

# DISCRIMINATION SYNDICALE ET INEGALITE PROBATOIRE

*« Nul ne peut être lésé dans son travail ou son emploi en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances. »*

(Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946)

Ce thème de l'égalité professionnelle a fait son chemin depuis le milieu du XXème siècle et a amené le vote en cette première année du XXIème siècle de deux lois : l'une relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes (loi n° 2001-397 du 9 mai 2001), et l'autre relative à la lutte contre les discriminations (loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001).

C'est ce dernier sujet, et plus particulièrement celui lié aux discriminations syndicales, qui va retenir notre attention tout au long de cette chronique.

La loi du 16 novembre 2001 a étendu la notion même de discrimination et a aussi élargi les domaines de protection contre les discriminations, n'épargnant aucun secteur de l'entreprise (de l'embauche à la rupture du contrat de travail, en passant par le déroulement de carrière).

Cette loi entre dans le cadre de la transposition de diverses directives communautaires dont la plus récente est relative à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (Directive 2000/78 du 27 novembre 2000). Nous constaterons que ces directives, ainsi que la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes, avaient déjà influencé la jurisprudence de la Chambre Sociale de la Cour de Cassation avant même son adoption en droit français.

Dans une première partie, nous retracerons un historique de l'évolution législative et jurisprudentielle, tant française que communautaire, de la notion de discrimination syndicale.

Au vu des diverses exigences imposées aux employeurs par les textes et les Tribunaux, nous évoquerons, dans une seconde partie, les moyens pratiques pour parer à de telles actions en discrimination.

## **I - UN PEU D'HISTOIRE...**

La Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) a appliqué, pour la première fois, la notion de discrimination indirecte en droit du travail en 1974, dans le cadre d'un litige concernant la libre circulation des travailleurs immigrants.

La CJCE a repris cette notion de discrimination afin de trancher deux différends concernant l'égalité hommes / femmes (arrêts JENKINS du 31 mars 1981 et BILKA du 13 mai 1986) et ce n'est qu'en 1996 que la Cour de Cassation a repris ces termes de discrimination indirecte, toujours dans le cadre de l'égalité hommes / femmes.

La directive communautaire du 15 décembre 1997 a fixé, dans son article 4, les règles de preuve à appliquer en cas de discrimination :

*« Dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établit, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement ».*

La CJCE et la Cour de Cassation, par la suite, ont retenu et affiné ce mécanisme probatoire en matière d'égalité hommes / femmes :

1) C'est au salarié qui se prétend lésé par une mesure discriminatoire de soumettre au juge des éléments de faits susceptibles de caractériser la discrimination.

2) C'est à l'employeur d'établir que la disparité de situation est justifiée par des critères objectifs étrangers à toute discrimination.

La Cour de Cassation a ensuite étendu ce mécanisme à la discrimination syndicale et a jugé à de multiples reprises que la preuve de la discrimination n'incombait pas au salarié, ce dernier n'ayant qu'à « soumettre » au juge « des faits susceptibles de caractériser une atteinte au principe de l'égalité de traitement » (Cour de Cassation 23 novembre 1999, 28 mars 2000, 26 avril 2000, 04 juillet 2000, 10 octobre 2000, 17 janvier 2001, 13 février 2001, 28 février 2001, 24 octobre 2001, 27 novembre 2002 et 14 mai 2003).

Le salarié doit donc produire des éléments crédibles qui démontreront que la différence de traitement critiquée constitue en apparence une discrimination.

A défaut de rapporter de tels éléments, le salarié est débouté de sa demande, n'ayant pas établi la présomption de discrimination qui lui incombe (Cass. Soc. 23 novembre 1999).

Il appartient ensuite à l'employeur d'expliquer quelles sont les raisons de cette différence et quels sont les éléments de fait permettant de justifier le bien fondé de cette différenciation de traitement.

Le juge, quant à lui, apprécie la pertinence de ces éléments.

C'est cette répartition de la charge de la preuve qui a été retenue par le législateur dans le nouvel article L.122-45 alinéa 4 du Code du Travail, issu de la loi du 16 novembre 2001 :

*« En cas de litige relatif à l'application des alinéas précédents, le salarié concerné ou le candidat à un recrutement, à un stage ou à une période de formation en entreprise présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Le Juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. »*

Nous pourrions apprécier les différences de vocabulaire (intentionnelles ou non) de la part des rédacteurs de l'article 4 de la directive de 1997, des juges de la Cour de Cassation et du législateur : le premier demande au salarié « d'établir » des faits (« démontrer, prouver » Le Petit Robert), les seconds de « soumettre » des faits (« présenter, proposer au jugement, au choix » Le Petit Robert), le dernier de « présenter » des faits (« développer, montrer, décrire » Le Petit Robert).

Il est regrettable, en terme de sécurité juridique, et d'autant plus en matière probatoire, que les mots employés diffèrent ainsi dans leurs sens.

Le plus souvent, les situations dans lesquelles sont invoqués ces cas de discrimination concernent les carrières des salariés mandatés. Ces derniers prétendent que leur évolution professionnelle est bloquée et que, par voie de conséquence, leur rémunération stagne par rapport aux autres salariés se trouvant dans une situation identique.

Ainsi, au principe de non-discrimination syndicale s'est greffée la notion de « *à travail égal, salaire égal* ». Cette affirmation est visée aux articles L.133-5-4 et L.136-2-8 du Code du Travail, et a été réaffirmée dans l'arrêt PONSOLLE relatif à l'égalité homme / femme (Cass. Soc. 29 octobre 1996) :

*« ...Il s'ensuit que l'employeur est tenu d'assurer l'égalité de rémunération entre tous les salariés de l'un ou de l'autre sexe, pour autant que les salariés en cause soient placés dans une situation identique ».*

La Cour de Cassation, dans deux arrêts rendus le 8 janvier 2003 en matière de discrimination syndicale, a rappelé qu'il convenait de rechercher si les salariés mandatés étaient ou non placés dans une situation identique à celle de leurs collègues.

La jurisprudence a utilisé en matière de discrimination syndicale cette approche égalitariste travail / salaire. De ce fait, il suffit que le salarié mandaté allègue qu'il est dans la même situation qu'un de ses collègues non-mandaté mais qu'il subit un traitement différent, pour en déduire que cette différence constitue une discrimination syndicale.

Ainsi, les juges n'ont pas à rechercher s'il existe une discrimination en tant que telle mais à comparer la situation du salarié mandaté et celles de ses collègues pour savoir si elles sont égales.

La Cour d'Appel de VERSAILLES a exposé, dans quatre arrêts rendus le 26 juin 2003, la motivation suivante :

*« Considérant qu'il appartient à M... d'établir l'existence d'éléments susceptibles de caractériser une discrimination, l'employeur devant, dès lors qu'il conteste cette discrimination, établir que la disparité de situation constatée est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination fondée sur l'appartenance à un syndicat ;*

*Considérant que pour établir l'existence d'une disparité de traitement en sa défaveur, M... effectue une comparaison, d'une part avec huit salariés travaillant dans le même secteur d'activité que lui, et d'autre part avec cinq salariés embauchés la même année que lui, avec le même niveau d'étude et ayant occupé ou occupant le même poste ;*

*Considérant que pour être pertinentes, les comparaisons doivent concerner des salariés placés dans une situation similaire, ayant la même ancienneté et une qualification équivalente, et travaillant dans le même secteur d'activité ; (...)* »

Dans ces arrêts, la Cour d'Appel a procédé à une analyse très détaillée de la situation de chaque salarié avec lequel le demandeur se comparait (date d'embauche, promotions, augmentations, évaluations de la hiérarchie sur la qualité du travail) pour en conclure que les disparités relevées par ce dernier s'expliquaient « *par des éléments objectifs étrangers à toute considération relative à l'appartenance syndicale* ».

Le décor étant dressé, concrètement, comment faut-il préparer un dossier de défense lors d'un contentieux en discrimination syndicale ?

## II - ... ET D'EXPERIENCE

Vous voilà destinataire d'une convocation devant le Bureau de Conciliation avec des demandes de condamnation telles que dommages-intérêts (article L.412-2 du Code du Travail), rappel de salaire sur 5 ans, passage au coefficient supérieur, remise à niveau mensuel du salaire, remise à niveau des points de retraite, article 700 du NCPC, etc.

Le parcours judiciaire du combattant commence.

Dès le Bureau de Conciliation, il peut être sollicité par le demandeur qu'il vous soit ordonné de verser un certain nombre de pièces (les dossiers personnels du demandeur et des salariés avec lesquels il se compare, la liste des salariés entrés la même année, au même niveau de coefficient, dans le même métier, leur niveau de salaire, les salaires moyens dans l'entreprise de certains coefficients, etc.).

Plus le demandeur et les salariés constituant son groupe de référence auront d'ancienneté, plus le nombre de pièces à communiquer sera important.

S'agissant du demandeur, au mieux, il versera aux débats, pour répondre à son obligation de « soumettre des éléments permettant au juge d'apprécier la pertinence de son allégation de discrimination syndicale », les pièces suivantes : son contrat de travail, quelques bulletins de salaire, un tableau mentionnant son salaire, son coefficient, son âge, son ancienneté, un tableau équivalent pour ses collègues avec lesquels il se compare, l'évolution de sa carrière, le nombre d'augmentations, de promotions, la moyenne des augmentations et des promotions de son secteur, des échanges de lettres (avec la direction, avec les institutions représentatives du personnel, avec les syndicats, etc.).

Cette première communication de pièces ne dépasse guère une trentaine de document.

En revanche, la communication des pièces de l'employeur est souvent très volumineuse...

En effet, si le demandeur a 20 ans d'ancienneté, se prétend discriminé depuis son embauche et se compare à une quinzaine de salariés (ce qui est souvent un minimum...), ce seront 500 à 600 pièces qui seront communiquées ! N'oublions pas que vous avez la charge de la preuve de la « non-discrimination ».

Dans un premier temps, il conviendra de contrôler et de valider tous les chiffres avancés par le demandeur. Des erreurs peuvent être relevées dans les montants de salaire indiqués par lui, dans les dates d'embauche ou de coefficients. Après les avoir pointés, puis rectifiés, souvent les écarts critiqués par le demandeur s'amenuisent singulièrement.

Dans un second temps, il faudra véritablement regarder à la loupe les dossiers personnels tant du demandeur que ceux des autres salariés.

Concernant le demandeur, il convient de trouver tous les documents permettant de démontrer que la différence de traitement est étrangère aux mandats. Il convient alors de faire un point précis sur les dates de prise de mandat et faire une corrélation entre ces dates et celles auxquelles il a obtenu des augmentations et/ou des promotions, que ce soit avant, pendant et/ou après son élection.

La datation du début de la prétendue discrimination est parfois à géométrie variable : adhésion syndicale, premier mandat ou parfois premier mandat « lourd ».

Or, s'agissant de l'adhésion syndicale, un tel acte ne s'inscrit pas dans le cadre d'un mandat de représentant du personnel. Par ailleurs, l'employeur n'est pas informé d'une telle adhésion qui ne lui est donc pas opposable. La date de la prétendue discrimination ne peut donc pas être arrêtée au moment de l'inscription du salarié auprès d'un syndicat et il est important de refuser une telle datation.

Certains salariés prétendent que la discrimination n'apparaîtrait qu'à la prise d'un mandat qu'il qualifie de « lourd » (DP, DSL, CE...).

Or, juridiquement, il n'y a pas de mandat « léger » ou de mandat « lourd »... Dans cette hypothèse, il ne faut pas hésiter à analyser la carrière du salarié demandeur à compter de son premier mandat pour démontrer la non-discrimination.

Cette toute première analyse permettra d'apprécier l'incidence du mandat sur l'évolution de carrière du salarié. Si, à la suite de la prise de son mandat, le salarié n'a plus ni augmentation, ni promotion pendant des années, soit jusqu'à la fin de son mandat, soit jusqu'à ce qu'il y ait une intervention du syndicat, des institutions représentatives du personnel ou même de l'Inspecteur du Travail, la défense de l'employeur sera délicate !

En revanche, le salarié peut avoir obtenu tout au long de sa carrière des augmentations et/ou des promotions de moindre importance que les autres salariés. En effet, il est de jurisprudence constante qu'au sein d'une même entreprise, l'employeur peut effectuer des différences de traitement entre ses salariés sur la base de son libre pouvoir d'appréciation dont il dispose au regard de leurs aptitudes, compétences, expériences et qualités professionnelles (Cass. 27.10.1999).

Cette évolution différente du salarié demandeur peut donc s'expliquer par une plus faible performance, par un refus d'assister à des formations, par une absence de volonté d'évolution, par un manque d'implication pendant son temps de travail, par des erreurs professionnelles, par des absences injustifiées, par des retards, etc.

Ce sont ces éléments objectifs qu'il faut rechercher dans le dossier personnel du salarié et qui permettront de justifier la différence de traitement.

Parmi les documents qui peuvent aider l'employeur à démontrer que les différences de traitement sont fondées sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination, se trouve l'évaluation annuelle du salarié, faite tout au long de sa carrière par sa hiérarchie.

S'agissant des méthodes d'évaluation, la Cour de Cassation estime que « *sous réserve de ne pas mettre en œuvre un dispositif d'évaluation qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance des salariés, l'employeur tient de son pouvoir de direction né du contrat de travail, le droit d'évaluer le travail de ses salariés* » (Cass. Soc. 10.07.2002).

Ainsi, si des écarts de salaire et/ou de coefficient sont relevés, des éléments peuvent être trouvés dans ces évaluations annuelles. Ils doivent pouvoir justifier une contre-performance du salarié mandaté, ou au contraire une meilleure performance des salariés constituant son groupe de référence.

Il faut bien évidemment écarter les documents faisant apparaître des mentions telles que « absentéisme occasionné par son mandat » ou « temps insuffisant consacré à son activité professionnelle du fait de ses activités syndicales » ou « manque de disponibilité » ou « d'assiduité » à l'appui de refus de demandes d'augmentation, de promotion, de mutation ou de formations.

En effet, le fait que l'activité syndicale d'un salarié mandaté le rende moins disponible ne saurait justifier un refus d'évolution de carrière ou d'attribution d'un poste soumis à la condition de disponibilité (Cass. Ch. Crim. 25.05.1982).

En revanche, si l'analyse des diverses évaluations permet de justifier le refus ou l'octroi d'une augmentation individuelle (par essence, le salarié mandaté a perçu comme tous les autres les augmentations collectives de salaire), mais de moindre importance que celle accordée à ses collègues, par la mise en avant d'arguments objectifs (critiques liées exclusivement au travail fourni par le salarié), les pièces en ce sens doivent être produites aux débats.

En dehors de ces évaluations annuelles, toutes traces écrites peuvent être utilisées : avertissements (non amnistiés !), échanges de diverses correspondances...

Lorsque tout ce travail d'analyse et de comparaison est terminé, il convient de faire un travail de synthèse et d'établir des tableaux comparatifs faisant apparaître l'évolution de la carrière du salarié demandeur et de celle de chacun des salariés composant le groupe de référence.

Ce tableau comparatif doit permettre la mise en exergue des éléments objectifs justifiant la différence de traitement.

Le dossier à présenter aux conseillers prud'hommes ou aux magistrats de la Cour d'Appel, doit être vivant et non « assommant » (ce qui n'est pas une tâche aisée compte tenu, d'une part de son caractère descriptif lié aux comparaisons, et d'autre part du nombre de pièces versées aux débats !). Il doit faire ressortir les particularités liées aux divers secteurs de l'entreprise et métiers qui y sont exercés et, au cœur de ces métiers, faire ressortir quelles sont les fonctions, les activités confiées (principales ou secondaires) et les compétences requises.

Peut-on de manière pertinente comparer un salarié embauché avec un CAP avec un autre salarié embauché au même moment avec un BTS ? Peut-on comparer un salarié qui, à son embauche, a déjà acquis plusieurs années d'expérience professionnelle avec un autre qui n'en a pas ? Peut-on utilement comparer les carrières de deux salariés alors que l'un des deux a rapidement changé de secteur ou de filière et n'effectue plus du tout le même métier au jour de la demande en justice présentée par le salarié mandaté ? Peut-on comparer un salarié qui est mobile, qui accepte des formations, avec un autre qui refuse ces formations et stagne dans son poste ?

Il est, selon nous, impossible de se contenter de dire : à l'embauche, ces deux salariés ont été engagés au même poste et au même coefficient, et aujourd'hui, ils ont une différence de salaire qui permettrait à elle seule de dire que le salarié mandaté est discriminé.

Se fonder ainsi sur deux clichés fixes sans analyser « le film » qui s'est déroulé entre ces deux clichés est une aberration et une négation même de la part individuelle investie par chacun des salariés dans son emploi. Une telle méthode, exclusivement fondée sur des critères tels que la même date d'embauche, au même âge et au même coefficient, qui induit que 20 ans plus tard ces deux salariés doivent avoir eu la même évolution et ainsi être au même coefficient et au même niveau de salaire, est réductrice et dénote un manque total de pertinence.

Ainsi, ce dossier judiciaire doit raconter les « histoires » de ces salariés et en quoi ces « histoires » font que Pierre n'a pas eu la même évolution de carrière que Paul, et ceci pour des raisons qui sont sans relation avec le ou les mandats exercés par Paul.

S'il en ressort au contraire qu'aucun élément objectif ne permet d'expliquer la différence d'évolution, il ne reste qu'à tenter de se défendre avec « les moyens du bord » ou entrer dans une phase de négociation... ce qui est un autre débat !

Florence Mercadé-Choquet  
Avocat