

1. Les discriminations syndicales constituent un mal insupportable pour nos entreprises ; mal qui consiste à faire taire la contestation quand bien même elle serait constructive, voire vitale pour l'entreprise.

Stratégie patronale, véritable mode de gestion, pour les uns, qui constatent que le taux de syndicalisation dépassait 20% des salariés durant les années 70, alors qu'aujourd'hui le taux de syndicalisation est en-dessous de 10% ; il s'agirait d'une simple erreur pour les autres, notamment lors de discrimination indirecte que pourraient être amenées à faire les entreprises sans le savoir.

Au delà des divergences de vue, certains s'accordent, aujourd'hui, pour prévenir un contentieux voué se développer, à défaut d'action concertée et collective.

Rappelons que le préambule constitutionnel dispose que :

- *"Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix".*

C'est la Loi du 21 mars 1884 a reconnu, aux travailleurs, le droit de se regrouper au sein d'une organisation syndicale.

Il a fallu attendre la Loi du 27 avril 1956 pour que les discriminations syndicales soient interdites clairement par le législateur.

La Loi du 4 août 1982 viendra, alors, réprimer, pénalement, les discriminations.

Enfin, c'est la Loi du 16 novembre 2001 qui viendra aménager le régime probatoire.

Qu'est-ce qu'une discrimination ?

La discrimination consiste à distinguer un groupe de personnes des autres, et à lui appliquer un traitement spécifique.

Les contours de la notion de discrimination syndicale sont étendus.

En effet, la discrimination syndicale est perçue comme une notion large qui inclut toute discrimination, qui trouve son fondement non seulement dans l'activité syndicale proprement dite (délégué syndical, représentant syndical) et dans l'appartenance à un syndicat, mais aussi dans la fonction de représentant du personnel (membre du CE ou membre du CHSCT).

Le contentieux de discriminations syndicales s'établit par son caractère succinct jusqu'au début des années 1990.

Plusieurs raisons :

La vision tronquée de l'activité de syndicaliste, par certains salariés qui, endurés et sincères, ont considéré durant de nombreuses années, que leur activité impliquait inéluctablement des sacrifices professionnels,

A cela s'est également ajouté le régime probatoire qui, jusqu'au 28 mars 2000 (arrêt de la Cour de cassation FLUCHERE C/ SNCF), obligeait le demandeur et par là même le salarié, à rapporter la preuve de la discrimination syndicale invoquée.

Aujourd'hui, un constat s'impose : le contentieux de la discrimination syndicale est voué à se développer.

I. LE DROIT DE LA PREUVE EN MATIERE DE DISCRIMINATION SYNDICALE : UN DROIT EN MOUVEMENT

Le droit de la preuve, en matière de discrimination syndicale, a évolué s'adaptant à la diversité des discriminations syndicales.

A. LA TYPOLOGIE DES DISCRIMINATIONS SYNDICALES

* A titre préliminaire, rappelons que les discriminations peuvent intervenir à tous les stades du contrat de travail :

- lors de l'embauche par le biais de questionnaires. Cette situation reste, néanmoins, exceptionnelle pour des raisons pratiques.
- lors de l'exécution du contrat de travail, par le biais de mesures d'isolement, mutation, de stagnation de carrière, de sanction disciplinaire...

Exemple : en matière de mesures d'isolement, les salariés protégés doivent pouvoir rester en contact avec les autres travailleurs et il est constaté une discrimination lorsqu'un délégué syndical est affecté dans un local isolé où il devait travailler seul avec des horaires différents du reste du personnel.

Concernant les mutations, rappelons qu'en vertu d'une jurisprudence constante, qui interprète de façon extensive l'article L. 436-1 du code du travail, aucune modification de son contrat de travail ou changement des conditions de travail ne peut être imposée à un salarié protégé. Si le salarié refuse la modification ou le changement, l'employeur doit alors engager une procédure de licenciement en sollicitant l'autorisation à l'inspecteur du travail. (Cass Soc 6 avril 1999 n°97-40.499), l'absence de protestation ou la poursuite de l'activité aux nouvelles conditions ne valant pas acceptation tacite (Cass Soc 13 janvier n°97-41.519) ; peu importe que la modification

ait été prévue par le contrat ou la convention collective (Cass Soc 18 décembre 2002 n°00-44.860).

Le pouvoir du juge administratif n'est pas limité par le constat d'un acte de discrimination.

Le licenciement ne sera pas possible si, par exemple, le changement des conditions de travail fait obstacle à l'exercice normal des fonctions représentatives. (CE 29 décembre 2000 n°207613 concernant une mutation à l'étranger en application d'une clause contractuelle de mobilité).

Plus précisément, l'inspecteur du travail doit vérifier que les nouvelles conditions de travail proposées sont compatibles avec les "*exigences propres à l'exécution normale du mandat dont l'intéressé est investi*" (Circulaire ministérielle DRT n°03/2000 du 1er mars 2000).

La décision de l'employeur doit être étrangère au mandat détenu par l'intéressé et ne doit pas avoir d'impact sur son exercice.

- Lors de la rupture du contrat de travail en procédant au licenciement de l'intéressé, le juge pourra apprécier, alors, la coïncidence entre une prise de fonction syndicale et un licenciement.

* les discriminations directes / les discriminations indirectes :

L'article L122-45 du code du travail condamne les discriminations directes et indirectes sans pour autant définir ces notions.

C'est le droit communautaire, et notamment par plusieurs directives prises, d'abord en matière d'égalité de traitement entre hommes et femmes (Directive 97/80 du 15/12/1997) puis en matière d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (Directive 2000/43 du 29/06/2000) qui a défini la notion de discrimination indirecte.

Selon les plus récentes directives, "une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une race ou d'une origine ethnique données par rapport à d'autres personnes, à moins que cette

disposition, ce critère ou cette pratique ne soient objectivement justifiés par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires"

* les discriminations instantanées (sanctions disciplinaires) / les discriminations continues (carrière),

Tel est le cas en matière de sanctions disciplinaires discriminatoires : le fait de ne sanctionner, dans le cadre d'un mouvement de grève, que le seul délégué syndical ou la suppression collective d'une prime à la suite de la création d'une section syndicale.

Autre exemple dans le cadre de la carrière : La brusque stagnation de carrière, jusqu'alors brillante, du salarié sans autre raison objective que son appartenance syndicale ou le fait d'écarter la candidature à un poste d'avancement d'un salarié en invoquant un manque de disponibilité consécutif à sa fonction syndicale.

* les discriminations individuelles / les discriminations collectives

Rappelons à cette fin, qu'un employeur ne peut refuser d'inviter à une table de négociation une organisation syndicale puis, signer et tenter

d'appliquer un accord liant des organisations syndicales choisies par le chef d'entreprise. (Cass Soc 10 mai 1995, Droit ouvrier 2001 p 361).

* les discriminations volontaires / les discriminations involontaires

Le cas typique de discrimination involontaire serait celui du salarié mandaté à 100% (comme le permanent syndical) qui n'a pas d'activité professionnelle et dont la progression de carrière n'est pas réalisée, simplement parce que la hiérarchie immédiate n'imagine pas que ce type de salarié ait vocation à en bénéficier. (Semaine sociale LAMY n°1191, entretien avec Yasmine Tarasewicz, Discrimination : la parole aux entreprises).

* les discriminations simples / les discriminations complexes, subtiles

C'est le cas de la création d'une coquille vide, c'est-à-dire une société n'ayant pas d'activité et pas vocation à en avoir, intégrant tous les syndicalistes, et qui déposera le bilan.

Ce peut-être aussi le cas de mise en place de discriminations au sein d'un même syndicat entre les délégués syndicaux permanents et les autres délégués syndicaux de l'entreprise avec un avantage non négligeable : favoriser l'éclatement du syndicat...

(Cass Soc 25 juin 2002 n°99-42.909 et n°99-42.910 concernant le syndicat FO)

Certaines formes, malheureusement, restent encore à étrenner...

B/ L'EVOLUTION DU REGIME PROBATOIRE

Il convient de rappeler qu'initialement, c'est l'article 1315 du Code Civil qui s'appliquait, c'est-à-dire qu'il appartenait au demandeur, salarié, de rapporter la preuve de la discrimination syndicale subie.

Les procédures étaient peu nombreuses et, généralement, aboutissaient à un échec.

La directive 97/80 du 15 décembre 1997 du conseil de l'Union Européenne va favoriser l'évolution du droit de la preuve, en matière de discrimination en raison du sexe.

Par une Directive 97/80 du 17 décembre 1997, du conseil des ministres du travail et des affaires sociales, les états membres ont été invités à prendre *"les mesures nécessaires afin que, dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et a établi, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement"* (article 4 paragraphe 1 de la Directive).

Les états membres avaient, à cette époque, jusqu'au 1er janvier 2001 pour transposer cette directive.

Sans attendre l'intervention du législateur, la cour de Cassation va prendre ses responsabilités :

La Cour de Cassation, par un arrêt SEILLIER/COMMISSARIAT DE L'ENERGIE ATOMIQUE du 23 novembre 1999 (Bull V n°447 p329) sur une discrimination fondée sur le sexe, a considéré : *"il appartient au salarié qui se prétend lésé par une mesure discriminatoire de soumettre, au juge, des éléments de fait susceptibles de caractériser une atteinte au principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes et il incombe à l'employeur, s'il conteste le caractère discriminatoire de cette mesure, d'établir que la disparité de situation, ou la différence de rémunération constatée, est justifiée par des critères objectifs, étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe"*.

Cette position sera confirmée, en matière de discrimination syndicale, par un arrêt FLUCHERE/SNCF en date du 28 mars 2000 (Bull V n°126 p95) par lequel la Cour de cassation va estimer que : *"S'il appartient au salarié syndicaliste, qui se prétend lésé par une mesure discriminatoire, de soumettre au juge les éléments de fait susceptibles de caractériser une atteinte au principe de l'égalité de traitement, il n'incombe pas à celui-ci de rapporter la preuve de la discrimination syndicale, mais à l'employeur d'établir que cette disparité est justifiée"*

par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination fondée sur l'appartenance syndicale".

La position de la cour de Cassation sera, alors, maintenue (MAURY/SOVAD et société VERDOME/GISBERT du 4 juillet 2000 et société L'OREAL/HANAFI du 10 octobre 2000).

Le législateur interviendra, enfin, par une Loi en date du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations.

L'alinéa 4 de l'article L122-45 prévoit, à présent, que le salarié qui s'estime victime d'une discrimination, présente au juge des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Au vu de ces éléments, il appartient à l'employeur de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.

1ère observation : La charge de la preuve n'est pas renversée, elle est répartie : le salarié syndicaliste ne doit que présenter au juge les

éléments de fait relatifs à la différence de traitement tandis que l'employeur doit prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs.

2de observation : la référence à la notion de discrimination indirecte permet de sanctionner l'effet discriminatoire sans rechercher l'intention dolosive.

3ème observation : le rôle accru du juge. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.

II. LE CONTENTIEUX DE LA DISCRIMINATION SYNDICALE : UN CONTENTIEUX VOUE A SE DEVELOPPER

Deux questions méritent d'être traitées, à savoir, le choix des actions et des procédures et la réparation du préjudice.

A/ LA DIVERSITE DES ACTIONS ET DES PROCÉDURES

a) les procédures pouvant être envisagées par l'intéressé, lui-même

1. Le salarié, considérant être discriminé, peut saisir le conseil de prud'hommes.

La charge de la preuve de la discrimination alléguée ne repose plus sur le salarié qui doit simplement fournir au juge des éléments de fait précis et concordant laissant supposer l'existence d'une discrimination.

Comment constituer un dossier de discrimination syndicale ?

L'intéressé devra faire un travail d'enquête pour comparer sa situation à celle de ses collègues.

- Dans un premier temps, il devra retracer son évolution syndicale puis son évolution professionnelle.

- Dans un deuxième temps : il conviendra, pour lui, de dresser une liste nominative des salariés ayant le même cursus, un âge voisin, une ancienneté quasi-identique avec une embauche au même niveau de formation ou de qualification et un coefficient identique.

- Dans un troisième temps : des éléments référents pourront être isolés pour mettre en lumière la différence de traitement.

Cela ne sera pas toujours facile, notamment au sein de petites structures.

L'intéressé pourra alors s'interroger :

L'augmentation salariale ou la prime refusée, l'avertissement, la mise à pied prononcée, découlent-ils d'une différence de traitement ?

Concernant l'un des cas les plus délicats, à savoir la discrimination intervenant dans le cadre du déroulement de carrière, ou relative au salaire, plusieurs outils devront être utilisés :

- le registre unique du personnel qui mentionne l'âge, l'ancienneté, le sexe, l'emploi, la qualification ... (Article R620-3 du code travail).

Une difficulté, néanmoins, le registre peut ne pas être à jour.

- Les listes électorales.

- Pour les salaires, il peut être étudié le document préparatoire aux négociations salariales qui permet de déterminer le salaire moyen.

Le maximum de pièces devra être regroupé pour attester du fait que le salarié connaît un traitement particulier : témoignages, graphiques, comparatifs...

Concernant les graphiques : ils devront laisser apparaître la "coïncidence" entre la date de l'activité syndicale et la stagnation de la carrière ou du salaire.

Rappelons que le salarié doit présenter les éléments de fait laissant apparaître l'existence d'une différence de traitement.

L'employeur, pour sa part, devra prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

Il le fera alors, dans le cadre d'une évolution de carrière contestée, en évoquant "*des critères objectifs de compétence professionnelle*".

Le bureau de conciliation pourra être saisi de certaines demandes : en vertu de l'article R516-18 du code du travail, le bureau de conciliation peut ordonner une mesure d'instruction, même d'office, afin que lui soient présentés les faits.

Un ou deux conseillers rapporteurs peuvent même être désignés.

La juridiction des référés peut, également, être saisie en vertu des dispositions des articles R 516-30 du Code du travail et R 516-31).

Le salarié, faisant l'objet de discrimination syndicale, a-t-il intérêt à saisir la juridiction pénale ?

La procédure pénale a, incontestablement, un effet dissuasif qui, de surcroît, peut entraîner une mauvaise publicité à l'entreprise avec des peines complémentaires d'affichage et de publication.

Cette action a, également, une valeur symbolique puisque l'intéressé se présente en qualité de victime tandis que l'employeur a la qualité de prévenu.

Une difficulté néanmoins : l'aménagement de la preuve initiée par la directive 97/80 du 15 décembre 1997 du conseil de l'Union Européenne n'a aucune répercussion sur le plan pénal et les dispositions L412-2 et L481-3 du code du travail et 225-1, 225-2, 225-3 du nouveau code pénal ne prévoit aucune répartition de la preuve.

On rappellera que :

- Les effets de la plainte pénale simple sont laissés à la discrétion du parquet qui peut, toutefois, engager une enquête préliminaire

- la plainte avec constitution de partie civile devant le doyen des juges d'instruction permet l'ouverture d'une information. Le juge d'instruction agit à charge et à décharge. La preuve ne repose donc sur aucune des parties.

- l'action pénale peut, également, être engagée par une citation directe. Cette action implique, alors, que la preuve de la discrimination soit établie par Partie civile. Ainsi, il revient à celle-ci de rapporter la preuve de l'infraction, et plus exactement de la discrimination et de l'intention coupable ; le doute profitant au prévenu.

L'action civile et l'action pénale peuvent se cumuler.

Toutefois, nous savons qu'il est sursis au jugement du Conseil de Prud'hommes tant que la juridiction pénale ne s'est pas prononcée. (Article 4 du Code de Procédure pénale - Remplacé, L. n° 2007-291, 5 mars 2007, art. 20).

Nous savons aussi, qu'après avoir saisi le conseil de prud'hommes, le salarié ne peut porter son action devant la juridiction répressive. (Article 5 du Code de Procédure pénale).

b) Les actions de tiers, utiles à l'intéressé

Des tiers au contrat de travail peuvent être amenés à saisir le conseil de prud'hommes ou la juridiction pénale.

1. Il peut s'agir du syndicat qui, en vertu de l'article L411-11 du Code du travail : *"Les syndicats professionnels peuvent, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent."*

Le syndicat peut même agir seul ou aux cotés du salarié, pouvant même se substituer à lui.

2. Le délégué du personnel peut, également, être amené à agir dans le cadre d'une discrimination syndicale, en vertu de l'article L422-1-1 qui dispose que : *"Dès lors qu'il constate une mesure discriminatoire, le délégué du personnel en saisit l'employeur. Ce dernier est alors tenu de procéder sans délai à une enquête avec le délégué et de prendre les dispositions nécessaires pour remédier à la situation. A défaut, le bureau de jugement du Conseil de Prud'hommes peut être saisi et statue selon les formes applicables au référé"*.

3. L'intervention de l'inspection du travail

La loi du 16 novembre 2001 a élargi les pouvoirs conférés aux inspecteurs du travail. Il peuvent désormais se faire communiquer tout document ou tout élément d'information, quel qu'en soit le support, utile à la constatation de faits susceptibles d'établir l'existence ou l'absence d'une méconnaissance des dispositions légales prohibant les discriminations. (Article L611-9 du code du travail : (L. n° 73-623, 10 juill. 1973 ; L. n° 85-772, 25 juill. 1985, art. 64).

Dès lors que l'infraction aura été constatée par procès verbal, un exemplaire du PV pourra être déposé au parquet. (Article L611-10 du code du travail : (L. n° 89-488, 10 juill. 1989, art. 10).

4. La saisine de la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Egalité (HALDE)

Rappelons que la HALDE a été créée par la Loi du 30 décembre 2004.

On voit donc tout l'intérêt qu'aura un salarié discriminé à saisir ces institutions pour se constituer un dossier, s'il parait, pour lui, difficile de présenter des éléments de faits laissant supposer une différence de traitement.

B/ LES OBLIGATIONS DE REPARATION

En vertu de l'article L122-45 du Code du travail : "*...Toute disposition ou tout acte contraire à l'égard d'un salarié est nul de plein droit.*"

L'article L412-2 du Code du travail, pour sa part, ne prévoit que des dommages et intérêts.

La jurisprudence constante considère, toutefois, que toute victime d'une mesure prise contrairement aux dispositions d'ordre public de l'article L412-2 du Code du travail peut en demander l'annulation. (Cass Soc 10 juillet 2001, N°99-21.884).

1. Sur l'octroi de dommages et intérêts

Dans la plupart des cas le salarié sera uniquement indemnisé, soit parce que l'annulation de la mesure discriminatoire ne sera plus possible, soit parce que la victime aura renoncé à solliciter l'annulation.

La jurisprudence fixe, logiquement, la réparation du préjudice en considérant que : *"La demande de dommages et intérêts, fondée sur l'article L412-2 alinéa 4 du Code du travail n'a pas pour seul objet de réparer la perte de salaire résultant de la discrimination mais*

d'indemniser l'ensemble du préjudice subi par le salarié du fait de cette discrimination." (Cass Soc 11 octobre 2000 n°98-43-472).

Un préjudice moral peut même être envisagé.

2. Sur l'annulation de la mesure discriminatoire

Il pourra s'agir de la nullité d'une mesure générale comme celle du règlement intérieur ou d'une mesure individuelle comme celle d'une sanction disciplinaire.

Le juge peut annuler ladite mesure et rétablir le salarié dans ses conditions de travail antérieures, à la demande de la victime et si l'annulation est encore possible.

Si un licenciement survient, le juge pourra l'annuler ce qui entraînera la réintégration du salarié dans son emploi.

Bien plus, le principe est celui de la remise en état lorsque cela est possible ; et cela est souvent possible depuis un arrêt de la Cour de Cassation du 23 novembre 2005.

Selon 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"* (Cass Soc 23 novembre 2005, n°03-40.826, n°2554 concernant un salarié victime d'une discrimination dans son évolution de carrière).

3. L'action en réparation de la victime fondée sur une discrimination syndicale se prescrit par 30 ans même si le préjudice allégué correspond stricto sensu à un rappel de salaires.

En effet, il s'agit d'une action indemnitaire qui n'est pas limitée aux salaires que n'aurait pu percevoir le salarié mais qui s'étend à l'ensemble du préjudice subi par la victime.

4. En matière de discrimination dans le déroulement de carrière, le problème de la réparation du préjudice garde toute son acuité.

Les tribunaux évaluent le préjudice de façons diverses.

Une méthode est, toutefois, proposée par Monsieur François CLERC qui est un syndicaliste de l'entreprise PEUGEOT.

Cette méthode est appelée la méthode dite de "la triangulation".

Elle constitue, à ce jour, à la fois, une méthode séduisante et intéressante. (Semaine sociale LAMY du 15 novembre 2004 n°1190, Discrimination syndicale : la stratégie de la CGT)

Sur un graphique doit apparaître, en horizontal (en abscisse), l'ancienneté du salarié et, à la verticale (en ordonnée), l'évolution de carrière par la mention des coefficients.

L'évolution de carrière normale pourra être visible jusqu'à l'événement (début de la discrimination) qui entraîne alors une stagnation de carrière visible par une ligne droite en horizontale.

Un triangle est alors visible si l'on fixe le coefficient dont devrait bénéficier le salarié, celui qu'on lui applique et le coefficient appliqué depuis le début de la discrimination qui constitue le préjudice en masse, avec pour point culminant la moyenne des référents.

La différence de salaire doit alors être multipliée par le nombre de mois travaillés puis divisé par 2 (puisque le préjudice est évolutif et prend la forme d'un triangle), le tout majoré de 30 % pour prendre en considération éventuellement la perte subie sur la retraite, le préjudice moral, les primes diverses...

Cette méthode a été reprise, à ce jour, par quelques juridictions qui ont considéré qu'elle était fiable. (CPH MEAUX, départage du 22 avril 2005 et CPH VERSAILLES du 30 mars 2004).

5. Le syndicat est également en droit d'obtenir la réparation de son préjudice moral mais aussi matériel. Rappelons que qu'une perte de salaire a des répercussions sur les cotisations perdues par le syndicat ; cotisations généralement fixées à 1% des revenus nets du salarié.

CONCLUSION

Le régime de la preuve, la prescription, la réparation laissent présager un contentieux de la discrimination syndicale voué à se développer.

Est-ce un bien pour l'entreprise ? Pour les salariés ?

En tout état de cause, cette situation, qui constitue un véritable fléau et qui ne concerne qu'une large minorité d'entreprises, ne saurait perdurer dans l'intérêt de tous.

La prévention s'impose par une approche collective du problème.

Il convient de terminer par une note optimiste : celle relative aux "chartes de bonne conduite" en matière de discrimination, qui sont signées par certaines entreprises qui ne souhaitent pas revivre les expériences coûteuses des entreprises automobiles, telles que PEUGEOT.