pré-plaintes :

https://www.service-public.fr/simulateur/calcul/Porter_plainte

<https://www.pre-plainte-en-ligne.gouv.fr/>

- ✓ **Au civil : la saisine du conseil de prud'hommes.** Le conseil de prud'hommes étant la juridiction naturelle des litiges nés du contrat de travail, le salarié, victime d'un traitement discriminatoire dans le cadre de son emploi, saisit cette juridiction paritaire par requête remise ou adressée au greffe.

Cette requête comporte des mentions obligatoires à peine de nullité et notamment un exposé sommaire des demandes ainsi que les pièces en justifiant (art. R.1452-2 du code du travail). Le formalisme en matière de saisine du CPH s'est alourdi ces dernières années, avec pour objectif de raccourcir les délais de procédure et d'éviter les renvois d'audience.

L'employeur est ensuite informé de la saisine par convocation par lettre RAR comprenant un exposé de la demande et les pièces.

S'en suivent alors les deux phases du procès prud'homal à savoir la conciliation et le jugement. Si les conseillers prud'hommes siégeant à l'audience ne parviennent pas à aboutir à un consensus sur le dossier, le dossier sera présenté à un juge départiteur qui statuera sur le litige.

Au terme du procès, le salarié se voit notifier le délibéré, à savoir la décision judiciaire, assortie de la date de notification effective du jugement.



Attention : Les délais devant les conseils de prud'hommes sont très variables selon les zones géographiques. Il n'en demeure pas moins que le nombre de demandes de renvois sollicité par les parties restent très élevées et sont souvent accordées par les conseillers prud'hommes dans un souci de respect du principe de contradictoire. Les demandes de renvoi répétées peuvent toutefois représenter une véritable stratégie de l'employeur pour décourager le salarié à faire valoir ses droits.

- ✓ **L'action de groupe.** Une action de groupe en matière de discrimination dans l'emploi est désormais possible lorsque plusieurs personnes font l'objet d'une discrimination directe ou indirecte fondée sur un motif imputable à une même personne. Elle découle des articles L. 1134-7 et suivants du code du travail a été créée par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

Elle peut être introduite par une organisation syndicale de salariés représentative au sens des articles L. 2122-1, L. 2122-5 ou L. 2122-9 du même code.

L'action de groupe engagée pour la défense des intérêts de plusieurs salariés ne peut être introduite qu'à l'expiration d'un délai de six mois à compter de la demande tendant à faire cesser la situation de discrimination collective alléguée, ou à compter de la notification par l'employeur du rejet de la demande. L'irrespect de ce délai est une cause d'irrecevabilité que le juge peut soulever d'office.

Elle a donc deux objectifs : la cessation du manquement constaté et l'étendue de la responsabilité de l'employeur.

Le juge peut ordonner, une fois le manquement constaté et après avoir déterminé le degré de responsabilité de l'employeur mis en cause, des mesures de nature à faire cesser ce manquement.

Lorsque l'action de groupe tend également à la réparation des préjudices subis, le juge statue sur la portée de la responsabilité de l'employeur défendeur. Dans ce cas, il définit le groupe de personnes à l'égard desquelles la responsabilité du défendeur est engagée en fixant des critères de rattachement à ce groupe, puis détermine les préjudices susceptibles d'être réparés pour chacune des catégories de personnes membres du groupe.

Ensuite, il fixe le délai dans lequel les personnes répondant aux critères de rattachement peuvent se prévaloir du jugement sur la responsabilité et adhérer au groupe en vue d'obtenir réparation de leur préjudice ⁶⁶. Enfin, pour que ces derniers en soient informés, le juge ordonne au défendeur les mesures de publicité adaptées.

⁶⁶ Art. 66 *in fine*, loi n° 2016-1547, du 18 novembre 2016, préc.

3) Les règles de prescription

- **Au civil**

L'action en réparation en matière de discrimination dispose que « *l'action en réparation du préjudice résultant d'une discrimination se prescrit par cinq ans à compter de la révélation de la discrimination* » et que « *ce délai n'est pas susceptible d'aménagement conventionnel* », issue de l'article L.1134-5 du code du travail. Le délai dans lequel le salarié peut agir pour faire reconnaître la discrimination dont il s'estime victime est donc d'ordre public.

Il convient donc de prendre en compte comme point de départ de la prescription la « *révélation* » de la discrimination par le salarié qui s'entend par la mise en lumière du sens discriminatoire d'une situation, dont il pouvait avoir une certaine prescience sans être en capacité de mesurer l'étendue. Elle suppose la détention par le salarié d'informations de qualité, lui permettant d'apprécier la réalité et l'étendue de la discrimination et du préjudice subi.

Au soutien de son action, le salarié peut produire des éléments antérieurs à cette date afin de faire valoir ses droits, surtout lorsque la discrimination subie a pour effet de créer pour lui un désavantage continu en termes d'affectation, de salaire ou lorsque des agissements de harcèlement sont invoqués. La discrimination suppose alors des actes répétés avec des conséquences qui s'échelonnent dans le temps ⁶⁷.

- **Au pénal :**

La discrimination étant un délit, l'article 8 du code de procédure pénale prévoit que l'action se prescrit par six années révolues à compter du jour où l'infraction a été commise.

4) Les préjudices résultant de la discrimination syndicale pouvant être réparés

Des dommages et intérêts sont toujours alloués pour réparer le préjudice moral causé par l'atteinte à la dignité qu'implique la discrimination ⁶⁸, même lorsque sa réparation se fait principalement en nature. Comme le rappellent les cours d'appel, « *le sentiment d'injustice et le traitement inéquitable sont à l'origine d'un préjudice moral distinct devant lui aussi faire l'objet d'une réparation* ⁶⁹ ». La discrimination « *est source d'un préjudice moral très vif [devant] être compensé* ⁷⁰ ».

Aussi, les juges du fond réparent à ce titre non seulement « *le sentiment de dévalorisation* ⁷¹ », mais aussi « *la privation de la possibilité de reconnaissance professionnelle* ⁷² », tant « *dans*

⁶⁷ CA Paris, 31 janvier 2018, RG n° S 15/11920 (Pièce DDD n° 33). V. égal. DDD, décision n°2016-188, du 21 juillet 2016.

⁶⁸ V. en ce sens, CA Pau, 4 sept. 2012, RG n° 10/04765 ; CA Agen, 11 févr. 2014, RG n° 13/00532, ; CA Versailles, 12 févr. 2014, RG n° 11/02639. ; CA Versailles, 15 mai 2014, n° 13/00610 ; CA Paris, 16 oct. 2015, RG n° 13/03526, inédit.

⁶⁹ CA Paris, 16 juin 2011, RG n° 09/08065. V. égal. CA Lyon, 30 avr. 2015, RG n° 14/0174 : le salarié est fondé à demander réparation de son préjudice, essentiellement moral et distinct de la rupture de son contrat, occasionné par le comportement discriminatoire, car homophobe, de son employeur ; CA Douai, 29 janv. 2016, RG n° 15/00506 : « *indépendamment de l'indemnisation de la nullité de son licenciement, un salarié qui a subi un préjudice lié aux agissements vexatoires ou humiliants de son employeur, peut en obtenir réparation si celui-ci est distinct du préjudice réparé par l'allocation de dommages et intérêts pour licenciement nul et en lien avec une faute distincte de celle ayant entraîné la nullité du licenciement* ».

⁷⁰ CA Orléans, 24 janv. 2008, RG n° 04/01529.

⁷¹ CA Versailles, 5 mai 2015, RG n° 14/01541.

⁷² CA Nancy, 4 sept. 2009, RG n° 06/00848.

[l']entourage social que familial⁷³ », ou encore « le sentiment d'injustice généré par un traitement inéquitable de l'employeur [ayant un] caractère socialement intolérable⁷⁴ ».

Des dommages et intérêts distincts peuvent également être versés pour réparer par équivalent la perte de chance de bénéficier d'une promotion⁷⁵ ou réparer les préjudices résultant de la dégradation de l'état de santé, notamment au regard de l'obligation de sécurité à laquelle est tenu l'employeur, soit la perte de chance de rester en bonne santé⁷⁶.

Le salarié s'estimant victime de discrimination peut ainsi solliciter du conseil de prud'hommes de condamner son employeur ou un employeur potentiel à des dommages et intérêts visant à réparer le préjudice subi. Il en sera ainsi du refus d'embauche, des faits de harcèlement, de sanction abusive et disproportionnée, de licenciement nul, ou plus généralement de toute mesure discriminatoire pour lequel il demanderait une réparation financière.

Le principe de la réparation intégrale. La situation du salarié qui, en raison de ses activités syndicales, a subi un retard de carrière ou une stagnation salariale répond au principe de la réparation intégrale et se doit d'être analysé plus spécifiquement.

L'article L. 1134-5 du code du travail, indique que « *Les dommages et intérêts réparent l'entier préjudice résultant de la discrimination, pendant toute sa durée* ». Ce principe a d'abord été consacré par la Cour de justice⁷⁷, avant de l'être par la Cour de cassation (Cass. soc., 23 nov. 2005, n°03-40826 ; Cass. soc., 10 avril 2008, n°06-45821), et s'avère nécessaire pour assurer le respect du principe général de non-discrimination et la protection corrélative des droits fondamentaux, dont la liberté syndicale.

La réparation intégrale s'effectue par le biais d'une « *remise en l'état* », dont le principe est affirmé de longue date en droit français⁷⁸. Pour la Cour de cassation, « *la réparation intégrale d'un dommage oblige à placer celui qui l'a subi dans la situation où il se serait trouvé si le comportement dommageable n'avait pas eu lieu. Le juge peut même alors ordonner le reclassement d'un salarié victime d'une discrimination prohibée* »⁷⁹.

En toute hypothèse, la condamnation de l'employeur à repositionner le salarié dont la discrimination a entravé l'évolution de carrière est toujours complétée par une réparation financière, correspondant à la rémunération qu'il aurait dû percevoir en l'absence de discrimination et à son préjudice moral⁸⁰. Plusieurs chefs de préjudice résultent d'une discrimination affectant la carrière et la progression salariale.

Il faut premièrement identifier le préjudice lié au ralentissement ou à la stagnation du représentant du personnel, dont le repositionnement, ou le calcul de la réparation par équivalent, peut être opéré.

⁷³ CA Grenoble, 19 mai 2008, RG n° 07/01381.

⁷⁴ CPH Montluçon, 7 déc. 2015, RG n° 15/00079.

⁷⁵ CA Douai, 31 juillet 2007, RG n°06/00297.

⁷⁶ Cass. soc., 16 mars 2005, pourvoi n°03-42137.

⁷⁷ CJCE, 2 août 1993, Marshall c. Southampton, C-271/91.

⁷⁸ Cass. civ 2^{ème}, 28 octobre 1954, JCP, 1955, II, p.8765, obs. J. SAVATIER : « *Le propre de la responsabilité est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage, et de placer la victime, aux dépens du responsable, dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu* »

⁷⁹ Cass. soc., 4 juillet 2012, SNECMA c. Mme M., pourvoi n° 11-17522, en matière de discrimination sexuelle ; Cass. soc., 23 novembre 2005, n°03-40826 ; Cass. soc., 19 janvier 2011, pourvoi n°09-70076 ; Cass. soc., 2 juillet 2004, pourvoi n°12-24175, en matière de discrimination syndicale.

⁸⁰ V. CA Pau, 4 sept. 2012, RG n° 10/04765, inédit. – CA Agen, 11 févr. 2014, RG n° 13/00532, inédit. – CA Versailles, 12 févr. 2014, RG n° 11/02639. – CA Versailles, 15 mai 2014, n° 13/00610. – CA Paris, 16 oct. 2015, RG n° 13/03526, inédit.

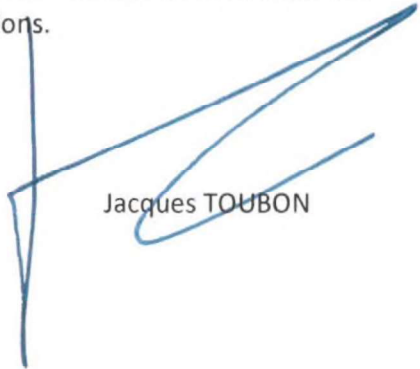
Ensuite, il en retire en plus du préjudice financier correspondant au manque à gagner par rapport au salaire qu'il aurait dû percevoir s'il avait été traité normalement, le versement de rappels de salaires et, le cas échéant, des accessoires de salaires (primes, indemnités, avantages en nature, etc.).

Dans la lignée de la jurisprudence fixant les conditions d'élaboration d'un panel de comparaison objectif pour apprécier le caractère discriminatoire d'une évolution de carrière et de salaire, une majoration de 30% du préjudice financier est admise pour compenser la perte pension de retraite ⁸¹.

Enfin, il est important de rappeler qu'il convient de prouver les dommages dont il est demandé réparation, par la production de justificatifs. Leur simple allégation ne permet pas au juge de constater leur existence.

Au vu des développements du présent mémento, il est important que les acteurs de la lutte contre toute forme de discrimination syndicale s'emparent de ce type d'outil détaillant dispositions légales, moyens de preuve et recours pour que les multiples différences de traitement envers cette catégorie de salariés, engagés pour le collectif de travail, cessent.

Tels sont les conseils du Défenseur des droits afin d'apporter aux salariés victimes de discrimination syndicale pouvant servir de cadre juridique à l'appui de leurs réclamations.



Jacques TOUBON

⁸¹ CA Agen, 11 février 2014, RG n°13/00532 ; CA Paris, 19 février 2009, RG n°07/03072 ; CA Paris, 16 décembre 2008, RG n°07/03680.