

FOCUS

Discrimination syndicale et contentieux : le regard de l'avocat

Interview de Jonathan Cadot



Jonathan Cadot, avocat et membre du réseau Avec, a accepté de répondre à une série de questions sur le thème du contentieux en matière de discrimination syndicale. Il apporte ainsi son regard d'expert et nous donne quelques conseils pratiques.

A.J. «Quelle procédure conseilles-tu en présence d'une discrimination syndicale: une procédure pénale ou une procédure prud'homale ?

J.C. «La question du choix de la juridiction saisie est fondamentale dans la mesure où il sera possible :

- soit de saisir la juridiction pénale (tribunal correctionnel), dès lors que la discrimination est un délit pénalement répréhensible (article 225-1 du Code pénal) d'une peine pouvant aller d'une amende à une peine d'emprisonnement ;
- soit de saisir le conseil de prud'hommes, qui est « le juge naturel » du contrat de travail.

Il est certain que cette question devra être appréhendée en fonction de la gravité des faits en cause et du nombre de salariés concernés.

● **S'agissant de la saisine de la juridiction pénale**, elle présente un inconvénient considérable pour le salarié discriminé dans la mesure où, en raison de l'application du principe de la présomption d'innocence, la charge de la preuve pèse exclusivement sur le salarié, le doute profitant au prévenu.

Dans ces conditions, en fonction des pièces qu'il a en sa possession, le salarié pourra se poser la question de déposer



une plainte avec constitution de partie civile pour qu'un juge d'instruction soit saisi, plutôt que de saisir directement le tribunal.

● **Quant à la procédure prud'homale**, elle bénéficie d'une charge de la preuve plus favorable qu'en matière pénale. En effet, l'administration de la charge de la preuve est partagée, le demandeur devant apporter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une différence de traitement ; l'employeur devant quant à lui, et au vu de ces éléments, prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs, étrangers à toute discrimination.

Il est toutefois à noter que la procédure pénale peut présenter un intérêt en matière probatoire par rapport à la procédure prud'homale, dès lors que certains modes de preuve sont admis devant la juridiction répressive et déclarés illicites par le conseil de prud'hommes. Ce sera le cas notamment des enregistrements réalisés à l'initiative de l'employeur, qui peuvent parfois permettre d'établir de la discrimination.



une plainte avec constitution de partie civile pour qu'un juge d'instruction soit saisi, plutôt que de saisir directement le tribunal.

● **Quant à la procédure prud'homale,** elle bénéficie d'une charge de la preuve plus favorable qu'en matière pénale. En effet, l'administration de la charge de la preuve est partagée, le demandeur devant apporter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une différence de traitement; l'employeur devant, quant à lui, et au vu de ces éléments, prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs, étrangers à toute discrimination.

Il est toutefois à noter que la procédure pénale peut présenter un intérêt en matière probatoire par rapport à la procédure prud'homale, dès lors que certains modes de preuve sont admis devant la juridiction répressive et déclarés illicites par le conseil de prud'hommes. Ce sera le cas notamment des enregistrements réalisés à l'insu de l'employeur, qui peuvent parfois permettre d'établir de la discrimination.

En tout état de cause, il convient d'apprécier au cas par cas, même si ma préférence va naturellement à la saisine de la juridiction prud'homale, tout en gardant à l'esprit que si la procédure pénale débouche sur une relaxe ou un non-lieu (si un juge d'instruction est préalablement saisi), le salarié s'expose, de la part de l'employeur, à une procédure de dénonciation calomnieuse¹.

Pour ma part, cela fait longtemps que je n'ai pas jugé opportun d'actionner la voie pénale pour un dossier de discrimination syndicale.

AJ. « De quel délai dispose-t-on pour agir ? »

J. C. « La question de la prescription est souvent au centre des débats dans le cadre du contentieux de la discrimination syndicale, cette fin de non-recevoir étant fréquemment soulevée par les employeurs.

Le délai pour agir variera selon la procédure retenue.

► S'agissant d'une procédure pénale, le délai de prescription sera de 6 ans à compter de la commission de l'infraction.

► S'agissant d'une procédure prud'homale, en application de l'article L.1134-5 du Code du travail « l'action en réparation du préjudice résultant d'une discrimination se prescrit par cinq ans à compter de la révélation de la discrimination ». Il conviendra de prendre en

¹ Art. 226-10 C.pén.

compte la date à laquelle le salarié dispose de tous les éléments l'amenant à croire qu'il est discriminé, c'est à ce moment-là que le délai de prescription commencera à courir. Toutefois, si l'employeur soulève la contestation, le salarié pourrait être amené à prouver qu'il n'a eu connaissance de la discrimination qu'à la date invoquée. Ce sera le cas notamment quand le salarié n'a pas à sa disposition les éléments lui permettant de constituer un *panel* de comparaison.

Il est à noter que ce délai ne peut être aménagé, à savoir être augmenté ou raccourci, par accord collectif ou par accord entre les parties.

En revanche, la prescription sera suspendue si une médiation est engagée avant la saisine du conseil de prud'hommes². Bien entendu, si la médiation devait ne pas aboutir, le délai de prescription recommencerait à courir.

AJ. « Quel intérêt y a-t-il, selon toi, à mobiliser les IRP préalablement à la saisine ? »

J. C. « Les juridictions qui ont à connaître de dossiers de discrimination syndicale sont toujours particulièrement attentives aux démarches que le salarié aura réalisées pour voir rétablir ses droits préalablement à l'engagement de la procédure judiciaire.

Le salarié pourra, notamment, envisager de :

- **saisir le CSE et/ou la CSSCT**, si elle été mise en place dans le cadre d'une réclamation individuelle ou d'une démarche collective pour contraindre l'employeur

d'apporter des explications sur le salarié concerné ;

- **saisir un membre du CSE**, dans le cadre du droit d'alerte prévu à l'article L.2312-59 du Code du travail en cas d'atteinte aux droits des personnes afin qu'une enquête soit menée conjointement par un membre du CSE et l'employeur (ancien droit d'alerte DP).

L'ensemble de ces démarches permettront d'alimenter le dossier, soit par la production des éléments de preuve obtenus, soit en relevant l'absence de volonté de l'employeur de trouver une solution à la situation du salarié discriminé.

AJ. « Faut-il saisir l'inspection du travail ? »

J. C. « La lutte contre la discrimination fait partie des missions de l'inspection du travail au regard de ses prérogatives générales. Mais cela ne s'arrête pas là dans la mesure où, en application de l'article L.8813-5 du Code du travail, il peut se faire communiquer tout document ou élément d'information, quel qu'en soit le support, utile à la constatation de faits susceptibles de vérifier le respect de l'application des dispositions relatives à la discrimination.

Par ce biais, l'inspecteur du travail a un véritable pouvoir d'investigation et peut, dans ce cadre, demander à l'employeur des éléments permettant la constitution d'un *panel* de comparaison avec d'autres salariés de nature à établir l'existence d'éléments de fait laissant supposer une différence de traitement.

Il n'est pas rare qu'après une telle démarche l'inspecteur du travail établisse une lettre d'observations transmise à l'employeur

pour réponse avec copie, et pour information au salarié victime de la discrimination un procès-verbal transmis au F pour d'éventuelles poursuites pénales. Toutefois, il est à regretter que les inspecteurs du travail n'aient pas toujours les moyens en temps pour réaliser de telles investigations qui nécessitent un important investissement personnel.

AJ. « Et le Défenseur des droits (DD) ? »

J. C. « Le Défenseur des droits a pour mission de lutter contre les discriminations et pour l'égalité.

À ce titre, le salarié s'estimant victime de discrimination pourra le saisir, par l'intérêt d'une telle démarche dans les pouvoirs d'investigation qui peut, notamment, se faire corroborer par les personnes mises en cause toute information et toute pièce apparaissant utiles et nécessaires procédant à des vérifications sur place, en cas échéant.

Bien entendu, le recours au DDD n'est pas à être systématique, mais méritera d'être envisagé en fonction des tenants et aboutissants de chaque dossier.

Il convient toutefois de prendre en compte le fait que la saisine du DDD n'interrompt pas les délais de prescription, ce qui signifie que les délais de traitement de la procédure peuvent être relativement longs...

AJ. « Quels éléments de preuve sont nécessaires pour établir la discrimination ? »

J. C. « Il apparaît nécessaire de rassembler en premier lieu que lorsqu'un salarié présente plusieurs faits à l'appui de sa réclamation, le juge doit les considérer

l'apporter des explications sur le salarié concerné;

saisir un membre du CSE, dans le cadre du droit d'alerte prévu à l'article 2312-59 du Code du travail en cas d'atteinte aux droits des personnes afin qu'une enquête soit menée conjointement par un membre du CSE et l'employeur (ancien droit d'alerte DP).

L'ensemble de ces démarches permettront d'alimenter le dossier, soit par la production des éléments de preuve détenus, soit en relevant l'absence de volonté de l'employeur de trouver une solution à la situation du salarié discriminé.

« Faut-il saisir l'inspection du travail ? »

« La lutte contre la discrimination fait partie des missions de l'inspection du travail au regard de ses prérogatives générales. Mais cela ne s'arrête pas là : la mesure où, en application de l'article L.8813-5 du Code du travail, il se fait communiquer tout document ou élément d'information, quel qu'il soit le support, utile à la constatation de faits susceptibles de vérifier le respect de l'application des dispositions relatives à la discrimination.

En outre, l'inspecteur du travail a un pouvoir d'investigation et peut, dans ce cadre, demander à l'employeur des éléments permettant la constitution d'un dossier de comparaison avec d'autres salariés de nature à établir l'existence de faits laissant supposer une discrimination de traitement.

Il est rare qu'après une telle démarche l'inspecteur du travail établisse une lettre de recommandation transmise à l'employeur

pour réponse avec copie, et pour information au salarié victime de la discrimination, voire un procès-verbal transmis au Parquet pour d'éventuelles poursuites pénales...

Toutefois, il est à regretter que les inspecteurs du travail n'aient pas toujours les moyens en temps pour réaliser de telles investigations qui nécessitent un important investissement personnel.

AJ. « Et le Défenseur des droits (DDD) ? »

J. C. « Le Défenseur des droits a pour mission de lutter contre les discriminations et pour l'égalité.

À ce titre, le salarié s'estimant victime de discrimination pourra le saisir, par écrit. L'intérêt d'une telle démarche réside dans les pouvoirs d'investigation du DDD qui peut, notamment, se faire communiquer par les personnes mises en cause toute information et toute pièce lui apparaissant utiles et nécessaires, en procédant à des vérifications sur place le cas échéant.

Bien entendu, le recours au DDD ne peut être systématique, mais méritera d'être envisagé en fonction des tenants et des aboutissants de chaque dossier.

Il convient toutefois de prendre en compte le fait que la saisine du DDD n'interrompt pas les délais de prescription, ce d'autant que les délais de traitement de dossier peuvent être relativement longs...

AJ. « Quels éléments de preuve permettent-ils d'établir la discrimination syndicale ? »

J. C. « Il apparaît nécessaire de rappeler en premier lieu que lorsqu'un salarié présente plusieurs faits à l'appui de ses prétentions, le juge doit les considérer dans

leur globalité et regarder si ces éléments, dans leur ensemble, laissent supposer l'existence d'une discrimination.

● S'agissant d'une discrimination en termes de déroulement de carrière et de rémunération, il pourra être invoqué, à titre d'exemple :

- un ralentissement de l'évolution avant/après la prise de mandat ou l'investissement syndical ;
- une dégradation des évaluations concomitantes à la prise de mandat ;
- la comparaison avec les salariés ayant été embauchés en même temps ou occupant les mêmes fonctions au moment de l'engagement militant du salarié ;
- la comparaison de la situation du salarié avec les données remises dans le cadre de la NAO et dans le cadre de la consultation du CSE sur la politique sociale et l'emploi.

Il convient toutefois de préciser que l'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres salariés.

● Quant à une discrimination syndicale impactant les conditions de travail, elle pourra être établie, notamment :

- par le retrait de missions du salarié, le retrait d'outils de travail ou le refus de formation, voire, par une « placardisation », en l'excluant de réunions par exemple ;

2. Art. 2238 C.civ.

- par un comportement agressif à l'égard du salarié;
- par la mention des activités syndicales et de représentation du personnel dans l'évaluation du salarié;
- par la notification de sanctions disciplinaires.

Bien entendu, cela supposera que le salarié soit en mesure de rapporter les faits en question, que ce soit par des mails ou LRAR actant de l'état de fait et le contestant, ou encore par des attestations.

A.J. « Que faire quand certains éléments de preuve sont uniquement en possession de l'employeur ? »

J. C. « On peut bien entendu saisir un membre du CSE dans le cadre d'un droit d'alerte, l'inspection du travail ou le DDD. En outre, on peut chercher à obtenir des éléments sur la situation des salariés de l'entreprise pouvant servir de base à l'élaboration d'un *panel* de comparaison, en particulier pour faire apparaître une discrimination en terme de déroulement de carrière. Pour cela, il est possible de :

- saisir le juge des référés près le conseil de prud'hommes, avant toute saisine au fond, sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile;
- former une demande avant dire droit devant le BCO, ou le cas échéant, devant le Bureau de jugement.

Bien entendu, il convient de rapporter des éléments de fait laissant supposer l'existence de la différence de traitement, sauf à se voir opposer que la demande de production de pièces a pour objet la carence

du salarié en matière d'administration de la charge de la preuve.

Enfin, il est bon de rappeler que le respect de la vie privée ne constitue pas un obstacle à cette demande dès lors que les mesures ordonnées procèdent d'un intérêt légitime et sont nécessaires à la protection des droits du demandeur. Ainsi, l'employeur ne pourra pas arguer du caractère confidentiel des données personnelles concernant les salariés du *panel* revendiqué.

A.J. « Quelles demandes formuler devant le conseil de prud'hommes ? »

J. C. « Il est important de garder à l'esprit que l'article L.1132-4 du Code du travail prévoit la nullité de toute disposition ou acte discriminatoire.

Quant au dernier alinéa de l'article L.1134-5 du Code du travail, il dispose que « les dommages et intérêts réparent l'entier préjudice résultant de la discrimination, pendant toute sa durée ».

En conséquence, l'indemnisation du préjudice ne se limite aux 5 dernières années. Ainsi, la réparation du préjudice subi par le salarié du fait de la discrimination doit-elle être pleine et entière. Elle oblige en effet « à placer celui qui l'a subie dans une situation où il se serait trouvé si le comportement dommageable n'avait pas eu lieu ».

Il en découle qu'en présence d'un blocage de carrière, le salarié est en droit de bénéficier :

- d'une reconstitution en termes de classification et de rémunération;

(A ce sujet, il est indispensable de solliciter la fixation du nouveau salaire à compter de la décision de justice pour que la

discrimination ne se poursuive. L'employeur refuse de réévaluer son salaire, il faut alors demander la reconstitution de carrière ordonnée.

- des rappels de salaire pour la période prescrite (prescription de 3 ans);

- des dommages et intérêts en réparation du préjudice financier non couvert par les rappels de salaire, en incluant le préjudice en termes de retraite.

La rémunération indirecte (épargnariale). Sur ce point, certaines cour d'appel⁴ retiennent que le préjudice en matière de retraite peut être évalué à 30%. Il conviendra de ne pas oublier de former des demandes en réparation du préjudice subi en matière de retraite salariale (intéressement et participation);

- des dommages et intérêts en réparation du préjudice moral, qui peuvent se matérialiser notamment par l'impact sur l'employabilité, l'état de santé et la vie personnelle et familiale du salarié. Bien entendu, cela supposera de rapporter le préjudice avec précision...

Si la discrimination implique une dégradation des conditions de travail du salarié, il conviendra d'envisager de demander une remise en état est possible. Plus souvent, la réparation s'effectue par l'octroi de dommages et intérêts.

Si la discrimination implique une dégradation des conditions de travail du salarié, il conviendra d'envisager de demander une remise en état est possible. Plus souvent, la réparation s'effectue par l'octroi de dommages et intérêts.

A.J. « L'intervention de l'organismes de médiation sociale au côté du salarié est-elle possible ? »

J. C. « À mon sens oui, car il est de montrer au juge que l'organisme syndical soutient le salarié et dénonce la situation qui lui est

salarié en matière d'administration de la charge de la preuve.

Enfin, il est bon de rappeler que le respect de la vie privée ne constitue pas un obstacle à cette demande dès lors que les mesures ordonnées procèdent d'un intérêt légitime et sont nécessaires à la protection des droits du demandeur. Ainsi, l'employeur ne pourra pas arguer du caractère confidentiel des données personnelles concernant les salariés du fait qu'elles ont été revendiquées.

« Quelles demandes formuler devant le juge prud'hommes ? »

« Il est important de garder à l'esprit que l'article L.1132-4 du Code du travail prévoit la nullité de toute disposition contractuelle discriminatoire.

En vertu du dernier alinéa de l'article L.1132-5 du Code du travail, il dispose que : *« les dommages et intérêts réparent le préjudice résultant de la discrimination, pendant toute sa durée ».*

En conséquence, l'indemnisation du préjudice se limite aux 5 dernières années. La réparation du préjudice subi par le salarié du fait de la discrimination doit être pleine et entière. Elle oblige en fait à placer celui qui l'a subie dans la situation où il se serait trouvé si le préjudice n'avait pas eu lieu.

En conséquence, qu'en présence d'un blocage de carrière, le salarié est en droit de demander :

la reconstitution en termes de carrière et de rémunération.

En effet, il est indispensable de solliciter la réparation du nouveau salaire à compensation de la décision de justice pour que la

discrimination ne se poursuive pas si l'employeur refuse de réévaluer spontanément la rémunération malgré la reconstitution de carrière ordonnée) ;

- **des rappels de salaire pour la période non prescrite** (prescription de 3 ans³) ;

- **des dommages et intérêts en réparation du préjudice financier non réparé par les rappels de salaire**, en incluant le préjudice en termes de retraite et de rémunération indirecte (épargne salariale). Sur ce point, certaines cours d'appel⁴ retiennent que le préjudice en matière de retraite peut être évalué à 30%. Il conviendra de ne pas omettre de former des demandes en réparation du préjudice subi en matière d'épargne salariale (intéressement et participation) ;

- **des dommages et intérêts en réparation du préjudice moral**, qui pourra se matérialiser notamment par l'impact sur l'employabilité, l'état de santé et/ou sur la vie personnelle et familiale du salarié. Bien entendu, cela supposera de justifier le préjudice avec précision...

Si la discrimination implique une dégradation des conditions de travail du salarié, il conviendra d'envisager de déterminer si une remise en état est possible, mais le plus souvent, la réparation s'effectuera par l'octroi de dommages et intérêts.

AJ. « L'intervention de l'organisation syndicale au côté du salarié est-elle indispensable ? »

J. C. « À mon sens oui, car elle permet de montrer au juge que l'organisation syndicale soutient le salarié et entend dénoncer la situation qui lui cause direc-

tement préjudice, car elle incite les salariés à ne pas s'investir syndicalement de peur de subir les mêmes représailles...

Ainsi, le syndicat sera-t-il également bien fondé à demander des dommages et intérêts en réparation du préjudice subi.

AJ. « La mise en place de la garantie d'évolution salariale issue de la Loi Rebsamen est-elle une solution contre la discrimination syndicale ? »

J. C. « La loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi a effectivement mis en place un mécanisme de garantie de rémunération pour les salariés titulaires de mandats lourds. Il a le mérite d'exister, même s'il s'agit d'un outil imparfait.

En effet, il apparaît utile de relever que bon nombre de porteurs de mandats de représentation du personnel ou de mandats syndicaux ne sont pas concernés par cette garantie, qui est réservée aux « porteurs de mandats lourds ». Cela est encore plus vrai avec la mise en place du CSE !

Quant aux titulaires de mandats lourds bénéficiant de la garantie de rémunération, il conviendra en premier lieu de s'assurer que les salariés concernés en bénéficient bien.

3. Art. L.3245-1 C.trav.

4. CA d'Agen, 11.02.14, n° 13/00532, JSL n° 364.

- En tout état de cause, même si la garantie d'évolution de rémunération salariale est respectée, le salarié pourra subir une discrimination. En effet, la garantie en question ne s'applique qu'au terme du mandat, ce qui induit que le salarié peut subir une discrimination durant toute sa durée (soit pendant 4 ans, sauf accord de branche ou d'entreprise).

- De plus, ce dispositif ne garantit pas une évolution en termes de classification. Cela pose donc la question de mettre en place d'autres outils, notamment par accord, pour prévenir tout risque de discrimination. Cela apparaît d'autant plus indispensable dans les entreprises où la succession du nombre de mandats est limitée à 3.

A.J. « Que penses-tu de l'action de groupe en matière de discrimination syndicale ? »

J. C. « Il s'agit d'une procédure intéressante, qui n'est pas pour autant mobilisable dans toutes les situations de discrimination.

En effet, celle-ci suppose une pluralité de victimes, l'imputabilité à un même employeur et, bien entendu, une discrimination fondée sur un même motif visé par l'article L.1132-1 du Code du travail, comme peut l'être la discrimination syndicale.

D'un point de vue procédural, elle implique :

- une mise en demeure de l'employeur de faire cesser le manquement ;
- un délai de 6 mois, au cours duquel des discussions sont engagées avec la direction ;
- si, à l'issue du délai de 6 mois, les mesures proposées par le défenseur sont insuffisantes, une action en justice peut s'engager devant le tribunal de grande instance ;
- une fois le jugement du TGI rendu et les voies de recours épuisées, dans les délais prévus par le juge, les salariés appartenant à la collectivité concernée peuvent réclamer individuellement devant le conseil de prud'hommes la réparation de leurs préjudices pour le passé.

Une telle procédure mérite une préparation toute particulière avant d'être lancée !

Propos recueillis par AJ
de Jonathan Cadot - Avocat associé
du cabinet Lepany et associés
et membre du réseau Avec.

L'action des syndicats de discrimi

De par leur objet, la défense des intérêts individuels et collectifs des salariés, les syndicats ont un rôle essentiel à jouer pour prévenir, repousser et agir pour mettre fin aux discriminations syndicales.

Le dialogue social et la négociation collective sont naturellement la voie privilégiée par les syndicats. Ils doivent être force de proposition pour que l'employeur prenne des mesures permettant de lutter contre toute discrimination dans l'entreprise. Ainsi, le rôle des syndicats en matière de discrimination syndicale s'exprimera-t-il principalement par les revendications portées par leurs représentants (délégué syndical ou représentant de section syndicale) par leur participation à la négociation collective d'entreprise.

Cependant, dans le cas où l'action préventive du syndicat n'aura pas permis d'éviter la discrimination, reviendra nécessairement au syndicat de s'employer à la faire cesser. Cela pourra notamment passer par l'action en justice. En fonction des situations diverses actions sont alors possibles. Leur étude sera l'objet de cet article.