

Paris, le 16 février 2015

Décision du Défenseur des droits MLD-2015-033

Le Défenseur des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

Vu la directive 2000/78/CE 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 ;

Vu 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 ;

Vu le code du travail ;

Saisi d'une réclamation de Monsieur X relative à des faits de discrimination à raison de ses activités syndicales,

Décide de présenter ses observations devant le Conseil de prud'hommes de Z.

Jacques TOUBON

Observations devant le Conseil de prud'hommes de Z dans le cadre de l'article 33 de la loi n°2011-333 du 29 mars 2011

1. Le 11 avril 2013, le Défenseur des droits a été saisi par Monsieur X d'une réclamation relative à des faits de discrimination à raison de ses activités syndicales au sein de la société Y.

I. RAPPEL DES FAITS ET PROCÉDURE :

2. Le 15 mai 2006, Monsieur X est recruté, dans le cadre d'un CDI, en qualité de formateur, par la société Y, spécialisée dans l'édition de logiciels administratifs et médicaux pour les établissements du secteur sanitaire et social. Ses missions principales consistent à intervenir chez les clients de la société lors de l'installation de logiciels.
3. Le 26 octobre 2006, il est élu délégué du personnel titulaire lors des élections de la délégation unique du personnel et le 5 octobre 2011, il est désigné délégué syndical par le syndicat A Fédération sociétés d'études, premier syndicat à s'implanter au sein de la société.
4. Le 15 décembre 2011, Monsieur B, Président de la société, le convoque à un entretien préalable en vue d'une sanction disciplinaire pouvant aller jusqu'au licenciement qui se déroule le 23 décembre 2011.
5. Le 19 janvier 2012, il se voit notifier une mise à pied disciplinaire d'une journée. Il lui est reproché d'avoir :
 - sollicité des remboursements indus de frais de repas au cours de deux journées de délégation syndicale extérieure ;
 - dénigré la société, ses dirigeants et incité les salariés à commettre des fautes en envoyant, le 7 décembre 2011, un courriel à son supérieur hiérarchique, en copie à dix salariés, relatif à son droit d'alerte et au droit de retrait de ces salariés « *pour une situation qui ne justifiait absolument pas l'exercice de ces droits, à savoir une simple odeur de peinture ressentie l'après-midi du 5 décembre 2011* » ainsi qu'en ayant « *dans le cadre des questions des délégués du personnel, dénigré certains produits Y et envisagé le fait d'inciter les salariés à ce que ces dénigrements puissent être divulgués aux clients* » ;
 - contribué à créer ainsi un « *climat délétère inédit au sein de la société* ».
6. Le 28 janvier 2012, il conteste cette sanction qu'il estime en lien avec son mandat.
7. Le 3 avril 2012, il est convoqué à un nouvel entretien préalable qui a lieu le 24 avril 2012.
8. Le 9 mai 2012, la société sollicite auprès de l'inspection du travail l'autorisation de le licencier au motif qu'il « *poursuit la désorganisation de la société par le biais de critiques systématiques des produits Y, d'atteinte à la réputation de son employeur auprès de ses clients et de dénigrement des équipes et de la direction* ».
9. Par décision du 9 juillet 2012, l'inspection refuse cette autorisation. La société forme un recours hiérarchique contre cette décision auprès du ministre du travail.
10. Le 12 octobre 2012, M. X est convoqué à un nouvel entretien préalable fixé au 23 octobre 2012 et dans l'attente, fait l'objet d'une mise à pied à titre conservatoire.
11. Le 19 octobre 2012, il dénonce les « *procédures abusives* » dont il estime faire l'objet à raison de ses activités syndicales.
12. Le 26 octobre 2012, la société adresse à l'inspection du travail une nouvelle demande d'autorisation de licenciement fondée sur « *un comportement gravement fautif ayant entraîné*

une nouvelle plainte d'un client » et « des fautes grossières qui (...) procèdent de la diffusion (habituelle de sa part) de fausses informations auprès de la clientèle (...) ».

13. Le 31 octobre 2012, le syndicat A dénonce « *l'acharnement déployé à l'encontre de M. X depuis sa nomination en tant que délégué syndical* » qu'elle qualifie de harcèlement et de discrimination en lien avec son mandat syndical.
14. Par décision du 28 novembre 2012, l'inspection du travail refuse la seconde autorisation de licenciement.
15. Le 13 décembre 2012, le ministre du travail confirme le premier refus d'autorisation de licenciement de l'inspection du travail.
16. Le 22 janvier 2013, la société forme un recours hiérarchique contre le second refus de l'inspection du travail. Le 4 juin 2013, le ministre du travail confirme cette décision. La société forme un recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif aux fins de voir annulées ces décisions.
17. Par jugement du 16 décembre 2014, le tribunal administratif de Z rejette le recours de la société Y¹.
18. Parallèlement, M. X a saisi le Conseil de prud'hommes de Z aux fins de voir prononcée la résiliation judiciaire de son contrat de travail. Dans ce cadre, il souhaite connaître l'avis du Défenseur des droits sur l'existence d'une discrimination à son encontre.
19. Au vu des éléments présentés par M. X au soutien de sa réclamation, le Défenseur des droits a, en vertu des articles 18 et 20 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 le régissant, sollicité la société Y afin de recueillir ses explications sur les faits de discrimination allégués ainsi que la communication d'un certain nombre de pièces. Cette dernière y a répondu par courriers.
20. Après analyse des premiers éléments de réponse de la société, le Défenseur des droits lui a adressé une note récapitulant les raisons pour lesquelles il pourrait retenir l'existence d'une discrimination dans ce dossier et l'a invitée à présenter tout élément et document utile. La société y a répondu par courrier en présentant plusieurs éléments qui ont été examinés par le Défenseur des droits.

II. CADRE JURIDIQUE :

21. Il ressort d'une enquête de la DARES², publiée en novembre 2014, intitulée « *représentants du personnel : quelles ressources pour quelles actions ?* », que dans 38% des établissements, les représentants du personnel estiment insuffisant le nombre de candidats aux fonctions de représentants du personnel, en premier lieu par manque d'intérêt des salariés, mais aussi par crainte que cela ne nuise à leur carrière.
22. Près d'un tiers des représentants du personnel déclarent en effet que leurs fonctions représentatives ont été soit un frein à leur carrière professionnelle soit un facteur de dégradation de leurs conditions de travail.
23. Au regard de ces éléments, il apparaissait nécessaire que la loi encadre strictement la protection des représentants du personnel, naturellement plus exposés que les salariés dépourvus de mandat.

¹ Par courrier du 22 décembre 2014, Monsieur B informait le Défenseur des droits de son intention d'interjeter appel de ce jugement cf. pièce n°16

² DARES, Analyses, Novembre 2014, n°084, <http://travail-emploi.gouv>

24. Ainsi, les mesures discriminatoires prises à l'égard des salariés au motif de leurs activités syndicales sont sanctionnées par deux types de dispositions : les textes d'ordre général interdisant les discriminations et les textes spécifiques visant les seules discriminations syndicales.
25. S'agissant des dispositions générales d'interdiction des discriminations, il ressort de l'article L.1132-1 du code du travail qu' *« aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire (...) en raison de (...) ses activités syndicales »*.
26. Cet article fait référence à 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 qui précise, dans son article 1^{er}, que :
- « Tout agissement subi par une personne sur le fondement de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, sa religion, ses convictions, son âge, son handicap, son orientation ou identité sexuelle, son sexe ou son lieu de résidence, et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant constitue une discrimination »*.³
27. L'objet de cette loi était de compléter la transposition de textes communautaires, notamment en ce qui concerne l'assimilation du harcèlement fondé sur un motif prohibé à une discrimination. En effet, la Directive 2000/78/CE 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, dans son article 2, prévoit :
- « Le harcèlement est considéré comme une forme de discrimination au sens du paragraphe 1 lorsqu'un comportement indésirable lié à l'un des motifs visés à l'article 1^{er} se manifeste, qui a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant. Dans ce contexte, la notion de harcèlement peut être définie conformément aux législations et pratiques nationales des États membres »*.
28. En vertu de ces dispositions, le Défenseur des droits considère que tout agissement subi par un salarié ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant, et lié à l'un des critères prohibés par l'article L.1132-1 du code du travail, tel que celui relatif aux activités syndicales, constitue un harcèlement discriminatoire.
29. Récemment, dans une affaire où le Défenseur des droits avait présenté des observations, le Conseil de prud'hommes de MONTPELLIER a retenu cette analyse (*Décision Défenseur des droits MLD/2014-38 du 9 avril 2014 ; CPH MONTPELLIER, 3 novembre 2014, 13/01185*).
30. S'agissant des dispositions spécifiques relatives à la discrimination syndicale, il ressort de l'article L.2141-5 du code du travail qu' *« 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 conduite et de répartition du travail (...), de rémunération (...), de mesures de discipline et de rupture de contrat de travail (...) »*.
31. L'article L.2141-8 du même code ajoute que *« les dispositions des articles L.2141-5 à L.2141-7 sont d'ordre public. Toute mesure prise par l'employeur contrairement à ces dispositions est considérée comme abusive et donne lieu à des dommages et intérêts »*.
32. Il est souligné que l'article L.1132-4 du code du travail sanctionne par la nullité tout acte contraire au principe général de non-discrimination.

³ Il est à noter que si le critère des activités syndicales n'est pas visé par la loi du 27 mai 2008, l'article L.1132-1 du code du travail, qui la consacre, vise, quant à lui, ce critère

33. S'agissant du régime probatoire, l'article L.1134-1 du même code définit, quant à lui, le principe de l'aménagement de la charge de la preuve. En vertu de ce principe, le salarié doit présenter des éléments de faits laissant supposer l'existence d'une discrimination⁴. 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.
34. La Cour de cassation est venue préciser que les éléments de fait présentés par le salarié doivent être appréciés de manière globale (Cass. soc., 29 juin 2011, n°10-14067). Récemment, elle a considéré qu'au nombre de ces éléments, pouvait figurer un rapport établi par un inspecteur du travail (Cass. soc., 15 janvier 2014, n°12-27261).

III. ANALYSE JURIDIQUE :

➤ Sur les éléments de fait présentés par M. X :

35. Deux mois après sa désignation en tant que délégué syndical, M. X est convoqué à un entretien préalable puis se voit notifier une mise à pied disciplinaire fondée sur deux griefs en lien avec ses activités syndicales. Ce lien est également relevé par l'inspection du travail lors de son enquête.
36. En l'espace de six mois, il est ensuite convoqué à deux entretiens préalables à la suite desquels la société Y sollicite auprès de l'inspection du travail l'autorisation de le licencier. L'inspection rejette les deux demandes de la société en relevant pour chacune d'elles leur lien avec les mandats du réclamant. Ces deux décisions sont confirmées par le ministre du travail. Le tribunal administratif de Z rejettera le recours pour excès de pouvoir de la société s'agissant du second refus d'autorisation de licenciement.
37. Par ailleurs, les bulletins de paie produits par M. X permettent de constater qu'il n'a pas bénéficié d'augmentation de salaire depuis son mandat de délégué syndical.
38. Il n'aurait pas non plus bénéficié d'entretien annuel d'évaluation en 2012, ce qui est dénoncé par le syndicat A dans son courrier du 31 octobre 2012.
39. En outre, plusieurs éléments présentés par le réclamant permettent de constater des relations conflictuelles entre l'employeur et les institutions représentatives du personnel et, plus particulièrement, avec le syndicat représenté par M. X :
- Courrier du 10 mai 2012 dans lequel le syndicat A dénonce la première procédure de licenciement engagée à l'encontre de M. X et la volonté de M. B de « se débarrasser » de le syndicat A dans l'entreprise ;
 - Courriers des 11 juillet et 5 octobre 2012 par lesquels l'inspection du travail relève des difficultés persistantes concernant le fonctionnement de la délégation unique du personnel au sein de la société et demande à Monsieur. B d'y remédier ;
 - Première décision de refus d'autorisation de licenciement du 28 novembre 2012 par laquelle l'inspection du travail souligne qu'elle a dû intervenir pour que l'employeur prenne en compte ces difficultés et que le courrier de réponse de Monsieur. B à le syndicat A du 7 novembre 2012 « montre, par le déni de tout problème concernant le fonctionnement des instances représentatives du personnel et par l'emploi de termes péjoratifs à l'encontre de M. X, que l'action syndicale de ce dernier n'est toujours pas acceptée par l'employeur » ;
 - Plusieurs attestations de salariés, affiliés à un syndicat ou titulaires d'un mandat, ayant fait l'objet de pressions de la part de la société et de M. B.

⁴ La Cour de cassation est venue préciser que les éléments de fait présentés par le salarié doivent être appréciés de manière globale (Cass. soc., 29 juin 2011, n°10-14067)

40. Enfin, M. X verse au soutien de sa réclamation plusieurs certificats médicaux permettant de constater la dégradation de son état de santé à compter de l'année 2013.
41. Ces éléments de fait, pris dans leur ensemble, laissent supposer que M. X a fait l'objet d'un harcèlement discriminatoire à raison de ses activités syndicales, au sens de l'article L.1132-1 du code du travail et de l'article 1^{er} de la loi du 27 mai 2008 auquel il renvoie, ayant eu pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant.
42. Au vu de ces éléments, il appartenait à la société Y de démontrer que ses décisions étaient justifiées par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination, conformément au principe de l'aménagement de la charge de la preuve prévu par l'article L.1134-1 du code du travail.
- **Sur les éléments de réponse apportés par la société Y :**
43. Dans ses courriers de réponse, l'employeur nie toute discrimination à l'encontre de M. X et fait valoir une attitude très hostile de ce dernier envers la société. Il voit, dans sa saisine du Défenseur des droits, « *une énième tentative de déstabilisation* » et s'estime victime d'un « *véritable harcèlement moral de la part de M. X* ».
44. Au soutien de ses déclarations, l'employeur verse des attestations de délégués du personnel critiquant le comportement de M. X lors des réunions avec la direction.
45. Ces éléments, confrontés à ceux présentés par le réclamant, permettent de constater un climat particulièrement tendu au sein de la société entre M. X et la direction - ce qui a été relevé par l'inspection du travail lors de son enquête et par le tribunal administratif dans son jugement du 16 décembre 2014 – ainsi qu'avec certains délégués du personnel.
46. Dans son jugement, le tribunal administratif relève « *un contexte de relations conflictuelles récurrentes* » au regard du rôle particulièrement actif de M. X en tant que représentant du personnel et considère que « *si le ton et le procédé utilisés par M. X pour informer ses collègues sur leurs droits de retrait et d'alerte, ainsi que pour questionner son employeur sur les motifs d'insatisfaction des clients peuvent apparaître inappropriés, ils ne caractérisent pas un abus dans l'exercice des mandats* ».
47. Le Défenseur des droits souligne que le contexte conflictuel relevé en l'espèce n'apparaît pas de nature à justifier les différentes mesures disciplinaires dont a fait l'objet M. X à compter de son mandat de délégué syndical.
48. Afin de justifier ses décisions, la société s'appuie également sur les faits fautifs de M. X relevés par l'inspection et le ministre du travail.
49. Néanmoins, ces faits ont, à ce jour, été jugés insuffisants pour autoriser son licenciement. Plus encore, le lien avec les mandats de ce dernier n'a pu être écarté⁵.
50. Dans son jugement, le tribunal administratif rappelle ce lien concernant sa mise à pied disciplinaire du 19 octobre 2012 et la première demande d'autorisation de licenciement, avant de conclure : « *Dans ces conditions, la demande d'autorisation de licencier M. X ne peut être regardée comme sans rapport avec les fonctions représentatives ou l'appartenance syndicale de l'intéressé, dès lors qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que la société Y aurait, pour les mêmes faits que ceux mentionnés dans la demande d'autorisation de licenciement, licencié un autre salarié ; qu'en conséquence, l'autorité administrative était tenue de rejeter la demande d'autorisation présentée par la société* ».

⁵ Considérant 4 du jugement du tribunal administratif de Z

51. Dans ses réponses, la société critique également l'impartialité de l'inspecteur du travail. Cet argument a également été rejeté par le tribunal administratif⁶.
52. Le Défenseur des droits rappelle qu'alors qu'il n'avait jamais été sanctionné auparavant, M. X a fait l'objet, à compter de sa désignation en tant que délégué syndical, de trois procédures disciplinaires dont une a donné lieu à une mise à pied disciplinaire d'une journée pour des faits en lien avec ses activités syndicales et deux ont abouti à des demandes d'autorisation de licenciement qui ont toutes été rejetées par l'autorité administrative.
53. Dans deux délibérations n°2008-68 du 14 avril 2008 et n°2010-131 du 31 mai 2010 de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité dont le Défenseur des droits a repris les missions⁷, l'Institution a conclu à l'existence d'une discrimination à l'encontre d'une salariée qui avait fait l'objet de quatre procédures de licenciement, toutes refusées par l'inspection du travail, avant d'être licenciée pour motif économique.
54. Dans cette affaire, la Cour d'appel de METZ, suivant les observations de la haute autorité, a déclaré le licenciement discriminatoire car fondé sur les activités syndicales de la réclamante et lui a octroyé 30 000 euros de dommages et intérêts (*CA METZ, 23 avril 2012, n°12/00217*).
55. Concernant l'absence d'évolution de la rémunération de M. X, la société s'appuie également sur les faits fautifs relevés par l'autorité administrative.
56. Toutefois, l'article L. 1331-2 du code du travail prohibe les sanctions pécuniaires et la Cour de cassation est venue préciser que constitue une sanction prohibée, la diminution de la rémunération du salarié sous prétexte que son travail est mal effectué (*Cass. soc., 7 décembre 1995, n°92-40864*).
57. Le tableau produit par la société dans sa dernière réponse au Défenseur des droits⁸ confirme cette diminution de rémunération en 2011. Il permet également de constater que M. X a été le seul salarié à ne pas avoir bénéficié d'augmentation durant deux années consécutives⁹.
58. Or, cette absence d'augmentation de salaire coïncide avec la désignation de M. X en tant que délégué syndical, ce qui constitue une discrimination au sens de la jurisprudence (*Cass. soc., 28 juin 1994, n°91-42290*).
59. Enfin, dans sa dernière réponse, l'employeur reconnaît que M. X n'a pas bénéficié d'entretien annuel en 2012 et fait valoir qu'il n'a pas été le seul. Elle produit plusieurs attestations de responsables de la société indiquant que ces entretiens ont lieu de manière informelle et ne sont pas systématiques¹⁰.
60. Toutefois, ces seules attestations, compte tenu du lien de subordination hiérarchique et d'intérêt économique de ces salariés avec la société, ne sont pas suffisantes, d'autant plus qu'à l'époque M. X s'en était plaint et que cette absence d'entretien coïncide avec les différentes procédures disciplinaires engagées à son encontre.
61. En conséquence, le Défenseur des droits considère que la société Y ne justifie pas par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination les faits de discrimination invoqués par M. X.

⁶ Considérant 5

⁷ Article 44 II. de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 le régissant

⁸ Pièce 66

⁹ A l'exception du salarié n°4, ce qui s'explique par son passage à temps partiel en 2013

¹⁰ Pièces 67 à 70

➤ **Sur la demande de résiliation judiciaire du contrat de travail de M. X :**

62. La Cour de cassation considère que des faits de discrimination constituent un manquement grave de l'employeur justifiant la résiliation judiciaire du contrat de travail (*Cass. soc., 23 mai 2013, n°12-12995*).
63. En principe, la résiliation judiciaire prononcée aux torts de l'employeur produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse (*Cass. soc., 20 janvier 1998, n°95-43350*). Toutefois, les faits de discrimination étant spécifiquement sanctionnés par la nullité (article L.1132-4 du code du travail), la résiliation judiciaire doit alors emporter les effets d'un licenciement nul (*Cass. soc., 29 mai 2013, n°11-28734*).
64. En l'espèce, M. X a saisi le Conseil de prud'hommes de Z afin que soit prononcée la résiliation judiciaire de son contrat de travail aux torts de la société Y.
65. Au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits considère que les faits relevés en l'espèce constituent des faits de discrimination et, par conséquent, des manquements suffisamment graves de la société justifiant la résiliation judiciaire de son contrat de travail.
66. En conséquence et au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits :
- Constate que M. X a fait l'objet d'un harcèlement discriminatoire de la part de la société Y à raison de ses activités syndicales, au sens des dispositions de l'article L.1132-1 du code du travail et de l'article 1^{er} de la loi du 27 mai 2008 ;
 - Constate que ces faits constituent des manquements suffisamment graves de la société justifiant la résiliation judiciaire de son contrat de travail qui doit emporter les effets d'un licenciement nul, par application de l'article L.1132-4 du code du travail.
67. Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend porter à la connaissance du Conseil de prud'hommes de Z et souhaite soumettre à l'appréciation de la formation de jugement.

Jacques TOUBON