

# SYNDICATS/REPRÉSENTANTS DU PERSONNEL

---



## Discrimination syndicale : comment peut-elle se manifester ?

La discrimination syndicale peut toucher autant les représentants syndicaux que les simples militants syndicalistes. Quelles formes peut-elle prendre ? Dans quels pièges l'employeur risque-t-il de tomber ? Quelles sont les sanctions ? Le point sur ce type de discrimination parfois difficile à appréhender.

## Quelle forme la discrimination syndicale peut-elle revêtir ?

### **Discrimination directe ou indirecte**

Une discrimination syndicale peut se produire tout au long de la relation de travail, de l'embauche à la rupture du contrat. Ces discriminations sont de deux sortes :

→ elles peuvent être directes. Tel est le cas lorsqu'un salarié, sur le fondement de l'appartenance syndicale ou de l'exercice d'un mandat syndical, est traité de manière moins favorable qu'un autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aurait été ;

→ elles peuvent être indirectes. Cette hypothèse vise des mesures d'apparence neutre qui aboutissent à un traitement discriminant pour le salarié.

### **ATTENTION**

Ces dispositions concernent tous les salariés de l'entreprise. Ainsi, un cadre dirigeant ne peut pas être licencié pour avoir créé un syndicat au motif qu'il serait soumis à une obligation de loyauté renforcée [Cass. soc., 3 juill. 2012, n° 11-10.793].

### **Refus d'embauche**

Il est interdit d'écarter un candidat d'une procédure de recrutement en raison de son appartenance ou de ses activités syndicales. Le refus d'embauche vise aussi le refus de renouveler le contrat de travail [Cass. crim., 2 sept. 2003, n° 02-86.048 : refus de l'employeur de renouveler la mission d'un intérimaire en raison de nombreuses absences dues à l'exercice de son mandat syndical]. Les informations demandées au candidat à un emploi ne peuvent avoir comme finalité que d'apprécier sa capacité à occuper l'emploi proposé ou ses aptitudes professionnelles. Ces informations doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou avec l'évaluation des aptitudes professionnelles [C. trav., art. L. 1221-6]. L'employeur ne peut pas interroger le candidat à l'embauche sur son appartenance syndicale.

## Absence d'évolution de carrière, de promotion

La discrimination dans l'évolution de carrière est caractérisée lorsqu'il apparaît, après comparaison avec les autres salariés de l'entreprise, que le salarié syndiqué ou titulaire d'un mandat syndical a connu une progression moindre, non justifiée par des éléments objectifs [Cass. soc., 30 avr. 2009, n° 06-45.939 ; Cass. soc., 10 nov. 2010, n° 09-66.957].

Constitue également une discrimination la mise en place d'un dispositif d'avancement propre aux salariés titulaires d'un mandat syndical [Cass. soc., 29 janv. 2008, n° 06-42.066]. De même, un avancement ne peut pas être refusé à un salarié au motif que les fonctions d'encadrement souhaitées nécessitent une constante disponibilité, jugée incompatible avec une activité syndicale [Cass. soc., 26 janv. 2010, n° 08-44.118].

En revanche, il n'y a aucune discrimination lorsque le salarié a bénéficié des mêmes possibilités de formation que les autres et que, face à des opportunités de carrière dont il a été informé dans les mêmes conditions que ses collègues, il a manifesté le souhait de rester dans son emploi [Cass. soc., 6 juill. 2010, n° 09-41.354]. De même lorsque la différence de traitement dans le déroulement de carrière s'explique par le fait que les intéressés n'ont jamais été candidats à aucun autre emploi que le leur et ont participé à un très faible nombre de formations, et ce dès lors qu'ils n'y étaient pas empêchés à cause de leur mandat [Cass. soc., 3 avr. 2013, n° 12-16.870].

## Pénalisation en termes de rémunération

Des comportements discriminants du même ordre peuvent être identifiés en matière de rémunération. Tel est bien sûr le cas d'un salarié privé d'augmentations salariales ou de primes [Cass. soc., 15 déc. 1998, n° 95-43.630].

Concernant les primes d'assiduité conditionnées à la présence du salarié, le titulaire d'un mandat syndical ne peut en être privé dès lors que ses absences autorisées par la convention collective sont liées à son mandat [Cass. soc., 2 juin 2004, n° 01-44.474].

## Sanctions injustifiées

Une sanction disciplinaire ne peut être prononcée qu'en raison de faits constituant un manquement du salarié à ses obligations professionnelles envers l'employeur [Cass. soc., 30 juin 2010, n° 09-66.792]. Par conséquent, la prise en considération d'une appartenance ou d'un mandat syndical pour prononcer une sanction disciplinaire constitue une discrimination.

Tel est le cas de la mise à pied d'une déléguée syndicale justifiée par des retards qui avaient été compensés, contrairement à d'autres salariés, et qui n'avait fait l'objet d'aucune observation de l'employeur avant d'être désignée par son syndicat [Cass. crim., 25 janv. 2000, n° 99-82.476].

Le licenciement est discriminatoire, et donc nul (voir p. 21), dès lors qu'il est fondé sur des faits commis pendant l'exercice du mandat ou d'activités syndicales. Ainsi, l'employeur ne peut pas licencier le salarié en lui reprochant d'avoir tenu des propos qu'il juge diffamatoires à l'égard de ses collaborateurs lors de réunions du comité d'entreprise ou dans une lettre à en-tête du syndicat auquel il appartient [Cass. soc., 2 juin 2010, n° 08-40.628].

## Différence de traitement dans l'exercice du mandat

La discrimination s'inscrit ici dans l'exercice du mandat syndical, par rapport aux autres organisations syndicales. Caractérise ainsi une discrimination syndicale le fait de convoquer aux réunions du comité d'entreprise l'un de ces membres, par ailleurs délégué syndical, par voie d'huissiers. Cette pratique, dont seul l'intéressé faisait l'objet, constitue un traitement particulier qu'aucune nécessité ne justifie [Cass. soc., 10 mai 2005, n° 03-40.675]. La

discrimination a également été retenue pour une déléguée syndicale qui a subi 11 procédures de licenciement désavouées par l'autorité administrative, qui s'est vu refuser l'accès à des négociations collectives, qui a été privée de contacts avec ses collègues, qui s'est fait supprimer sa connexion Internet et qui n'a plus perçu, de manière brutale, l'indemnité compensatrice d'un avantage en nature [Cass. soc., 22 juin 2011, n° 09-71.234]. Il s'agit donc, dans ces hypothèses, de comparer la situation de l'intéressé non pas avec celle des autres salariés de l'entreprise, mais par rapport aux autres représentants syndicaux.

## **REMARQUE**

Toute discrimination syndicale est aussi interdite entre syndicats. L'employeur ne peut utiliser aucun moyen de pression en faveur ou à l'encontre d'un syndicat quelconque [C. trav., L. 2141-7]. Ainsi, l'attribution d'une subvention au profit des seuls signataires ou adhérents à un accord est contraire au principe d'égalité. Tous les syndicats doivent en bénéficier même si une répartition inégalitaire peut être prévue [Cass. soc., 10 oct. 2007, n° 05-45.347].

## **Quelles sont les actions en justice possibles ?**

### **Au civil ou au pénal**

→ Le salarié peut agir en justice sur le terrain du Code pénal devant le tribunal correctionnel ou sur celui du Code du travail devant le juge prud'homal. Cette dernière option semble préférable au vu de la charge de la preuve. En effet, le Code du travail aménage la charge de la preuve (voir p. 20) alors que devant les juridictions répressives, le régime de preuve est supporté par l'accusation, donc le salarié seul [Cass. crim., 11 avr. 2012, n° 11-83.816].

→ L'action en justice est également ouverte au syndicat qui a un intérêt à agir. Les organisations syndicales représentatives peuvent agir à la place du salarié victime d'une telle discrimination sans avoir à justifier d'un mandat [C. trav., art. L. 1134-2 et L. 2132-3]. Le salarié peut toujours s'opposer à cette action dans un délai de 15 jours à partir de la notification par le syndicat de son intention d'agir.

→ De même, les associations de lutte contre les discriminations peuvent, avec l'accord écrit du salarié, exercer l'action en justice à la place de ce dernier.

### **Prescription**

L'action en réparation du préjudice résultant d'une discrimination syndicale se prescrit par cinq ans à compter de la révélation de la discrimination. Cette prescription n'affecte pas les dommages et intérêts qui doivent réparer l'entier préjudice résultant de la discrimination, pendant toute sa durée [C. trav., art. L. 1134-5, al. 3]. Le juge peut, en outre, comparer la situation du salarié avec celle d'autres salariés embauchés à la même date que l'intéressé dans des conditions identiques en termes de diplôme et de qualification, quand bien même cette date serait antérieure à la période non prescrite [Cass. soc., 4 févr. 2009, n° 07-42.697].

## **Comment prouver la discrimination syndicale ?**

### **Aménagement de la charge de la preuve**

Il est difficile pour un salarié, victime de discrimination, de prouver que la décision de l'employeur a été prise en raison de son appartenance syndicale. **C'est pourquoi, en matière de discrimination, notamment syndicale, la charge de la preuve est aménagée et pèse sur les deux parties** [C. trav., art. L. 1134-1]. Ainsi :

→ le salarié doit présenter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination, autrement dit une disparité de traitement avec les autres salariés placés dans une situation de travail identique ;

→ l'employeur doit ensuite prouver que cette différence de traitement est justifiée par des éléments objectifs étrangers à l'appartenance syndicale ou à l'exercice de l'activité syndicale, tenant par exemple aux compétences professionnelles du salarié ou à son comportement.

La Cour de cassation rappelle régulièrement le principe selon lequel le juge doit prendre sa décision au vu des éléments du salarié mais aussi de l'employeur. Il ne doit en aucun cas faire peser l'intégralité de la charge de la preuve sur le salarié [Cass. soc., 19 déc. 2012, n° 11-25.830].

### Éléments de preuve

Certaines discriminations syndicales sont facilement situables dans le temps. Tel est le cas d'un refus d'embauche, de la privation d'une prime, du non-renouvellement d'un contrat ou d'une sanction. Dans ce cas, le fait que l'employeur ait pris cette décision juste après l'engagement syndical du salarié est un fort indice de discrimination. La preuve devra porter alors sur la motivation réelle de la décision de l'employeur.

D'autres situations sont plus complexes, en particulier quand l'appartenance syndicale a eu un impact sur l'évolution professionnelle ou sur la progression de la rémunération du salarié qui se constate parfois sur une période de temps très longue. Dans ce cas, la preuve de la discrimination peut résulter, d'une part, de la comparaison de la situation du salarié avant et après son engagement syndical et, d'autre part, de la comparaison de sa situation avec celles des autres salariés placés dans une situation identique. Cependant, la Cour de cassation rappelle que les éléments de comparaison ne sont en rien obligatoires dans la constitution de la preuve. L'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres salariés. Ainsi, le fait que l'employeur n'ait pas fourni de travail pendant de longues périodes au salarié titulaire de divers mandats représentatifs est un élément de nature à laisser supposer l'existence d'une discrimination syndicale [Cass. soc., 29 juin 2011, n° 10-14.067]. De même, lorsque l'employeur fait référence, dans les fiches d'évaluation du salarié, à ses activités syndicales pour justifier de sa faible progression de rémunération [Cass. soc., 20 févr. 2013, n° 10-30.028]. Dans cette affaire, l'employeur visait ces activités sous l'appellation « présentisme » ; il pointait une présence insuffisante de l'intéressé au travail, ce qui laissait supposer l'existence d'une discrimination syndicale (voir encadré p. 20).

### Quelles sont les sanctions encourues ?

#### Sanctions civiles

→ Dommages et intérêts. La victime d'une discrimination, notamment syndicale, est en droit d'obtenir la réparation intégrale de son préjudice. Elle peut prétendre à la fois à :

– des dommages et intérêts ;

– la nullité de l'acte discriminatoire [C. trav., art. L. 1132-4 et L. 2141-8].

Ainsi, en cas de licenciement discriminatoire, le salarié peut demander son annulation et à être réintégré. Il aura alors droit à une indemnité forfaitaire égale au montant de la rémunération qu'il aurait dû percevoir entre son éviction et sa réintégration, sans déduction des éventuels salaires ou allocations qu'il aurait entre-temps perçus [Cass. soc., 2 juin 2010, n° 08-43.277]. S'il renonce à être réintégré, il a droit à une indemnité qui ne peut pas être inférieure à six mois de salaire ainsi qu'à l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement.

Un salarié, victime de discrimination, peut également solliciter la résiliation judiciaire ou prendre acte de la rupture du contrat de travail aux torts de l'employeur. Cela produira alors les effets d'un licenciement nul.

→ **Reclassement.** Si le salarié a été victime d'une inertie comme d'une stagnation de carrière, le juge peut, outre l'allocation de dommages et intérêts, ordonner son reclassement dans le poste qu'il aurait dû normalement occuper s'il n'avait pas été victime d'un blocage discriminatoire [Cass. soc., 23 nov. 2005, n° 03-40.826 ; Cass. soc., 19 janv. 2011, n° 09-70.076 ; Cass. soc., 21 nov. 2012, n° 11-14.056]. Lorsque le reclassement est ordonné, le salarié doit obtenir, outre les dommages et intérêts réparant son préjudice, la rémunération correspondant à la moyenne de celle des salariés occupant cette position dans l'entreprise [Cass. soc., 26 avr. 2006, n° 04-45.208].

Si le salarié quitte l'entreprise, que ce soit par le biais de la prise d'acte, de la résiliation judiciaire ou du refus de solliciter une réintégration, l'indemnisation afférente doit logiquement être calculée en tenant compte de ce reclassement [Cass. soc., 19 janv. 2011, n° 09-42.541].

### **Sanctions pénales**

La discrimination syndicale est un délit. Elle est sanctionnée non seulement par une amende mais également par une peine d'emprisonnement.

Le non-respect de l'article L. 2145-5 du Code du travail, qui interdit à l'employeur de prendre en considération l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions notamment en matière de formation, avancement et rémunération, est passible d'une amende de 3 750 € et, en cas de récidive, d'une peine d'emprisonnement d'un an ainsi que d'une amende de 7 500 € [C. trav. art. L. 2146-2].

Le Code pénal réprime également les discriminations qui consisteraient à refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne à raison de son activité syndicale : trois ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende (voir encadré p. 17).

### **Textes prohibant la discrimination syndicale**

Plusieurs principes peuvent être invoqués en matière de discrimination syndicale.

→ **L'article L. 1132-1 du Code du travail est un texte général qui prohibe les mesures discriminatoires fondées sur l'activité syndicale parmi une longue liste de discriminations :** « Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte [...] notamment en matière de rémunération, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison [...] de ses activités syndicales ou mutualistes ».

Ce texte est relayé, sur le plan pénal, par l'article 225-2 du Code pénal. Celui-ci prévoit notamment que l'employeur qui refuse d'embaucher, licencie ou sanctionne une personne en violation de ces principes encourt une peine de trois ans d'emprisonnement et de 45000 € d'amende.

→ **L'article L. 2141-5 du Code du travail, spécifique à la discrimination syndicale, « interdit à l'employeur de prendre en considération l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions en matière notamment de recrutement, de conduite et de répartition du travail, de formation professionnelle, d'avancement, de rémunération et d'octroi d'avantages sociaux, de mesures de discipline et de rupture du contrat de travail ».** Toute mesure prise par l'employeur en violation de ce texte d'ordre public est considérée comme abusive et donne lieu à des dommages et intérêts [C. trav., art. L. 2141-8].

→ Le principe jurisprudentiel « à travail égal, salaire égal » garantissant une égalité de rémunération entre les salariés placés dans une situation identique, ce qui permet de sanctionner toute différence de traitement en la matière fondée sur l'appartenance syndicale ou l'exercice d'un mandat syndical.

### **Mandat syndical et rémunération variable**

En cas de rémunération variable, l'employeur doit faire en sorte que l'objectif à atteindre soit proportionné au temps de présence de manière à ce que le salarié ne soit pas pénalisé par rapport à un collègue pouvant consacrer l'intégralité de son temps de travail à sa clientèle. Il doit en outre appliquer une base identique à celle prévue pour les autres salariés [Cass. soc., 6 juill. 2010, n° 09-41.354]. Ainsi, le salarié a droit de percevoir :

- pour la partie correspondant à ses mandats, une somme correspondant au montant moyen de la prime due, pour un temps équivalent, aux autres salariés ;
- pour la partie correspondant à son temps de production, une somme calculée sur la base d'objectifs réduits à la mesure de ce temps.

### **EXEMPLE**

Un représentant du personnel consacre un dixième de son temps à son mandat, et ce dans un service où les salariés placés dans une même situation peuvent percevoir une prime annuelle de 1 000 € à raison de 500 produits financiers vendus. Il a droit à :

- un dixième du montant moyen de la prime versée à ses collègues pour la partie de son activité correspondant à son mandat ;
- 900 € (9/10e de 1 000 €) pour la partie de son activité qui correspond à son temps de production, dès lors qu'il a atteint un objectif de vente de 450 produits financiers (9/10e de 500).

### **Attention aux entretiens d'évaluation**

Il convient d'être extrêmement vigilant sur l'entretien d'évaluation qui constitue un élément de preuve tant pour le salarié que pour l'employeur. La Cour de cassation est ferme : il est interdit de prendre en compte l'activité syndicale dans l'évaluation du salarié [Cass. soc., 17 oct. 2006, n° 05-40.393 ; Cass. soc., 27 févr. 2013, n° 11-26.412]. La seule mention d'une disponibilité réduite du fait de fonctions syndicales dans des fiches d'évaluation laisse supposer l'existence d'une discrimination syndicale [Cass. soc., 11 janv. 2012, n° 10-16.655]. Il est donc fortement conseillé d'éviter toute référence aux activités syndicales dans la fiche d'évaluation du salarié. Par ailleurs, l'employeur ne peut se dispenser d'organiser les entretiens d'évaluation pendant plusieurs années [Cass. soc., 24 oct. 2012, n° 11-13.315].

### **Obligation de négocier sur la carrière des représentants syndicaux**

→ L'employeur et les partenaires sociaux sont invités à anticiper quelques situations de discrimination syndicale par la voie de la négociation. Ainsi, un accord doit déterminer les mesures à mettre en œuvre pour concilier la vie professionnelle avec la carrière syndicale et pour prendre en compte l'expérience acquise, dans le cadre de l'exercice de mandats, par les représentants du personnel désignés ou élus dans leur évolution professionnelle [C. trav., art. L. 2141-5, al. 2].

→ Dans les entreprises d'au moins 300 salariés, la négociation triennale en matière de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences porte également sur le déroulement de carrière des salariés exerçant des responsabilités syndicales et l'exercice de leurs fonctions [C. trav., art. L. 2242-20].