

Discrimination syndicale

2^{ème} Session de 2023
Formation d'avril à juin 2023

- 
- **LE PRINCIPE**
 - **LES TEXTES**
 - **LES MODES DE PREUVE**
 - **LES CONSEQUENCES**

Le principe d'égalité

- Le principe d'égalité a été proclamé solennellement lors de la Révolution française.
- Il a été inscrit dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.
- *L'article 1er énonce que « les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits »*
- *et l'article 6 que « la loi doit être la même pour tous, soit qu'elle protège soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leurs capacités et sans autres distinctions que celles de leurs vertus et de leurs talents »*

Le principe d'égalité

- Depuis la Révolution française et la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, le principe d'égalité est au cœur du système juridique français. Il a été converti en règle de droit positif sous l'effet de la jurisprudence du Conseil d'État.
- Le juge administratif a très tôt considéré le principe d'égalité comme un principe général de droit.
- le Conseil constitutionnel a érigé le principe d'égalité en principe à valeur constitutionnelle à partir de 1971

LES TEXTES

- (Articles L1131-1 à L1134-10 du code du travail)
- (Articles L2141-1 à L2141-13 du code du travail)
- (Article L2146-1 & L2146-2 du code du travail)
- (Articles 225-1 à 225-4 du code pénal)

LES TEXTES

Article L1132-1 du code du travail

Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de nomination 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, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008** portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, d'horaires de travail, d'évaluation de la performance, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une prétendue race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de son exercice d'un mandat électif, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille, de son lieu de résidence ou de sa domiciliation bancaire, ou en raison de son état de santé, de sa perte d'autonomie ou de son handicap, de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de sa qualité de lanceur d'alerte, de facilitateur ou de personne en lien avec un lanceur d'alerte, au sens, respectivement, du I de l'article 6 et des 1 et 2 de l'article 6-1 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

LES TEXTES

Article L1132-2 du code du travail

Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire mentionnée à l'article L. 1132-1 en raison de l'exercice normal du droit de grève.

Article L1132-3 du code du travail

Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné des agissements définis aux articles L. 1132-1 et L. 1132-2 ou pour les avoir relatés.

Article L1132-3-1 du code du travail

Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire mentionnée à l'article L. 1132-1 en raison de l'exercice des fonctions de juré ou de citoyen assesseur.

LES TEXTES

Article L1132-3-2 du code du travail

Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire mentionnée à l'article L. 1132-1 pour avoir refusé en raison de son orientation sexuelle une mutation géographique dans un Etat incriminant l'homosexualité.

Article L1132-3-3 du code du travail

Aucune personne ayant témoigné, de bonne foi, de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont elle a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions ou ayant relaté de tels faits ne peut faire l'objet des mesures mentionnées à l'article L. 1121-2.

Les personnes mentionnées au premier alinéa du présent article bénéficient des protections prévues aux I et III de l'article 10-1 et aux articles 12 à 13-1 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

LES TEXTES

Article L2141-5 du code du travail

Il est interdit à l'employeur de prendre en considération l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions en matière notamment de recrutement, de conduite et de répartition du travail, de formation professionnelle, d'avancement, de rémunération et d'octroi d'avantages sociaux, de mesures de discipline et de rupture du contrat de travail.

Un accord détermine les mesures à mettre en œuvre pour concilier la vie personnelle, la vie professionnelle et les fonctions syndicales et électives, en veillant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes. Cet accord prend 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.

Au début de son mandat, le représentant du personnel titulaire, le délégué syndical ou le titulaire d'un mandat syndical bénéficie, à sa demande, d'un entretien individuel avec son employeur portant sur les modalités pratiques d'exercice de son mandat au sein de l'entreprise au regard de son emploi. Il peut se faire accompagner par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise. Cet entretien ne se substitue pas à l'entretien professionnel mentionné à l'article L. 6315-1.

Lorsque l'entretien professionnel est réalisé au terme d'un mandat de représentant du personnel titulaire ou d'un mandat syndical, celui-ci permet de procéder au recensement des compétences acquises au cours du mandat et de préciser les modalités de valorisation de l'expérience acquise. Pour les entreprises dont l'effectif est inférieur à deux mille salariés, ce recensement est réservé au titulaire de mandat disposant d'heures de délégation sur l'année représentant au moins 30 % de la durée de travail fixée dans son contrat de travail ou, à défaut, de la durée applicable dans l'établissement.

LES OBLIGATIONS DE L'EMPLOYEUR

Un **accord** détermine les mesures à mettre en œuvre **pour concilier la vie personnelle, la vie professionnelle et les fonctions syndicales et électives**, en veillant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes. Cet accord prend 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.

Au début de son mandat, le représentant du personnel titulaire, le délégué syndical ou le titulaire d'un mandat syndical bénéficie, à sa demande, d'un entretien individuel avec son employeur portant sur les modalités pratiques d'exercice de son mandat au sein de l'entreprise au regard de son emploi. Il peut se faire accompagner par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise. **Cet entretien ne se substitue pas à l'entretien professionnel mentionné à l'article L. 6315-1.**

Lorsque l'entretien professionnel est réalisé au terme d'un mandat de représentant du personnel titulaire ou d'un mandat syndical, celui-ci permet de procéder au recensement des compétences acquises au cours du mandat **et de préciser les modalités de valorisation de l'expérience acquise**. Pour les entreprises dont l'effectif est inférieur à deux mille salariés, ce recensement est réservé au titulaire de mandat disposant d'heures de délégation sur l'année représentant au moins 30 % de la durée de travail fixée dans son contrat de travail ou, à défaut, de la durée applicable dans l'établissement.

LES TEXTES

Article L2141-7 du code du travail

Il est interdit à l'employeur ou à ses représentants d'employer un moyen quelconque de pression en faveur ou à l'encontre d'une organisation syndicale.

Le traité de Rome

- L'article 7 pose de manière claire le principe d'interdiction de toute discrimination exercée en raison de la nationalité, et mandate le Conseil et la Commission pour " après consultation de l'Assemblée, prendre, à la majorité qualifiée, toute réglementation en vue de l'interdiction de ces discriminations. "
-
- Dès lors, les principes sont clairement posés et s'imposent dans les droits internes Etats Membres comme droit primaire de la Communauté avec effet direct.

Définition.

- Dans les années 1980, la France a ratifié la Convention no 111 de l'OIT concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession (Conv. du 25 juin 1958 ratifiée le 15 avr 1981, JO 17 avr. ; Décr. de publication no 82-726 du 17 août 1982, JO 22 août ; entrée en vigueur le 28 mai 1982).
- Elle a ratifié également la Convention de l'ONU sur l'élimination de toute discrimination à l'égard des femmes, dite CEDAW, de son acronyme anglais généralement utilisé (Conv. du 18 déc. 1979 ; L. d'approbation no 83-561 du 1er juill. 1983, JO 2 juill. ; Décr. de publication no 83-193 du 12 mars 1984, JO 20 mars, entrée en vigueur le 13 janv. 1984)

Définition.

- Au plan européen, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1951 a été ratifiée en 1974 (L. de ratification no 73-1227 du 31 déc. 1973, JO 3 janv. 1974 ; Décr. de publication no 74-360 du 3 mai 1974, JO 4 mai). Elle oblige les États parties à reconnaître les droits et libertés qu'elle consacre « à toute personne relevant de leur juridiction », étranger ou national, qu'il soit ou non ressortissant de l'un des États signataires. L'article 14 stipule que la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention « doit être assurée sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation »

Qu'est ce que la discrimination ?

- La discrimination est une action ou une décision qui a pour effet de traiter de manière négative une personne en raison, par exemple, de sa race, de son âge ou de sa déficience. De telles raisons sont des motifs de discrimination et sont protégés par la loi.
- La discrimination se définit comme étant le traitement inégal et défavorable appliqué à certaines personnes en raison notamment, de leur origine, de leur nom, de leur sexe, de leur apparence physique ou de leur appartenance à un mouvement philosophique, syndical ou politique.

Qu'est ce que la discrimination ?

- Les articles L1132-1 et L1134-1 du code du travail renvoient à l'article 1 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 pour la définition de la discrimination:
<<Article 1: Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son origine, de son sexe, de sa situation de famille, de sa grossesse, de son apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son patronyme, de son lieu de résidence, de son état de santé, de sa perte d'autonomie, de son handicap, de ses caractéristiques génétiques, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales, de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une prétendue race ou une religion déterminée, **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.**

Constitue une discrimination indirecte

- **Constitue une discrimination indirecte** une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés.
- La discrimination inclut :
- **1 Tout agissement lié à l'un des motifs mentionnés au premier alinéa et tout agissement à connotation sexuelle, 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 ;**
- **2** Le fait d'enjoindre à quiconque d'adopter un comportement prohibé par l'article 2.>>

Constitue une discrimination indirecte (suite)

- 2 Le fait d'enjoindre à quiconque d'adopter un comportement prohibé par l'article 2.>>
- *Toute discrimination directe ou indirecte fondée sur un motif mentionné à l'article 1er est interdite en matière d'affiliation et d'engagement dans une organisation syndicale ou professionnelle, y compris d'avantages procurés par elle, d'accès à l'emploi, de formation professionnelle et de travail, y compris de travail indépendant ou non salarié, ainsi que de conditions de travail et de promotion professionnelle.*
- *Ce principe ne fait pas obstacle aux différences de traitement fondées sur les motifs visés à l'alinéa précédent lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée ;*
- 3 *Toute discrimination directe ou indirecte fondée sur un motif mentionné à l'article 1er est interdite en matière de protection sociale, de santé, d'avantages sociaux, d'éducation, d'accès aux biens et services ou de fourniture de biens et services.*
- *Ce principe ne fait pas obstacle à ce que des différences soient faites selon l'un des motifs mentionnés au premier alinéa du présent 3 lorsqu'elles sont justifiées par un but légitime et que les moyens de parvenir à ce but sont nécessaires et appropriés.*
- *La dérogation prévue au deuxième alinéa du présent 3 n'est pas applicable aux différences de traitement fondées sur l'origine, le patronyme ou l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une prétendue race ;*

Constitue une discrimination indirecte (suite)

- 4 *Toute discrimination directe ou indirecte est interdite en raison de la grossesse ou de la maternité, y compris du congé de maternité.*
- *Ce principe ne fait pas obstacle aux mesures prises en faveur des femmes en raison de la grossesse ou la maternité, y compris du congé de maternité, ou de la promotion de l'égalité entre les femmes et les hommes ;*
- 5 *Ces principes ne font notamment pas obstacle :*
 - a) *Aux mesures prises en faveur des personnes handicapées et visant à favoriser l'égalité de traitement ;*
 - b) *Aux mesures prises en faveur des personnes résidant dans certaines zones géographiques et visant à favoriser l'égalité de traitement ;*
 - c) *A l'organisation d'enseignements par regroupement des élèves en fonction de leur sexe ;*
- 6 *Ces principes ne font pas obstacle aux différences de traitement prévues et autorisées par les lois et règlements en vigueur à la date de publication de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.”*

Qu'est ce que la discrimination ?

- L'article 21 de la Charte dispose :
- « 1. Est interdite toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.

Qu'est ce que la discrimination ?

- La Cour a jugé que l'article 14 n'interdisait pas toute différence de traitement dans l'exercice des droits et libertés reconnus par la Convention.
- Il n'y a discrimination que si la distinction manque de « justification objective et raisonnable »,
- L'existence de la justification s'appréciant « par rapport au but et aux effets de la mesure considérée eu égard aux principes qui prévalent généralement dans les sociétés démocratiques ». Cette formulation de principe a été affirmée dans l'affaire linguistique belge de la CEDH (1968)

La protection générale contre les discriminations syndicales

-
-
- 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 ».

La protection générale contre les discriminations syndicales

- 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.
- Les articles L1132-1 et L1134-1 du code du travail renvoient à l'article 1 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 pour la définition de la discrimination

L'exercice de la liberté syndicale est 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.

L'exercice de la liberté syndicale est garanti pénalement

- 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 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).

L'exercice de la liberté syndicale est garanti pénalement

- 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.
- À l'origine, en 1956, la sanction pénale de la discrimination syndicale était une simple contravention. **L'infraction est aujourd'hui un délit.** L'article L. 481-3, devenu l'article L. 2146-2 du code du travail, sanctionne l'infraction aux dispositions de l'article L. 412-2 (art. L. 2141-5 à L. 2141-8 dans la nouvelle codification) d'une amende de 3 750 €, et en cas de récidive, d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 7 500 € ou de l'une de ces deux peines seulement.

L'exercice de la liberté syndicale est garanti pénalement

- Article 225-1 du code pénal
- Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques sur le fondement de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de leur situation économique, apparente ou connue de son auteur, de leur patronyme, de leur lieu de résidence, de leur état de santé, de leur perte d'autonomie, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur identité de genre, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur qualité de lanceur d'alerte, de facilitateur ou de personne en lien avec un lanceur d'alerte au sens, respectivement, du I de l'article 6 et des 1° et 2° de l'article 6-1 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, de leur capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une Nation, une prétendue race ou une religion déterminée..../...

L'exercice de la liberté syndicale est garanti pénalement

- Article 225-2 du code pénal
- La discrimination définie aux articles 225-1 à 225-1-2, commise à l'égard d'une personne physique ou morale, est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende lorsqu'elle consiste :
 - 1° A refuser la fourniture d'un bien ou d'un service ;
 - 2° A entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque ;
 - 3° **A refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne ;..../...**

L'exercice de la liberté syndicale est garanti pénalement

- **Portée limitée des règles pénales en matière de discrimination**
- Malgré la diversité des textes, la répression pénale des discriminations dans les rapports de travail occupe une place secondaire.
- Ce sont les développements de la notion civile de discrimination qui ont pris le relais. Le contentieux en la matière est aujourd'hui essentiellement civil. De plus, comparée à la notion civile de discrimination, la discrimination au sens pénal couvre un champ plus étroit
- la répression pénale ne peut concerner que la discrimination directe
- la notion de discrimination indirecte semble difficilement applicable en matière pénale

Définition.

- **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}).

Définition.

- **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).

Définition.

- **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 ».

Définition.

- **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] ».

Définition.

- **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.

Délit d'entrave et discrimination syndicale.

- **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.

RÔLE DU CSE EN MATIERE DE HARCELEMENT

- **Si un membre de la délégation du personnel au comité social et économique (CSE) constate, notamment par l'intermédiaire d'un travailleur, qu'il existe une atteinte aux droits des personnes**, à leur santé physique et mentale ou aux libertés individuelles dans l'entreprise qui ne serait pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnée au but recherché, **il en saisit immédiatement l'employeur**. Cette atteinte peut notamment résulter de faits de harcèlement sexuel ou moral ou de toute mesure discriminatoire en matière d'embauche, de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de classification, de qualification, de promotion professionnelle, de mutation, de renouvellement de contrat, de sanction ou de licenciement.
- **L'employeur procède sans délai à une enquête avec le membre de la délégation du personnel du CSE et prend les dispositions nécessaires pour remédier à cette situation.**

RÔLE DU CSE EN MATIERE DE HARCELEMENT

- En cas de carence de l'employeur ou de divergence sur la réalité de cette atteinte, et à défaut de solution trouvée avec l'employeur, le salarié, ou le membre de la délégation du personnel au CSE si le salarié intéressé averti par écrit ne s'y oppose pas, **saisit le bureau de jugement du conseil de prud'hommes qui statue selon la procédure accélérée au fond** (anciennement « procédure en la forme des référés »). Le juge peut ordonner toutes mesures propres à faire cesser cette atteinte et assortir sa décision d'une astreinte. (voir ci-après **l'article L2312-59** du code du travail)

Article L2312-59 du code du travail

- Si un membre de la délégation du personnel au comité social et économique constate, notamment par l'intermédiaire d'un travailleur, qu'il existe une atteinte aux droits des personnes, à leur santé physique et mentale ou aux libertés individuelles dans l'entreprise qui ne serait pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnée au but recherché, il en saisit immédiatement l'employeur. Cette atteinte peut notamment résulter de faits de harcèlement sexuel ou moral ou de toute mesure discriminatoire en matière d'embauche, de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de classification, de qualification, de promotion professionnelle, de mutation, de renouvellement de contrat, de sanction ou de licenciement.
 - L'employeur procède sans délai à une enquête avec le membre de la délégation du personnel du comité et prend les dispositions nécessaires pour remédier à cette situation.
 - En cas de carence de l'employeur ou de divergence sur la réalité de cette atteinte, et à défaut de solution trouvée avec l'employeur, le salarié, ou le membre de la délégation du personnel au comité social et économique si le salarié intéressé averti par écrit ne s'y oppose pas, saisit le bureau de jugement du conseil de prud'hommes qui statue selon la procédure accélérée au fond.
 - Le juge peut ordonner toutes mesures propres à faire cesser cette atteinte et assortir sa décision d'une astreinte qui sera liquidée au profit du Trésor.
-
- Conformément à l'article 30 de l'ordonnance n° 2019-738 du 17 juillet 2019, ces dispositions s'appliquent aux demandes introduites à compter du 1er janvier 2020.

jurisprudence

- La Cour de Cassation rappelle dans un arrêt du 1er février 2017 (Cass. Soc. 01.02.2017 : n°15-20799), que l'exercice d'activités syndicales d'un salarié ne peut être pris en considération dans l'évaluation professionnelle d'un salarié et figurer dans l'entretien annuel d'évaluation. A défaut, c'est une discrimination.

jurisprudence

- L'employeur ne justifiant pas par des raisons objectives étrangères à toute discrimination l'absence totale d'évolution de carrière de la salariée pendant près de 30 ans, le jugement sera infirmé en ce qu'il a dit non établie la discrimination syndicale (VERSAILLES 8 MARS 2023 N°20_02162).

jurisprudence

- L'article L.2141-5 du code du travail 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.
- Selon l'article L.1134-1 du code du travail, en cas de litige, le salarié concerné présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, au vu desquels, il incombe à l'employeur de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination, et le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.
- L'employeur n'explique pas objectivement les raisons qui l'ont empêché de procéder à aucune augmentation salariale au bénéfice de Mme [R] pendant 17 ans, cette situation ayant commencé en même temps que l'exercice de ces mandats syndicaux. Cette attitude est par ailleurs en contradiction d'une part avec les accords salariaux produits qui classe comme prioritaire les salariés n'ayant pas eu d'augmentation depuis 4 ans et plus et d'autre part l'accord relatif à l'exercice du droit syndical du 18 mars 1997 qui dispose dans son article 3.3 " les parties réaffirment que l'exercice d'un mandat de représentant de personnel ne peut avoir pour effet de pénaliser son titulaire dans son évolution professionnelle. En conséquence, la discrimination syndicale de madame [R] par l'établissement étant établie (cour d'appel de Paris 1 février 2023 / n° 19/09277).

Modes de preuve

Modes de preuve

- <> La loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 dispose d'une part que constitue une discrimination directe la situation dans laquelle sur le fondement de son appartenance, ou de son non appartenance vraie ou supposée, à une ethnie, ou une race, sa religion, ses convictions, son âge, son handicap, son orientation ou identité sexuelle ou son sexe, 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...
- <> **Il appartient au salarié en application de l'article L 1134-1 du code du travail de présenter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte ; au vu de ces éléments l'employeur doit prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination .**
- La preuve d'une discrimination ne résulte pas nécessairement de la comparaison entre un salarié faisant état d'une discrimination et d'autres salariés placés dans une situation comparable.
- <> L'absence de panel de comparaison ne rend pas irrecevable la demande de reconnaissance d'une discrimination syndicale , la preuve pouvant être apportée par tous moyens en respectant les règles probatoires du code du travail. (Chambéry 19 janvier 2023 N°21_01728)

Modes de preuve

- Il résulte de l'article L. 122-52, devenu l'article 1154-1 du code du travail, applicable en matière de discrimination et de harcèlement et interprété à la lumière de la Directive CE/2000/78 du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, que, dès lors que le salarié concerné établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement, il incombe à la partie défenderesse de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement (Cass.Soc. 24/09/08 N°06645747 -bicc 695 n°91).
-

Modes de preuve

- Avant tout procès sur le fond, il est possible de faire un référé probatoire (art. 145 du CPC) pour obtenir les éléments manquants nécessaires, par exemple, à la constitution du panel de comparants (ex : niveau de diplôme, salaires, coefficients...).
- Il n'y a pas de confidentialité dans la communication d'éléments nécessaires à la protection des droits. Le respect de la vie personnelle et le secret des affaires ne constituent pas en eux-mêmes un obstacle à l'application de l'article 145 du CPC dès lors que le salarié en a besoin pour établir la discrimination (Cass. soc., 19-12-12, n°10-20526).

Modes de preuve

- Le Code de procédure civile permet d'obtenir ou de préserver, sous le contrôle du juge, les preuves utiles dans un procès. Ainsi, l'article 145 CPC dispose 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* » .
- Le juge des référés est compétent pour ordonner à la demande de tout intéressé une mesure d'instruction 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. Le salarié a un intérêt légitime à solliciter une mesure d'instruction lorsque l'employeur est le seul à détenir des pièces permettant éventuellement au salarié d'étayer une demande fondée sur une discrimination syndicale.

Transposition du droit communautaire pour la preuve

- La loi (no 2001-1066) du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations a transposé dans le code du travail la règle communautaire de déplacement de la preuve applicable désormais à tous les motifs de discrimination,
- Cette transposition étant imparfaite, la France a été mise en demeure par la Commission européenne de transposer correctement le droit communautaire.
- C'est la loi du 27 mai 2008 portant diverses mesures d'adaptation au droit communautaire, qui opère cette transposition dans le nouvel article L. 1134-1 du code du travail.

Réparation du préjudice

- Le juge en vertu du droit à la réparation intégrale du préjudice doit placer le salarié victime de discrimination dans la situation où il se serait trouvé si la discrimination n'avait pas eu lieu.
- Ce préjudice correspond aux pertes de salaires et avantages auxquels le salarié pouvait légitimement prétendre en l'absence de discrimination en se basant sur la rémunération moyenne qu'il aurait dû percevoir en l'absence de discrimination depuis la date où le salarié a subi une discrimination (Chambéry 19 janvier 2023 N°21_01728)

Réparation du préjudice

- Le salarié privé d'une possibilité de promotion par suite d'une discrimination peut prétendre, en réparation du préjudice qui en est résulté dans le déroulement de sa carrière, à un reclassement dans le coefficient de rémunération qu'il aurait atteint en l'absence de discrimination (Cour de cassation, chambre sociale, 24 novembre 2021, n° 20-15.871)

Réparation du préjudice

- En matière civile, l'action en réparation du préjudice résultant d'une discrimination interdite par la loi se prescrit par 5 ans à compter de la révélation de la discrimination c'est-à-dire à la date à laquelle le salarié dispose de tous les éléments l'amenant à penser qu'il est discriminé – (L.1134-5 du Code du travail).
- Selon la Cour de cassation, l'action en réparation d'un préjudice résultant d'une discrimination ne peut être considérée comme prescrite lorsque la discrimination a été révélée à la salariée par un courrier de l'inspection du travail envoyé moins de 5 ans avant l'introduction de la demande – (Cass. soc., 20 févr. 2013, no 10-30.028).
- lorsque la discrimination syndicale a été établie au terme d'une enquête à laquelle a procédé l'inspection du travail saisie par le salarié, le point de départ du délai de prescription se situe à la date à laquelle les résultats de cette enquête ont été communiqués à l'intéressé – (Cass. soc., 5 janv. 2022, no 20-10.140).

Réparation du préjudice

- arrêt du 30 juin 2021 n° 19-14.543, un salarié formait une demande de gratification au titre de la médaille du travail en invoquant une discrimination à raison de l'âge. La cour d'appel avait estimé que la demande se rattachait à l'exécution du contrat de travail et appliqué le délai de prescription de 2 ans.
- La Cour de cassation casse la décision en rappelant tout d'abord le régime de prescription spécifique applicable à l'action en discrimination prévu par l'article L 1134-5 du Code du travail : l'action en réparation du préjudice résultant d'une discrimination se prescrit par 5 ans à compter de la révélation de la discrimination. Elle ajoute que les dommages-intérêts réparent l'entier préjudice résultant de la discrimination pendant toute sa durée. Puis, la chambre sociale en déduit que la demande en paiement d'une gratification fondée sur des faits de discrimination ne relève pas de la prescription biennale régissant les actions en exécution du contrat de travail.

Réparation du préjudice en référé

- DISCRIMINATION SYNDICALE EXAMINEE EN REFERE <> La constatation de l'urgence n'est pas une condition de la prise en compte du trouble manifestement illicite invoqué en l'espèce par la salariée. De même, le juge des référés est compétent pour faire cesser un trouble manifestement illicite même en présence d'une contestation sérieuse.
- <> **La modification du contrat de travail ou le changement des conditions de travail imposé par l'employeur à un délégué syndical constitue un trouble manifestement illicite que le juge des référés doit faire cesser en ordonnant la réintégration du salarié protégé dans ses anciennes fonctions.**
- <> Le juge des référés est donc compétent aux fins d'examiner si Madame [B], dont il n'est pas discuté qu'elle a été désignée en tant que représentante syndicale au Comité Social et Economique d'Etablissement le 2 mars 2020 par le Syndicat Commerce et Services 13 CFD, a vu ses conditions de travail modifiées, sans son accord, par l'employeur.
- <> La fonction habituelle de Madame [A] [B] était bien l'accueil jusqu'au 8 octobre 2021 et, à partir de la semaine 41 de l'année 2021, son affectation habituelle a été modifiée unilatéralement par l'employeur. En conséquence, la Cour statuant en référé ordonne la réintégration de Madame [A] [B] dans ses fonctions d'accueil afin de faire cesser le trouble manifestement illicite que constitue la modification des conditions de travail imposée par la SAS D_C_F à la salariée protégée. (suite infra)

Réparation du préjudice en référé (suite)

- DISCRIMINATION SYNDICALE EXAMINEE EN REFERE
- <> L'employeur échoue à démontrer que le changement des conditions de travail imposé à la salariée et l'engagement d'une procédure disciplinaire sont justifiés par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination syndicale . **Le manquement de l'employeur n'est pas sérieusement contestable et le juge des référés est compétent, en vertu de l'article R.1455-7 du code du travail, pour accorder à la salariée une provision en réparation de son préjudice résultant de la discrimination syndicale** (Cour d'Appel d'Aix-en-Provence 20 janvier 2023 n° 2023/017) .

Prescription -régime propre aux infractions continues

- Article L1134-5 du code du travail 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.
- Ce délai n'est pas susceptible d'aménagement conventionnel.
- Les dommages et intérêts réparent l'entier préjudice résultant de la discrimination, pendant toute sa durée>>.
- Pour la Cour de cassation, ce n'est pas tant la découverte d'éléments probatoires qui enclenche le délai de prescription mais le fait que les effets de la discrimination continuent de se produire et que les corrections opérées en 1981 aient été insuffisantes à faire cesser la discrimination.
- La Cour interprète donc le texte sur la prescription de la discrimination de manière extensive. Elle considère **qu'en l'absence de correction de faits discriminatoires le point de départ du délai de prescription est reporté, appliquant en somme le régime propre aux « infractions continues », pour lesquelles le délai de prescription court à partir du moment où l'infraction cesse de s'accomplir.** (Cass. Soc. 31 mars 2021, F-P, n° 19-22.557)

Un large pouvoir d'appréciation laissé aux juges du fond

-
- La Cour de cassation laisse aux juges du fond l'appréciation de la valeur des éléments de comparaison produits par les parties. Ainsi, dans une série d'arrêts du 29 novembre 2006 (no 05-43.853 à no 05-43.857), elle rejette les pourvois de la société par la formule suivante : « Mais attendu que la cour d'appel, se fondant sur les éléments de comparaison produits par les parties, contradictoirement débattus, dont elle a souverainement apprécié la valeur, a, [...], constaté que le salarié avait connu, par rapport à des salariés engagés à la même époque et au même coefficient, un retard dans l'évolution de sa carrière et de son coefficient...

Un large pouvoir d'appréciation laissé aux juges du fond

- **La pertinence du panel de comparaison est appréciée souverainement par les juges du fond** ; la cour d'appel ayant admis l'existence d'une discrimination justifiant l'octroi d'une somme de 110 000 euros de dommages-intérêts, dont 79 000 euros au titre du préjudice financier et 24 000 euros au titre de l'incidence sur le calcul de la retraite, en retenant que la rémunération de base du salarié se situe nettement au-dessous du salaire moyen et même médian de son groupe et de son niveau, soit le groupe 6 niveau C, avec une ancienneté comparable en dépit de la position de l'employeur qui soutenait qu'il convenait de comparer sa situation avec celle des salariés placés dans une situation identique à la sienne, c'est-à-dire les salariés occupant des postes comparables, et non pas tous les salariés bénéficiant du même positionnement dans la classification conventionnelle, indépendamment des fonctions effectivement exercées (**Cass. Soc 5 déc 2018 n°16-28.745**)

Un large pouvoir d'appréciation laissé aux juges du fond

- **La pertinence d'un panel de comparaison est appréciée souverainement par les juges du fond.**
- L'arrêt constate que le salarié, engagé au coefficient 185, a été classé au coefficient 200 (+ 10) en juin 2009, puis au coefficient 215 en avril 2017, qu'il a bénéficié d'un changement de classification en 2017 lors de son passage, après un refus de mobilité fonctionnelle et géographique, à la qualification professionnelle supérieure de technicien 1A, que les salariés auxquels l'intéressé se comparait occupaient des postes de niveau supérieur, qu'il avait bénéficié d'une évolution salariale constante se situant dans la moyenne des augmentations salariales pour son niveau de coefficient et que, parmi les salariés ayant une ancienneté comparable, si trois d'entre eux percevaient une rémunération modiquement supérieure sur la période 2016-2017, l'intéressé bénéficiait d'une évolution salariale supérieure à celle de deux autres salariés en 2017.
- La cour d'appel a pu en déduire que le salarié ne présentait pas d'éléments laissant supposer l'existence d'une différence de traitement salariale et dès lors d'une discrimination syndicale. (**Cass. soc., 5 avr. 2023, n o 21-25.838 F-D**)

- Constitue le délit le fait d'affecter le salarié, délégué du personnel à des tâches dévalorisantes, en opérant des retenues sur salaire illicites et en lui interdisant d'utiliser les moyens collectifs de transport de l'entreprise (Crim. 6 févr. 2007, no 06-82.601).
- La discrimination peut aussi résulter d'une répartition du travail qui pénalise un représentant du personnel. Il a été jugé que constituait le délit l'attribution de la tranche horaire la plus pénible dans un restaurant à la représentante du personnel (TGI Créteil, 20 janv. 2000, RPDS 2001, no 675, p. 231)
- Peut également constituer le délit le refus d'accorder à un représentant du personnel l'accès à une classification conventionnelle dont il remplit les critères, en raison de l'exercice de ses mandats et de son activité syndicale (Crim. 22 oct. 2002, no 01-87.146

- C'est la discrimination qui fait l'objet du contentieux le plus abondant tant au plan civil qu'au plan pénal.
- L'élément matériel de l'infraction peut concerner les conditions de travail, le déroulement de carrière, la rémunération, les avantages sociaux, les sanctions et le licenciement et, dans une perspective plus collective, les moyens de pression en faveur ou à l'encontre d'une organisation syndicale.
- **S'agissant des conditions de travail**, il a été jugé que constituait le délit le fait de retirer à un représentant du personnel ses fonctions de responsabilité, de le priver de travail, à l'exception de quelques traductions, de l'isoler de ses collègues et de le pénaliser pendant cinq mois par des diminutions de salaire qu'il a été le seul à subir (Crim. 4 janv. 1991, no 88-83.766 , Bull. crim., no 10).

DREETS et DISCRIMINATION

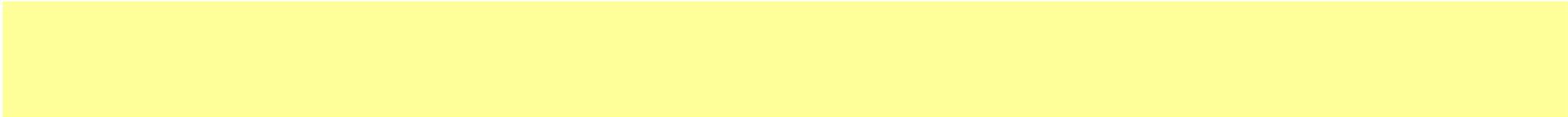
- L'inspection du travail veille à la bonne application de la législation du travail par les entreprises. Elle fait partie des Directions régionales de l'économie, de l'emploi, du travail et des solidarités (Dreets), placée sous l'autorité de la Direction générale du Travail.
- Ses missions sont définies par les articles L8112-1 à L8112-4 du Code du travail.
- **L'inspection du travail, au travers de ses inspecteurs du travail, est chargée de :**
- **Veiller à la bonne application :**
 - - **Des dispositions du Code du travail par les entreprises.**
 - - Des autres dispositions légales relatives au régime du travail.
 - - Des stipulations des conventions et accords collectifs de travail.
- Constater les infractions et engager les procédures pour y mettre fin et les sanctionner. Il s'agit plus précisément des infractions suivantes :
 - - Les infractions à ces dispositions et stipulations, au même titre que les officiers et agents de police judiciaire.
 - - **Certaines infractions sanctionnées par le Code pénal comme celles commises en matière de discrimination, de harcèlement sexuel ou de harcèlement moral.**

Quelles sont les missions confiées à l'inspection du travail par la loi ?

- L'inspection du travail, au travers de ses inspecteurs du travail, est chargée de :
 - Veiller à la bonne application :
 - - Des dispositions du Code du travail par les entreprises.
 - - Des autres dispositions légales relatives au régime du travail.
 - - Des stipulations des conventions et accords collectifs de travail.
 - Constater les infractions et engager les procédures pour y mettre fin et les sanctionner.
Il s'agit plus précisément des infractions suivantes :
 - - Les infractions à ces dispositions et stipulations, au même titre que les officiers et agents de police judiciaire.
 - - **Certaines infractions sanctionnées par le Code pénal comme celles commises en matière de discrimination**, de harcèlement sexuel ou de harcèlement moral..../...

Quelles sont les missions confiées à l'inspection du travail par la loi ?

- Les représentants du personnel peuvent saisir l'inspection du travail
- Les membres du CSE peuvent saisir l'inspection du travail de toutes les plaintes et observations portant sur l'application des dispositions légales dont le CSE est chargé d'assurer le contrôle (article L2312-5 du Code du travail). Par exemple, en cas de non-respect des règles relatives à la prévention des risques professionnels, au non-respect des règles de sécurité, en cas de discrimination.
- Un délégué syndical peut aussi demander l'intervention de l'inspection du travail au titre de sa mission de représentation.



- Avril 2023



-



-