

## Délibération n°2009-314 du 14 septembre 2009

Le Collège

Vu les articles L.2141-5 et L.2146-2 du code du travail,

Vu la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 modifiée portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité,

Vu le décret n° 2005-215 du 4 mars 2005 relatif à la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité,

Sur proposition du Président,

Décide

La haute autorité a été saisie par monsieur S d'une réclamation reçue le 3 novembre 2005 relative à une discrimination dans l'accès à une promotion interne en raison de son activité syndicale.

Après avoir instruit cette réclamation, la haute autorité a considéré que le délit de discrimination syndicale était constitué et a décidé, par délibération n° 2007-47 du 5 mars 2007, de présenter ses observations devant le tribunal correctionnel de B saisi par monsieur S par voie de citation directe.

Par jugement en date du 26 mars 2008, le tribunal correctionnel de B a retenu l'existence d'une discrimination syndicale.

L'entreprise SA et monsieur S ayant interjeté appel, l'affaire sera évoquée devant la cour d'appel de G lors de l'audience du 15 octobre 2009.

Les faits relevés lors des différentes enquêtes menées par monsieur B, contrôleur du travail, par les services de gendarmerie et, enfin, par la haute autorité sont concordants. Ils ne semblent pas avoir été contestés devant le tribunal correctionnel qui les a considérés comme établis.

Monsieur S est salarié, depuis juillet 1998, de la société de transport urbain SA, sise à V (38). Il exerce la fonction de *conducteur d'autocar*.

En juin 2003, il a postulé à un poste de *coordinateur réseau* dans le cadre d'un appel à candidature interne.

Il exerçait alors les mandats de délégué syndical et de membre de la délégation unique du personnel.

Le 18 septembre 2003, monsieur C, directeur de l'entreprise, a adressé un courrier au réclamant pour l'aviser que sa candidature n'était pas retenue. Aucun motif n'était présenté.

Au cours de la procédure de sélection, dix candidatures internes ont été analysées par le cabinet G, chargé de conseiller l'employeur. Le cabinet a établi pour chacune une synthèse d'évaluation.

Concernant le profil de monsieur P, le cabinet G concluait :

*« Un candidat adapté au poste par sa maturité et sa connaissance du métier. Une bonne capacité à organiser, gérer, faire face aux aléas. Fait preuve de bon sens et d'une autorité de compétences. Sera accepté par ses collègues pour sa crédibilité et son ancienneté. Devra faire des efforts d'adaptation pour les contraintes du poste (informatique, horaire, remplacements) Une évolution naturelle de ce candidat compte tenu de son ancienneté. »*

Concernant monsieur S, le cabinet G concluait :

*« Un candidat fin et minutieux dans son approche. Une réelle ouverture aux autres et une capacité à se faire entendre. De bonnes potentialités d'organisation et de planification ainsi qu'une aisance naturelle relationnelle qui peut être un atout en relation commerciale. Cependant, son manque d'assurance et sa sincérité exacerbée seront-elles compatibles avec les compromis nécessaires à la polyvalence des tâches du poste à pourvoir ? »*

Cette évaluation, concernant monsieur S, portait également sous le titre *Freins pour le poste*, la mention : *« n'est pas disponible à plein temps »*.

En outre, le procès verbal de la réunion de la délégation unique du personnel du 8 janvier 2004, indique que monsieur S et le directeur, monsieur C, ont échangé les propos suivants :

*« Monsieur C : Vous connaissez parfaitement mon propos sur votre candidature.*

*Monsieur S : Effectivement vous ne me considérez pas suffisamment disponible pour ce poste à cause de mes mandats.*

*Monsieur C : Je vous ai expliqué que le poste de coordinateur est un poste à temps plein. »*

Ces propos sont attestés par un enregistrement et par le témoignage d'autres personnes présentes lors de cette réunion : messieurs P, J et F.

Lors de son audition par le service de gendarmerie, le 6 février 2005, monsieur C a déclaré :

*« Monsieur S n'avait pas obtenu cette place alors qu'effectivement c'était un bon élément, toutefois, il n'était pas seul en lice, il y avait une dizaine d'autres candidats. (...) je n'ai plus le résultat en tête mais je me souviens que monsieur S n'avait pas été apprécié comme le meilleur des candidats lors de cet audit. A aucun moment je ne lui ai mentionné que cet avancement lui était refusé à cause de ses mandats syndicaux et de délégué du personnel. J'ai pour ma part nommé monsieur P qui apparaissait comme le candidat le plus apte suite à l'audit et surtout le plus respecté de ses collègues vu son ancienneté. »*

Interrogée par la haute autorité, la société S a allégué, par courrier en date du 31 janvier 2007, ne pas être en mesure, depuis le départ de monsieur C en mars 2004, de motiver sa décision autrement qu'en invoquant les synthèses établies par le cabinet G.

L'entreprise a précisé qu'elle ne possédait pas de compte rendu d'entretien et/ou de fiches annuelles d'évaluation. Elle a dit ne pas disposer de documents internes permettant d'apprécier la qualité des prestations du personnel, et notamment de messieurs S et P. Elle a indiqué que ces deux salariés n'ont fait l'objet d'aucune réprimande ou sanction disciplinaire.

L'article L.2141-5 du code du travail (ancien L.412-2) dispose qu'il est interdit à tout employeur de prendre en considération l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions en ce qui concerne, notamment, l'avancement.

L'infraction est caractérisée lorsqu'est établie la prise en considération de l'activité syndicale dans le processus qui conduit à la décision de l'employeur.

En conséquence, le résultat de cette sélection importe peu pour la caractérisation du délit. En effet, ce résultat est nécessairement biaisé par la prise en considération de l'activité syndicale en cours de sélection.

La prise en considération de l'activité syndicale au cours du processus de décision peut être démontrée par deux moyens. Le premier consiste à établir directement ce fait. A défaut de pouvoir mettre directement en exergue la prise en considération de l'activité syndicale, il peut être recouru à une analyse comparative. L'analyse comparative n'est ni obligatoire ni indispensable.

Dans le présent dossier, plusieurs éléments permettent d'établir directement la prise en considération de l'activité syndicale de monsieur S pour évaluer sa candidature dans le cadre du processus de sélection de l'employeur : les conclusions du cabinet G et, surtout, les propos tenus par monsieur C lors de la réunion de la délégation unique du personnel le 8 janvier 2004.

Ce sont ces éléments que le tribunal correctionnel a retenus pour affirmer :

*« Attendu que la formulation de la réponse de monsieur C démontre, sans ambiguïté, qu'il considérait que le poste de coordinateur ne pouvait pas convenir à monsieur S en raison de l'indisponibilité liée à l'exercice de mandats syndicaux. »*

En outre, la Cour de cassation estime que le délit prévu par l'article L.2141-5 du code du travail peut être constitué même si la discrimination n'a pas été le motif exclusif des mesures prises. (*Cour de cassation chambre criminelle 14 juin 2000 n°99-81.108*)

La Cour de cassation considère également qu'il appartient à l'employeur d'établir la pleine justification de sa décision et l'absence de tout lien avec les mandats du représentant syndical. (*Cour de cassation chambre criminelle 23 novembre 2004 n° 03-84.389*)

En conséquence, les comparaisons entre les profils de messieurs S et P (finalement promu) paraissent vaines.

En effet, cette comparaison, par ailleurs peu significative, ne permet nullement d'écarter le fait avéré que monsieur C a pris en considération l'activité syndicale de monsieur S pour se prononcer sur son éventuelle promotion.

Que des motivations issues du profil professionnel des candidats aient également été prises en compte n'enlève rien au fait que l'activité syndicale de monsieur S a été prise en considération, au moins pour partie, dans le processus de sélection. Il n'est pas nécessaire de rechercher si le critère prohibé a, seul, conduit à l'élimination de cette candidature.

Enfin, au cours des différentes enquêtes comme au cours de l'audience correctionnelle, monsieur C n'a apporté aucun élément permettant d'écarter la certitude d'une prise en compte de l'activité syndicale de monsieur S et de justifier sa sélection sur, uniquement, des considérations objectives étrangères à toute discrimination syndicale.

Comme l'a souligné le tribunal correctionnel, monsieur C ne pouvait ignorer, compte tenu de sa fonction, qu'en retenant le manque de disponibilité de monsieur S lié à l'exercice de ses mandats au service du collectif de travail, pour apprécier et finalement écarter sa candidature, il fondait, au moins en partie, sa décision sur un motif discriminatoire.

En conséquence, le Collège de la haute autorité conclut que monsieur C a pris en considération l'activité syndicale de monsieur S pour arrêter sa décision en ce qui concerne la promotion de celui-ci au poste de *coordinateur réseau*.  
Le délit prévu à l'article L.2141-5 du code du travail paraît constitué.

Le Collège décide de présenter les observations de la haute autorité devant la cour d'appel de G.

*Le Président,*

*Louis SCHWEITZER*