

Propositions de l'Observatoire de la discrimination et de la répression syndicales en vue de garantir le respect des droits syndicaux des salariés

I- FACILITER L'ACCÈS À LA JUSTICE POUR LES SALARIÉS ET LEURS REPRÉSENTANTS

A- Mesures concernant l'organisation des juridictions

- ✓ ***Créer un nouvel ordre de juridiction spécialisé dans les affaires sociales. Créer au sein de cette juridiction une formation répressive spécialisée. Assurer la présence du ministère public aux audiences civiles (propositions 1 et 2)***

Les affaires relevant du droit du travail, et particulièrement de la protection contre la répression et les discriminations, sont dispersées entre les juridictions de l'ordre administratif (licenciement de salariés protégés) et de l'ordre judiciaire et, au sein de celui-ci, tribunal correctionnel, tribunal d'instance pour les élections professionnelles, conseil de prud'hommes pour les litiges individuels, tribunal de grande instance pour les litiges collectifs. Les juridictions et les chambres sociales, dotées de moyens budgétaires et humains insuffisants, sont dévalorisées par leur impuissance à rendre la justice dans des délais raisonnables. Un moyen de rendre la justice sociale plus efficace et plus attractive serait de créer un troisième ordre de juridiction, l'ordre social¹, regroupant notamment conseils de prud'hommes, tribunaux des affaires de sécurité sociale, tribunaux du contentieux de l'incapacité et commissions départementales d'aide sociale, ainsi que leurs juridictions d'appel. Il existe bien en Allemagne un ordre des juridictions du travail et un ordre des juridictions sociales, chacun avec sa cour suprême, la Cour fédérale du travail et la Cour fédérale du contentieux social.

En France le parquet est généralement à l'origine des poursuites devant le tribunal correctionnel, y compris en droit pénal du travail. Lorsqu'un employeur a été cité directement par la partie civile pour délit d'entrave ou de discrimination, le ministère public est au moins présent et peut prendre des réquisitions. En revanche on ne le voit que

¹ Idée développée notamment par Pierre Joxe: «Soif de justice», éd. Fayard

rarement devant les juridictions civiles, notamment devant le conseil de prud'hommes, même lorsque l'affaire est de nature à intéresser l'ordre public social, comme c'est souvent le cas en matière de discrimination.

En Belgique chaque tribunal du travail (échevinal) a son propre représentant du ministère public, l'auditeur du travail, qui assiste aux audiences civiles et prend des conclusions motivées, au nom de l'intérêt général, lorsque sont en jeu les droits fondamentaux. C'est lui également qui poursuit les délits et contraventions au droit du travail devant les juridictions pénales.

A défaut d'être institutionnalisée, la présence du ministère public aux audiences prud'homales, lorsque l'enjeu d'une affaire touche à l'intérêt général des salariés, pourrait être encouragée par voie de circulaire. Or s'il est arrivé que le ministère de la Justice, dans une circulaire du 8 mars 2006, donne aux parquets des instructions précises sur un sujet relevant du droit social en dehors du champ pénal, c'est pour les alerter contre une décision rendue 15 jours plus tôt par le conseil de prud'hommes de Longjumeau, déclarant illicite la rupture du contrat d'un salarié engagé par contrat nouvelles embauches. On souhaiterait les voir jouer un rôle plus actif dans des dossiers de discrimination ou de répression anti-syndicale.

B- Mesures destinées à améliorer l'accès à la justice et le déroulement des procédures civiles

- ✓ **Augmenter les moyens budgétaires dévolus aux juridictions sociales de telle sorte que les actions, notamment en discrimination, soient jugées dans des délais raisonnables, compatibles avec l'application effective du droit du travail dans les entreprises (proposition 6)**

Saisi le 15 février 2011 d'actions en responsabilité contre l'Etat en raison des délais déraisonnables de la justice prud'homale, constituant un déni de justice, le tribunal de grande instance de Paris a condamné l'agent judiciaire du Trésor, entre le 18 janvier 2012 et le 5 juin 2013, à verser à 83 salariés un total cumulé de plus de 500.000 €. Dans chaque dossier il a constaté l'existence de « *délais excessifs résultant du manque de moyens de la juridiction prud'homale* », en rappelant qu'indiscutablement « *il revient à l'Etat de mettre en œuvre les moyens propres à assurer le service de la justice dans des délais raisonnables, faute de quoi il prive le justiciable de la protection juridictionnelle qui lui est due* ».

Les actions contre l'employeur, en discrimination, harcèlement ou autres, sont généralement très difficiles à vivre pour le salarié. La longueur de la procédure conduit souvent à des situations de souffrance importantes et inacceptables, conduisant beaucoup de salariés à renoncer à se défendre devant la Justice.

La réforme de la carte judiciaire qui, en 2008, a supprimé 62 conseils de prud'hommes sur 271, a entraîné en 2009 un allongement du délai moyen des procédures en 1ère instance,

de 13 mois à 15 mois ½, et les stocks ont augmenté de 29% entre 2007 et 2010.

Depuis les condamnations de 2012, l'Etat n'a pris aucune mesure d'urgence pour renforcer les moyens des juridictions sociales qui, en première instance comme en appel, demeurent le parent pauvre de la justice. Le 8 juin 2015, 200 nouvelles assignations ont été déposées devant le tribunal de grande instance de Paris. Seul un véritable rééquilibrage des moyens alloués aux juridictions sociales peut leur permettre d'assurer leur mission.

✓ ***Mettre en place une aide juridictionnelle spécifique au bénéfice des organisations syndicales qui agissent en justice (proposition 18)***

Les organisations syndicales, en particulier les plus petites, vivent essentiellement – voire exclusivement – des cotisations de leurs adhérents. Elles ont donc des moyens très limités pour payer les avocats nécessaires à la défense de leurs militants discriminés ou réprimés, ou pour lutter contre les entraves réalisées par les employeurs à leur encontre. Ces organisations sont donc contraintes d'effectuer des choix, de renoncer parfois à aller devant la justice pour des questions financières. Or elles ont face à eux des employeurs qui disposent de moyens sans commune mesure avec les leurs, puisqu'ils puisent dans les caisses de l'entreprise pour financer les juristes et avocats. Il est fréquent de voir des employeurs – en particulier des grandes entreprises – adopter des stratégies de « harcèlement juridique » envers certaines organisations syndicales, allant systématiquement en appel ou en cassation, dans le but d'épuiser financièrement ces organisations.

✓ ***Assortir de sanctions effectives les dispositions des articles 15, 132, 134, 135 du code de procédure civile et R.1454-18 du code du travail relatifs à la communication des pièces et moyens entre les parties, notamment en rejetant toutes pièces et conclusions communiquées en dehors d'un calendrier de procédure judiciaire fixé d'avance (proposition 19)***

- Aucune véritable amélioration ne peut intervenir sans un sérieux effort budgétaire, mais il est possible d'agir sur une des causes d'allongement de la durée des procédures en donnant aux conseillers prud'hommes, dès le bureau de conciliation et d'orientation, des moyens renforcés pour mettre les affaires en état d'être jugées sans délai par le bureau de jugement.

- Il existe déjà des textes visant à donner au juge les moyens de faire respecter les délais de communication de pièces et à permettre la mise en état de la procédure. Cependant ils ne permettent pas, en l'état, de lutter efficacement contre les pratiques dilatoires et les manœuvres de l'une ou l'autre des parties. Ainsi le conseil de prud'hommes ne peut ni radier l'affaire, ni l'entendre lorsque le défendeur employeur sollicite un renvoi sans se présenter à l'audience, ou communique la veille de l'audience des pièces à l'autre partie dans l'unique but d'obtenir un renvoi et d'allonger les délais de

procédure. Si le juge peut toujours écarter les pièces communiquées tardivement, il hésite à le faire au détriment des intérêts du demandeur, qui se trouve souvent contraint de s'associer à la demande de renvoi.

Le bureau de conciliation et d'orientation n'utilise pas suffisamment les pouvoirs de mise en état qui sont les siens en application des textes du code du travail et/ou du code de procédure civile. De plus, même lorsqu'il assortit le renvoi de l'affaire devant le bureau de jugement de délais de procédure, la Cour de cassation refuse de donner à ces délais des effets juridiques (en termes de péremption), les réservant aux délais impartis par le bureau de jugement.

De même, le non-respect des délais de communication des pièces est rarement sanctionné par le bureau de jugement, entraînant là encore des renvois avant que l'affaire soit en état d'être plaidée.

L'absence de caractère contraignant des textes existants ne permet pas d'en tirer toute l'efficacité souhaitée. Pour favoriser la mise en état de l'affaire de manière plus rapide, éviter les renvois successifs et limiter le recours au juge départiteur, il serait utile :

- d'imposer au demandeur de communiquer ses pièces dès l'audience initiale devant le bureau de conciliation et d'orientation (ce que devrait prévoir le décret d'application du titre III de la loi Macron du 15 août 2015 modifiant les articles R.1452-1 et suivants du code du travail),
- d'imposer la même obligation au défendeur dans les procédures dans lesquelles la charge de la preuve repose uniquement sur lui (sanction disciplinaire, licenciement pour faute grave...), le salarié requérant n'étant pas en mesure dans ces hypothèses de satisfaire aux obligations mises à sa charge par les nouveaux textes,
- d'instaurer de réelles sanctions à l'encontre des parties non diligentes pour éviter les comportements dilatoires des employeurs (changements réguliers d'avocat, communication des pièces au compte-gouttes, demande de renvoi la veille d'une audience fixée depuis plusieurs mois...). Ainsi pourrait-il être prévu une date butoir, quelques semaines avant l'audience, après laquelle les parties ne pourraient plus communiquer de nouvelles pièces, sauf circonstance particulière appréciée par le juge à l'audience,
- de conférer expressément au bureau de conciliation et d'orientation le pouvoir de fixer un calendrier de procédure assorti des sanctions actuellement prévues au dernier alinéa de l'article 446-2 du code de procédure civile (« *Le juge peut écarter des débats les prétentions, moyens et pièces communiqués sans motif légitime après la date fixée pour les échanges et dont la tardiveté porte atteinte aux droits de la défense.* »).

✓ **Créer une action collective en justice ayant pour finalité de constater l'existence d'une discrimination envers plusieurs salariés et d'ordonner à l'employeur de prendre les mesures nécessaires pour y mettre un terme, ainsi que la réparation intégrale des préjudices (proposition 3)**

Nous nous sommes félicités à cet égard de l'adoption en première lecture par l'Assemblée nationale, le 10 juin 2015, de la proposition de loi déposée le 14/1/14 par M. Razy Hammadi, qui créait une action de groupe en matière de lutte contre les discriminations, dans la lignée de la loi du 17 mars 2014 prévoyant l'action de groupe en matière de consommation.

Cette proposition de loi ne sera jamais soumise à l'examen des sénateurs, le gouvernement ayant déposé le 31 juillet 2015, sous le régime de la procédure parlementaire accélérée, un projet de loi « justice du 21^{ème} siècle » dont le titre V est entièrement consacré à l'action de groupe, en deux volets: le premier définit un « socle commun de règles procédurales » applicables dans tous les cas où la loi permet d'agir de manière collective, tant en matière judiciaire (chapitre I) qu'en matière administrative (chapitre II); le troisième chapitre est la déclinaison de ce « socle commun » appliqué aux actions de groupe en matière de discrimination, et plus spécifiquement (section 2) en matière de discrimination dans les relations relevant du code du travail. En effet, alors que l'action de groupe a été introduite en droit français par la loi Hamon n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, l'article 46 du projet « justice du XXI^{ème} siècle » exclut expressément du champ d'application du « socle commun » l'action de groupe prévue aux articles L.423-1 et suivants du code de la consommation, en sorte que son champ d'application est restreint à ce jour aux actions de groupe en matière de discrimination (et à celles prévues par le projet de loi santé, déposé simultanément).

Or à considérer la lourdeur de ce dispositif, les conditions préalables et délais auxquels est soumis l'exercice de l'action et les limitations concernant tant le périmètre des discriminations concernées que les préjudices indemnisables, on peut avoir les plus grandes craintes sur son efficacité, que les modifications apportées par le Sénat viennent encore aggraver.

L'action de groupe telle que l'organisait la proposition de loi Hammadi avait pour objet « d'obtenir la réparation des préjudices individuels subis par des personnes placées dans une situation similaire ou identique et ayant pour cause une discrimination, au sens des articles 225-1 et 225-1-1 du code pénal ». Elle constituait un progrès par la reconnaissance du caractère collectif de la discrimination au travail, et en donnant qualité pour agir à des personnes morales ayant la capacité et les moyens de soutenir de telles actions. Nous émettions toutefois à son égard plusieurs critiques :

- elle ne s'appliquait pas aux discriminations indirectes visées à l'article 1^{er} de la loi de 2008, notamment aux situations créées par des décisions d'organisation ou de gestion neutres en apparence, mais produisant des effets discriminants,

- contrairement à l'action collective proposée dans le rapport Pécaut-Rivolier, l'action de groupe dans la proposition de loi Hammadi était exclusivement indemnitaire: le tribunal ne pouvait ordonner à l'employeur de prendre les mesures de nature à faire cesser la situation de discrimination,
- réservée aux associations de lutte contre les discriminations régulièrement constituées depuis 5 ans et aux syndicats représentatifs, elle n'était donc pas ouverte aux organisations syndicales non représentatives (qui ont pourtant le droit, depuis la loi du 22 août 2008, de constituer une section syndicale d'entreprise et de désigner un représentant de section syndicale, doté des mêmes prérogatives que le délégué syndical désigné par un syndicat représentatif à l'exception du droit de négocier les accords collectifs), alors même que les militants de ces organisations sont souvent particulièrement touchés, dans les entreprises, par une discrimination spécifique.

L'action de groupe prévue par le projet de loi adopté en première lecture par le Sénat le 5 novembre 2015, sous le nouvel intitulé « projet de loi relatif à l'action de groupe et à l'organisation judiciaire », ne peut être exercée, en matière de discrimination au travail, que par une « organisation syndicale de salariés représentative au niveau national interprofessionnel, au niveau de la branche ou au niveau de l'entreprise » (nouvel article L.1134-7 du code du travail), ce qui exclut là encore les organisations syndicales non représentatives. Le projet dans sa rédaction actuelle peut ainsi apparaître comme légitimant la discrimination envers les syndicats non représentatifs. Pour qu'une action collective soit engagée au profit de leurs adhérents discriminés, ils devraient s'en remettre à un syndicat représentatif, sans pouvoir l'introduire et la soutenir eux-mêmes. Les quatre conditions exigées d'un syndicat non affilié à une organisation représentative au niveau national ou interprofessionnel pour constituer une section syndicale d'entreprise (être légalement constitué depuis au moins deux ans, respecter les valeurs républicaines, être indépendant, avoir un champ professionnel et géographique couvrant l'entreprise concernée) lui confèrent pourtant une légitimité au moins égale à celle d'une association ayant 5 ans d'existence. Pourquoi, dès lors, les priver de ce nouveau droit qu'est l'action collective en discrimination? Nous demandons, pour rétablir l'égalité entre organisations syndicales, qu'à l'article 45 du projet de loi, dans le nouvel article L.1134-7 du code du travail, la formule « *une organisation syndicale de salariés représentative au niveau national interprofessionnel, au niveau de la branche ou au niveau de l'entreprise* » soit remplacée par « *toute organisation syndicale remplissant les conditions prévues par l'article L.2142-1 du code du travail* ».

Les sénateurs ont par ailleurs supprimé donnant compétence au ministère public pour engager une action de groupe.

L'article 19 du projet de loi ne se référant plus de manière restrictive, comme la proposition Hammadi, aux articles 225-1 et 225-1-1 du code pénal, mais à toute action « ouverte sur

le fondement 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 » ou des articles L.1134-6 à L.1134-10 du code du travail, les discriminations indirectes sont bien concernées. Par ailleurs, aux termes de l'article 20, qui fait partie du « socle commun », « cette action peut être exercée en vue soit de la cessation du manquement mentionné au premier alinéa, soit de l'engagement de la responsabilité de la personne ayant causé le dommage afin d'obtenir la réparation des préjudices individuels subis, soit de ces deux fins ». Malheureusement, par dérogation à cette règle, l'action de groupe relative à une discrimination dans le cadre des relations de travail, que l'employeur soit privé ou public, « ne peut tendre qu'à la cessation du manquement ». La discrimination hors relations de travail est un peu mieux lotie : « L'action peut tendre à la cessation du manquement et, le cas échéant, en cas de manquement, à la réparation des préjudices individuels subis ». Avec une restriction de taille : « à l'exception des préjudices moraux ». Pour obtenir réparation de son préjudice individuel, le salarié appartenant à un groupe reconnu comme discriminé devra donc engager une nouvelle action devant le conseil de prud'hommes. Par ailleurs le Sénat a décidé la restriction des actions de groupe aux préjudices de caractère individuel, et a limité l'action aux personnes physiques, à l'exclusion des représentants d'intérêts collectifs.

Ces restrictions ont fait l'objet de vives critiques de la part du défenseur des droits au point 5 de son avis n°15-23 du 28 octobre 2015: « Le projet de loi ne prévoit pas la possibilité pour le juge de prononcer des amendes civiles en cas de reconnaissance d'une discrimination collective. Le Défenseur des droits s'interroge de ce fait sur l'utilité d'un dispositif qui n'aurait pas vocation à être dissuasif dans sa sanction. En effet, outre l'absence d'amende civile, le nouvel article L.1134-10 qui serait introduit dans le code du travail semble pratiquement réduire à néant l'intérêt de l'action de groupe créée dans le domaine de l'emploi puisqu'il prévoit que seuls les préjudices survenus postérieurement à la saisine de l'employeur - par un syndicat ou une association - pour une discrimination collective, pourraient faire l'objet d'une réparation en justice dans le cadre d'une action de groupe. Concrètement, le fait discriminatoire ayant conduit à déclencher une action de groupe ne pourrait pas être réparé dans le cadre de cette procédure, sauf démarche volontariste du défendeur. Le juge ne pourrait donc condamner pécuniairement ce dernier que s'il refusait de mettre fin à une pratique et si celle-ci créait de nouveaux dommages financiers pour les salariés.

Enfin, le Défenseur des droits constate que le dispositif proposé exclut l'indemnisation des préjudices moraux. Or, concernant des refus d'embauches, le juge ne peut que réparer le préjudice moral car il semble difficile d'imaginer quel préjudice nouveau pourrait survenir après la saisine de l'employeur [...] Dans ces conditions, à défaut de résolution amiable du litige, le Défenseur des droits relève que la procédure proposée pourrait être considérée inutile pour nombre de personnes. En effet, en l'absence de menace de condamnation

pécuniaire de grande ampleur, une résolution amiable dans le cadre d'une procédure judiciaire semble bien peu probable. En outre, à défaut de pouvoir espérer une indemnisation complète, les demandeurs renonceront probablement à une telle procédure compte tenu de la charge financière qu'elle représenterait, et du fait qu'ils seront également contraint de saisir la juridiction prud'homale (ou, s'agissant d'agents publics, à nouveau le juge administratif) s'ils entendent obtenir réparation de l'intégralité de leur préjudice. En tout état de cause, cette règle procédurale semble entrer en conflit avec le principe de réparation intégrale du préjudice ».

Notre Observatoire ne peut que s'associer à ces remarques et à la recommandation n° 6 qui en découle: « *Prévoir la possibilité pour le juge de prononcer des amendes civiles qui auraient pour effet de sanctionner l'auteur de la discrimination collective eu égard au trouble causé à la société. Le juge pourrait également fixer le pourcentage de cette amende qui abondera le fonds de financement créé. D'autre part, afin de renforcer l'efficacité du dispositif de l'action de groupe, prévoir la possibilité pour le juge de réparer le préjudice moral et l'intégralité du préjudice.* »

Les salariés appartenant à une catégorie visée par l'action de groupe ayant la possibilité (voire l'obligation) d'engager individuellement une action devant le conseil de prud'hommes avant, concomitamment ou après l'issue de la procédure collective devant le tribunal de grande instance, il importe d'écarter expressément la règle de l'unicité de l'instance pour les demandes relatives à une discrimination dans les relations de travail, qu'elles soient présentées à la suite d'une action de groupe ou dans le cadre exclusif d'un litige individuel prud'homal. Il faut que cette dérogation, préconisée dans le rapport Pécaut-Rivolier du 17 décembre 2013, soit être introduite par voie d'amendement dans le projet de loi, qui ne prévoit que la suspension de la prescription.

Le projet de loi prévoit un préalable nécessaire à la mise en œuvre de l'action de groupe. Le syndicat devra en effet avoir, préalablement à toute action, notifié au professionnel une mise en demeure de faire cesser le manquement dénoncé (étant rappelé que depuis la loi du 27 mai 2008, qui organise un mode probatoire allégé, il suffira au demandeur de présenter « *des faits laissant présumer* » l'existence de la situation de discrimination alléguée). L'action de groupe n'est possible qu'à l'expiration d'un délai de quatre mois à compter de la réception de la mise en demeure (droit commun). Sur le terrain spécifique des relations de travail, l'employeur dispose d'un délai d'un mois à compter de la réception de la mise en demeure pour en aviser ses institutions représentatives du personnel (CE ou, à défaut, DP), ainsi que ses syndicats représentatifs. A la demande de l'un d'eux, une discussion/négociation devrait s'ouvrir pour mettre un terme à la situation ou pour faire connaître les motifs qui s'opposent à la position exprimée. En l'absence de solution au terme d'un délai de 6 mois suivant la mise en demeure, le syndicat peut introduire l'action de groupe devant le Tribunal de grande instance ou le Tribunal administratif compétent en vue de la cessation d'une discrimination collective fondée sur un même motif et imputable à une même personne. L'acte introductif se fondera sur un nombre indéterminé de « cas

individuels » (soit au minimum deux individus). La juridiction saisie statuera à la fois sur la recevabilité de l'action et sur le fond de la demande. Si le Tribunal constate l'existence d'une discrimination, il enjoint au professionnel de cesser ou de faire cesser cette discrimination et de prendre, dans un délai qu'il fixe, toutes les mesures utiles à cette fin, au besoin avec l'aide d'un tiers qu'il désigne. Il peut assortir sa condamnation d'une astreinte.

En toute hypothèse, les poursuites au titre de l'action de groupe ne seront possibles que lorsque « le fait générateur de la responsabilité ou le manquement est postérieur à l'entrée en vigueur de la présente loi » : les actions de groupe ne pourront pas porter sur des discriminations qui auraient cessé à la date d'entrée en vigueur de la loi.

Dans son avis du 28 octobre 2015 sus-visé, le défenseur des droits posait la question du financement de ces actions et préconisait la création d'un fonds de financement des actions de groupe, qui pourrait être alimenté par des amendes civiles prononcées par les juridictions ou des frais de justice spécifiques, en s'inspirant du « fonds d'aide au recours collectif » du Québec basé à Montréal. Le projet de loi ne prévoit aucun mode de financement spécifique pour ces actions de groupe, qui risquent de mobiliser les ressources financières des syndicats et plus encore des associations, avec un effet dissuasif non négligeable.

- ✓ **Supprimer la règle de l'unicité de l'instance énoncée à l'article R.1452-6 du code du travail** [*« Toutes les demandes liées au contrat de travail entre les mêmes parties font, qu'elles émanent du demandeur ou du défendeur, l'objet d'une seule instance. Cette règle n'est pas applicable lorsque le fondement des prétentions est né ou révélé postérieurement à la saisine du conseil de prud'hommes »*] **pour tous les litiges prud'homaux (proposition 37)**

La règle de l'unicité de l'instance énoncée à l'article R.1452-6, dans l'interprétation extensive de la Cour de cassation, produit des dossiers fourre-tout, addition de litiges qui souvent n'auraient pas émergé devant la justice sans l'obligation de purger en une fois tous les contentieux découlant du même contrat de travail, y compris ceux qui surviendraient en cours de procédure, à peine d'irrecevabilité des demandes ultérieures. Certains chefs de demandes, ajoutés juste avant l'audience, sont source de renvois, de problèmes de communication de pièces; le dossier tel qu'il se présente devant le juge départiteur ou devant la cour n'a plus rien à voir avec l'affaire initiale... Outre les incidences sur le temps consacré à l'examen des affaires à l'audience et à la rédaction du jugement, chacune des parties, qui a eu partiellement gain de cause, est tentée de faire appel pour obtenir un succès total : c'est une des explications du taux élevé d'appels qu'on ne cesse de reprocher aux conseils de prud'hommes en le comparant, sans aucun correctif, à celui des juridictions non soumises à la règle d'unicité de l'instance. Le taux élevé de décisions réformées en appel est à relativiser pour la même raison (51% de réformations partielles, mais seulement 21,1% d'infirmités totales contre 27,9% de

confirmations totales).

Une autre conséquence de l'unicité de l'instance est que certains salariés oublient de faire présenter l'ensemble de leurs litiges au moment d'un contentieux (rappelons que le recours à un avocat n'est pas obligatoire aux prud'hommes et que certaines petites structures syndicales peuvent manquer de formation juridique). Les salariés se retrouvent alors privés définitivement de leurs droits, ne pouvant plus faire valoir, par exemple, une discrimination salariale importante antérieure au contentieux, qui les poursuivra toute leur carrière et amputera leur retraite.

Des salariés peuvent également être amenés à renoncer à faire valoir la totalité de leurs droits pour ne pas alourdir et complexifier le dossier au risque de perdre sur l'essentiel. Par exemple, un militant victime de licenciement discriminatoire peut être amené à se focaliser sur sa demande de réintégration – dont l'enjeu est essentiel, et passer sous silence une éventuelle discrimination salariale.

Il semble que cette suppression soit prévue dans les projets de décrets d'application de la loi Macron soumis au Conseil supérieur de la prud'homie le 15 octobre 2015.

A minima, pour les raisons exposées ci-dessus, la règle de l'unicité de l'instance doit être expressément écartée pour les demandes relatives à la discrimination au travail.

II- DONNER PLUS D'EFFECTIVITÉ À LA PROHIBITION DE LA DISCRIMINATION AU TRAVAIL ET ASSURER L'INDEMNISATION INTÉGRALE DES VICTIMES

A- En matière probatoire

- ✓ ***Créer un registre des recrutements faisant apparaître, pour chaque poste, les caractéristiques principales relevées sur toutes les candidatures reçues (nom, prénom, date et lieu de naissance, adresse, études, diplômes, expérience professionnelle, photographie), la liste des candidats retenus pour un ou plusieurs entretiens d'embauche et l'identité de la personne recrutée, afin de faciliter le contrôle administratif ou judiciaire d'une éventuelle discrimination à l'embauche (proposition 11)***

Il est particulièrement difficile d'établir une discrimination à l'embauche, quel que soit le critère discriminant. Le registre des recrutements dont nous proposons la création doit permettre de comparer, pour chaque embauche, l'ensemble des candidatures reçues avec les personnes convoqués pour entretien, le cas échéant la short-list et le salarié recruté. Sur une certaine durée, il peut ainsi se révéler des constantes susceptibles d'étayer une allégation de discrimination.

On peut remarquer la convergence de notre proposition avec les vœux des partenaires sociaux réunis au sein du groupe de dialogue sur la lutte contre les discriminations en entreprise, présidée par Jean-Christophe Sciberras, puisque son rapport de synthèse, déposé le 13 mai 2015, indique qu'« *un accord général s'est manifesté sur la nécessité de renforcer la traçabilité et la transparence des procédures de recrutement* », se traduisant par la proposition d'« *engager des travaux sur la faisabilité de la mise en place d'un dispositif permettant d'assurer la traçabilité et la transparence des procédures de recrutement* » (proposition n° 12). A cette fin certains membres du groupe ont proposé la création d'un **registre des candidatures** calqué sur le registre du personnel, tenu à disposition des délégués du personnel et de l'inspection du travail, assez similaire à notre registre des recrutements.

B- En matière civile

- ✓ **Créer une indemnité forfaitaire minimale pour le préjudice moral. Rappeler la nécessité d'une réparation intégrale du préjudice moral et prévoir que cette indemnité ne puisse être inférieure à un an de SMIC. Prévoir la faculté pour le juge d'ordonner l'affichage ou la publication de toute condamnation civile pour discrimination syndicale (proposition 12)**

Les salariés victimes de discrimination syndicale n'engagent pas tous une procédure prud'homale, et tous ceux qui le font ne persévèrent pas jusqu'à obtenir une condamnation définitive. Quant à la voie pénale, elle est inefficace: très peu de poursuites, encore moins de condamnations et pour des montants dérisoires. Les outils juridiques destinés à lutter contre la discrimination n'ont donc pas d'effet dissuasif à l'égard des employeurs. En contrepartie de l'«avantage» immédiat qu'ils escomptent de l'élimination ou de la placardisation d'un syndicaliste et de l'effet dissuasif produit sur ses collègues, ils encourent un risque pénal négligeable et l'éventualité de dommages et intérêts aléatoires pour lesquels ils ont tout le temps de provisionner.

« Les dommages et intérêts *réparent l'entier préjudice résultant de la discrimination, pendant toute sa durée* » (art.L.1134-5 al.3 CW). Cette disposition est assez bien appliquée par le juge prud'homal en ce qui concerne le préjudice économique (rattrapage salarial, repositionnement hiérarchique, incidence sur la pension de retraite), mais le préjudice moral est généralement ignoré, alors qu'il fait partie intégrante de « l'entier préjudice ». De plus, pour que les dommages et intérêts soient dissuasifs, nous proposons que la réparation du préjudice moral ne puisse descendre au-dessous d'une indemnité minimum, comme le prévoit actuellement l'article L.1253-3 pour le préjudice résultant d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Mais s'agissant d'un préjudice moral, il nous a semblé plus équitable de fixer ce minimum en mois de SMIC au lieu de prendre pour référence le salaire réel.

L'affichage et/ou la diffusion de la décision de condamnation (par tout moyen, notamment sur l'Intranet de l'entreprise), tant en matière civile (proposition 12) qu'en matière pénale (proposition 13) peuvent à la fois avoir un rôle préventif, par leur aspect dissuasif pour l'employeur, et constituer une réparation adéquate dans le cas d'un militant syndical qui a été, pendant des années, marginalisé dans l'entreprise, dénigré et discrédité auprès de ses collègues.

- ✓ ***Par dérogation aux dispositions des articles 700 du code de procédure civile, 475-1 du code de procédure pénale et L.761-1 du code de justice administrative, la condamnation de l'employeur au titre des frais exposés par la partie adverse et non compris dans les dépens sera égale soit aux frais exposés pour sa propre défense dans l'instance en cause, soit aux frais exposés par le salarié, le montant le plus élevé étant retenu (proposition 17)***

Selon l'article 700 CPC, et ses homologues en procédure pénale et administrative, la partie perdante est condamnée à défrayer son adversaire des coûts que lui a occasionnés le procès, principalement en pratique les honoraires de son avocat. Pour fixer le montant de cette condamnation (ou décider d'en dispenser le perdant), le juge tient compte « *de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée* ». Ce dispositif est opérant lorsque les deux parties sont dans une situation économique comparable, ou dans le cas d'un défendeur sans ressources qui doit des arriérés de loyer ou de crédit et peut être dispensé de payer, en plus, l'avocat du bailleur ou de la banque. Mais devant le conseil de prud'hommes 98,3% des demandes sont introduites par un salarié.

L'employeur peut faire appel, pour les besoins de sa défense, non seulement à tous les services de son entreprise (RH, comptabilité...), mais aussi à un avocat spécialisé, alors que le salarié s'adresse souvent à un défenseur syndical, qui va dépenser du temps et de l'énergie à effectuer des comparaisons de carrière et chiffrer le préjudice subi, sans pour autant le facturer au demandeur. L'application de l'article 700 dans cette hypothèse renforce le déséquilibre entre les parties. C'est pour le corriger que nous proposons une condamnation à hauteur des montants exposés par l'employeur pour sa propre défense. Pour le dissuader de minorer artificiellement le montant de ces frais, nous laissons toutefois subsister une alternative avec les frais exposés par le salarié, le montant le plus élevé étant systématiquement retenu.

- ✓ ***Permettre au juge d'ordonner des mesures d'éloignement du ou des responsable(s) d'actes de harcèlement ou de discrimination (proposition 21)***

L'employeur, titulaire du pouvoir de direction et d'organisation de son entreprise, est tenu à l'égard de son personnel d'une obligation de sécurité de résultat. Face à une situation de harcèlement, il doit prendre les mesures nécessaires pour y mettre fin. S'il ne l'a pas fait de lui-même avant l'audience, nous proposons que le juge ait le pouvoir d'imposer le déplacement de l'auteur des agissements dans un poste où il ne puisse plus nuire à la

victime de ses agissements.

C- En droit pénal spécial: définition et répression des infractions

- ✓ ***Elargir le champ de la répression pénale de la discrimination à tous les actes discriminatoires dont peuvent être victimes les travailleurs. Il suffit pour ce faire de s'inspirer de la liste dressée par le Code du travail aux art. L 1132-1 et -2, laquelle comprend notamment, la formation, la classification, la promotion... pour l'intégrer à l'article 225-2 du Code pénal, qui, actuellement, limite la répression à l'embauche, au licenciement et aux sanctions disciplinaires discriminatoires (pour l'essentiel) (proposition 16).***
- ✓ ***Renforcer les sanctions pénales à l'encontre des entreprises et de leurs dirigeants auteurs d'actes de discrimination syndicale (article L.2146-2 du code du travail), aujourd'hui insuffisamment dissuasives. Prévoir une peine d'emprisonnement d'un an et une amende proportionnelle au chiffre d'affaire, peines doublées en cas de récidive, ainsi que des peines complémentaires d'affichage et de publication (proposition 13).***
- ✓ ***L'action pénale engagée à tort contre un représentant du personnel ou un représentant syndical constitue l'élément matériel du délit d'entrave (proposition 22).***
- ✓ ***Reconnaître le caractère délictuel des réorganisations structurelles dont l'objectif principal est de passer ou de se maintenir sous les seuils de la représentation élue ou syndicale (proposition 5).***
- ✓ ***Prévoir que, lorsque le nombre total des salariés d'un groupe de sociétés dépasse les seuils de la représentation collective, aucun salarié d'une société de ce groupe ne peut être privé d'une représentation du personnel (proposition 8).***

Les textes d'incrimination et de sanction en matière de discrimination présentent des incohérences :

- il existe dans le code pénal (art. 225-1 et 2) un texte général punissant de **3 ans d'emprisonnement et 45.000 €** d'amende le refus d'embauche, la sanction et le licenciement fondés sur un motif discriminatoire, ainsi que l'offre d'emploi, de stage ou de formation assortie d'un critère discriminatoire
- le code du travail (art. L.1132-1) donne une définition beaucoup plus large des actes discriminatoires (« notamment en matière de rémunération, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de

mutation ou de renouvellement de contrat »)... mais n'est assorti d'aucune sanction pénale

- une disposition spéciale du code du travail (art.L.2141-5) interdit spécifiquement la discrimination antisyndicale... mais ne la sanctionne (art. L.2146-2) que d'une amende de **3.750 €** (1 an + 7.500 € en récidive).

Nos propositions 13 et 16 tendent à remettre de l'ordre et à aggraver les sanctions pénales pour les rendre dissuasives. L'affichage et/ou la diffusion du jugement (par tout moyen : encart dans la presse, mais aussi sur l'Intranet de l'entreprise), peines complémentaires prévues par le code pénal pour diverses infractions et notamment pour la discrimination commise par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public (art. 432-7 CP), mais non pour celle commise par un employeur, pourraient y contribuer. Elles pourraient aussi, sur le plan civil, constituer une réparation adéquate pour un militant syndical qui a été pendant des années marginalisé dans l'entreprise, dénigré et discrédité auprès de ses collègues.

L'article 85 2° du projet de loi « pour la croissance et l'activité » (loi Macron) devait autoriser le gouvernement à prendre par ordonnance, hors de tout débat parlementaire, des mesures intéressant le droit pénal du travail et notamment « *la nature et le montant des peines et sanctions applicables en cas d'entrave au fonctionnement des institutions représentatives du personnel* », l'étude d'impact indiquant qu'il était envisagé de supprimer la peine de prison et d'augmenter le montant de l'amende. L'assemblée nationale a refusé le recours à l'article 38 de la Constitution et a préféré une réforme législative directe du délit d'entrave par le nouvel article 85 bis du projet adopté le 10 juillet 2015.

Les textes antérieurs à la loi Macron du 6 août 2015 prévoient une sanction identique (1 an d'emprisonnement et 3.750 € d'amende) pour les délits d'entrave à la constitution ou au fonctionnement d'une institution représentative du personnel, toutes catégories confondues (délégués syndicaux L.2146-1, délégués du personnel L.2316-1, comité d'entreprise L.2328-1, comité de groupe L.2335-1, comité européen L.2346-1, comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) L.4742-1, conseillers prud'hommes L.1443-3). L'article 85 bis introduit une double dissociation: il supprime la peine d'emprisonnement pour l'entrave au fonctionnement des délégués du personnel, du CHSCT, du comité d'entreprise et des autres comités, tout en la maintenant pour l'entrave à leur constitution, et il double l'amende dans tous les cas (7.500 euros). Il ne touche pas à l'article L.1443-3 réprimant l'entrave à la libre désignation ou à l'exercice des fonctions de conseiller prud'homme, ni à l'article L.2146-1 réprimant l'entrave au droit syndical, notamment à la libre désignation et à l'exercice des fonctions de délégué syndical.

Ce nouveau régime est à la fois incohérent et inquiétant pour les droits et libertés des représentants du personnel.

Pour justifier la suppression de la peine d'emprisonnement en matière d'entrave au fonctionnement des institutions représentatives du personnel, M. Denys Robiliard, rapporteur thématique devant l'Assemblée nationale, a invoqué une différence de degré

dans la gravité des 3 types de comportement qu'il identifie dans les textes susvisés: «entraves à la constitution de l'institution, à son fonctionnement et à l'atteinte au statut protecteur des salariés représentants du personnel». Le second serait un délit formel : «que vous ayez agi volontairement ou que vous ayez commis une erreur d'inattention, la jurisprudence déduit l'intention de l'absence de diligence suffisante», alors que «quand un employeur reçoit une lettre recommandée réclamant l'élection de délégués du personnel, il commet volontairement un délit. Quand il licencie sans autorisation administrative préalable un salarié protégé, il sait ce qu'il fait, il commet intentionnellement un délit». Cet argument n'est pas recevable: à l'exception du licenciement ou du transfert du contrat de travail d'un représentant du personnel sans autorisation administrative (articles L.2431-1, L.2432-1 et L.2433-1 du code du travail), aucun obstacle, si délibéré soit-il, apporté par l'employeur aux fonctions d'un représentant du personnel ou d'une institution représentative ne lui fait plus encourir l'emprisonnement: pas plus le refus de recevoir les délégués du personnel, d'informer et de consulter le comité d'entreprise avant une réorganisation, ou de lui fournir un local et un budget, qu'une simple convocation irrégulière. Le délit d'entrave, sous toutes ses formes, est un délit intentionnel; si le fait de ne pas connaître toutes les dispositions légales et réglementaires n'exonère pas l'employeur de sa responsabilité, la faiblesse des peines prononcées montre que les magistrats savent, dans le cadre de leur pouvoir d'appréciation, faire la part des choses. En revanche supprimer la peine d'emprisonnement pour toute entrave au fonctionnement des institutions représentatives, même dans les cas les plus graves, même lorsque l'employeur choisit en toute connaissance de cause de méconnaître les attributions des représentants du personnel, c'est envoyer aux entreprises un signal désastreux pour l'efficacité et l'harmonie du dialogue social.

L'argument du gouvernement suivant lequel l'abandon de toute peine d'emprisonnement permettrait « d'envoyer un signal rassurant aux investisseurs étrangers qui seront plus incités à s'implanter sur le territoire national » signifie, en clair, que l'on souhaite attirer sur le territoire national de grands groupes multinationaux en leur offrant la possibilité de s'affranchir de leurs obligations en matière de représentation collective par le simple paiement d'une amende ne présentant, au regard de leurs ressources importantes, aucun caractère dissuasif.

Il est symptomatique que cette réforme de dispositions pénales ait été portée par le ministre de l'économie, au nom de la croissance, alors qu'elle relève du champ de compétence du ministre de la Justice et a des incidences manifestes sur celui du ministre du travail. Ceux-ci n'en sont pas moins légitimes à faire entendre leur voix dans le gouvernement dont ils sont membres.

Discrimination salariale ou à l'embauche, ralentissement de carrière, harcèlement, éviction des militants syndicaux ou des élus du personnel, entrave au droit syndical et au fonctionnement des institutions représentatives du personnel sont les facettes d'une même réalité que l'Observatoire de la discrimination et de la répression syndicales s'attache à faire connaître et à analyser. Dans son rapport de novembre 2014, l'Observatoire a constaté que la voie pénale ne joue pas le rôle dissuasif qui devrait être le sien. Les poursuites sont rares, les condamnations plus rares encore et leur montant

habituellement dérisoire. Rien d'étonnant, si l'on compare aux peines prévues par le code pénal pour la discrimination en général (3 ans d'emprisonnement et 45.000 € d'amende) le risque pénal encouru par l'employeur qui prend en considération l'appartenance ou l'activité syndicale d'un salarié « *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* » : une amende de 3750 € maximum (article L.2146-2 du code du travail), l'emprisonnement n'étant prévu qu'en cas de récidive.

Dans le code pénal en vigueur depuis 1994, la cohérence entre peines d'emprisonnement et d'amende en fonction de la gravité des infractions a été assurée sur la base de 15.000 euros par année d'emprisonnement. C'est à ce montant, au demeurant, que les sénateurs entendaient porter la peine d'amende pour les entraves à la constitution des délégués du personnel, du CHSCT, du comité d'entreprise et des autres comités, mais sans toucher à l'amende prévue pour les entraves à leur fonctionnement et en supprimant dans tous les cas la peine d'emprisonnement afférente.

Si l'on veut donner une effectivité aux droits syndicaux des salariés, c'est au moins à ce montant de 15.000 € qu'il faut revaloriser l'amende encourue pour les délits d'entrave au fonctionnement, comme à la constitution, des différentes institutions représentatives du personnel, ainsi que les atteintes au statut prévues par les articles L.2431-1, L.2432-1 et L.2433-1 du code du travail, sans oublier les délégués syndicaux et les conseillers prud'hommes, et sans supprimer la peine d'emprisonnement, qui n'est de toutes façons prononcée que dans les cas les plus graves. Les mêmes peines devraient s'appliquer à la discrimination pour motif syndical. Toutefois, pour donner à la sanction un caractère effectivement dissuasif et pour distinguer la situation des PME de celle des grands groupes disposant d'un service juridique, nous proposons que la discrimination anti-syndicale fasse encourir, outre une peine d'emprisonnement d'un an, une amende proportionnelle au chiffre d'affaires de l'entreprise, ainsi que la possibilité d'assurer la publicité de la condamnation par affichage ou diffusion.

L'Observatoire propose en outre, d'une part, que soit assimilé à l'élément matériel du délit d'entrave le fait d'engager à tort une action pénale contre un représentant du personnel ou un représentant syndical, et, d'autre part, que les réorganisations structurelles dont l'objectif principal est de passer ou de se maintenir sous les seuils de la représentation élue ou syndicale constituent un délit qui pourrait être puni des mêmes peines que l'entrave à la constitution de ces institutions.

La voie pénale a montré ses limites, tant en matière de répression que de dissuasion. Faut-il pour autant supprimer ou atténuer le risque pénal encouru par les employeurs ? Le gouvernement, qui refuse une dépénalisation de l'usage de cannabis en invoquant le mauvais signal qu'elle constituerait pour les jeunes consommateurs, n'a pas les mêmes réserves en ce qui concerne le droit pénal du travail. Pourtant, l'échelle des peines reflétant le degré de gravité attribué par la nation aux comportements transgressifs, il importe que les employeurs qui enfreignent ou contournent les dispositions protectrices du code du travail encourent des sanctions d'un niveau.

C'est pourquoi nous proposons que l'employeur qui fractionne son entreprise, de sorte qu'aucune de ses sociétés n'atteigne un des seuils d'effectifs déclenchant la création d'institutions représentatives du personnel, soit passible des mêmes peines que celui qui ne respecte pas ses obligations en matière de constitution ou de fonctionnement de ces institutions alors que son entreprise atteint le seuil d'effectifs correspondant (proposition n° 5). Mais le risque pénal n'étant pas toujours dissuasif, nous formulons une proposition corrélative (n° 8) qui permet, parallèlement ou alternativement aux poursuites pénales contre l'employeur indélicat, de faire bénéficier ses salariés de la représentation qu'il a voulu éluder. Une entreprise qui se filialise pour éviter d'atteindre un des seuils d'effectifs déclenchant l'élection ou la désignation d'une IRP doit pouvoir être sanctionnée pénalement mais il faut également, pour déjouer la manœuvre, assurer la représentation de l'ensemble des salariés concernés.

D- Mesures relevant de la politique pénale

✓ ***Exiger du Garde des Sceaux une circulaire incitant à poursuivre les faits d'entrave et de discrimination syndicale (proposition 4)***

Il appartient au ministre de la Justice de définir des orientations générales de politique pénale. Par circulaire du 11 juillet 2007, Mme Rachida Dati avait invité tous les chefs de parquet à désigner un magistrat référent, chargé d'animer un pôle anti-discriminations et de conduire la politique pénale en la matière, mesure de peu d'effet faute de moyens dédiés. Nous demandons à Madame la Garde des sceaux de mener une politique volontariste en la matière.

✓ ***Exclure du fichage génétique, et de l'obligation de se soumettre au prélèvement sanguin afférent, les militants syndicaux et associatifs interpellés à l'occasion d'une action collective (proposition 31)***

✓ ***Amnistier les faits commis à l'occasion de mouvements sociaux et d'activités syndicales et revendicatives (proposition 32)***

✓ ***La participation à un mouvement social est une circonstance atténuante pour les auteurs d'infractions commises à cette occasion (proposition 35)***

La réforme des délits d'entrave tend paradoxalement à réduire ou supprimer des peines attachées au droit du travail, alors qu'elles ne cessent d'augmenter dans tous les autres domaines. On constate notamment une pénalisation croissante des mouvements sociaux et revendicatifs, particulièrement des condamnations de militants pour refus de prélèvement biologique. Le délit d'entrave au droit syndical (art. 2146-1 du code du travail) est actuellement puni d'un an d'emprisonnement et 3750 € d'amende... la même peine de prison que pour le refus de prélèvement biologique, mais une amende 4 fois plus faible.

La loi d'amnistie du 4 août 1981, votée après l'élection de François Mitterrand, portait notamment sur les infractions commises en relation avec des incidents d'ordre politique ou social, n'ayant pas entraîné la mort, une infirmité ou des blessures graves. A l'amnistie pénale classique s'ajoutait l'amnistie des sanctions disciplinaires ou professionnelles pour les faits ne constituant pas des manquements à la probité, aux bonnes mœurs ou à l'honneur. L'article 14 disposait en outre: « Tout salarié qui, depuis le 1er janvier 1975 a été licencié à raison de faits en relation avec sa fonction de représentant élu du personnel ou de délégué syndical peut invoquer cette qualité, que l'autorisation administrative de licenciement ait ou non été accordée, pour obtenir sa réintégration dans son emploi ou dans un emploi équivalent chez le même employeur à la condition que cette réintégration soit possible ».

Une proposition de loi du 28 novembre 2012, adoptée en première lecture au Sénat, prévoyait l'amnistie des condamnations pénales et des sanctions disciplinaires pour les faits commis entre le 1er janvier 2007 et le 1er février 2013 à l'occasion de mouvements sociaux et d'activités syndicales et revendicatives, passibles de cinq ans de prison au maximum. L'amnistie s'étendait au refus de prélèvement biologique. Elle emportait suppression des empreintes génétiques et des autres informations recueillies lors des procédures judiciaires. Il était prévu, comme dans la loi de 1981, la possibilité de réintégration pour les salariés licenciés. Le porte-parole du gouvernement, puis François Hollande se sont déclarés hostiles à cette proposition, qui a été enterrée (renvoi en commission sans examen) le 16 mai 2013.

Le FNAEG (articles 706-54 à 706-56-1 CPP), initialement créé pour « *faciliter l'identification et la recherche des auteurs d'infractions sexuelles* », centralisait en 2012 quelques 2,2 millions de profils génétiques de personnes condamnées ou simplement mises en cause, la plupart des crimes et délits prévus par le code pénal permettant désormais le prélèvement d'ADN, notamment les **destructions, dégradations, détériorations, menaces d'atteintes aux biens** (mais non les délits tels qu'abus de confiance, abus de biens sociaux, banqueroute, corruption, trafic d'influence ou favoritisme). Des militants syndicaux interpellés à l'occasion d'une action collective peuvent être poursuivis pour refus de se soumettre au prélèvement biologique (1 an d'emprisonnement et 15.000 € d'amende) alors même qu'ils ne seraient finalement condamnés pour aucune autre infraction.

Nous demandons, d'une part le vote d'une loi d'amnistie inspirée de la proposition de loi de 2012 et de la loi de 1981, d'autre part, la reconnaissance du caractère spécifique des débordements qui peuvent se produire à l'occasion d'un mouvement social ou revendicatif, qui ne doivent pas faire l'objet d'un amalgame avec les actes de violence délibérée de casseurs infiltrés dans une manifestation. La participation à un mouvement social doit être érigée en circonstance atténuante pour les faits reprochés aux militants dans ce contexte, et doit également constituer un cas d'exclusion du fichage génétique.

III- AMELIORATION DE LA PROTECTION DES IRP ET DE LEUR RÔLE EN MATIERE DE PREVENTION DE LA DISCRIMINATION

A- Rôle de prévention

- ✓ ***Dans le cadre de leur droit d'alerte en matière de discrimination, les Délégués du Personnel doivent avoir communication par l'employeur de tout élément d'information utile, notamment de comparaison (proposition 36)***

Un salarié, militant syndical ou non, qui suspecte une discrimination salariale ou d'évolution de carrière, a souvent les plus grandes difficultés à démontrer cette discrimination et à étayer auprès du juge le bien-fondé de sa réclamation. Lorsque l'organisation syndicale est solidement implantée, elle peut obtenir qu'un certain nombre de collègues du salarié fournissent les éléments salariaux permettant de mettre en lumière la discrimination, en s'appuyant sur une enquête complémentaire de l'inspection du travail. Mais dans la plupart des cas, les délégués et représentants syndicaux rencontrent les mêmes difficultés que le salarié discriminé: il leur est malaisé d'une part d'identifier les salariés pouvant constituer un panel de comparaison, et d'autre part de connaître leur évolution salariale. Aller questionner les collègues sur leur salaire est malaisé, d'autant plus lorsqu'il s'agit de se servir de ces éléments pour se comparer à eux et contester les décisions de l'employeur. Et les inspecteurs du travail n'ont pas les moyens suffisants pour répondre à la totalité des demandes. Il est donc nécessaire que cet accès à l'information soit de droit pour les délégués du personnel, afin de faciliter la lutte contre les discriminations.

- ✓ ***Étendre les missions, les droits et moyens du Comité d'Entreprise et des autres Institutions Représentatives du Personnel (IRP) des entreprises utilisatrices à tous les aspects de l'application du Droit du Travail aux travailleurs affectés habituellement sur un site de cette même entreprise.
Affirmer la responsabilité solidaire de l'entreprise utilisatrice et de l'entreprise sous-traitante en cas d'atteinte à la liberté syndicale subie par un travailleur d'une entreprise sous-traitante.
Autoriser les travailleurs mis à disposition à participer à la fois aux élections professionnelles de l'entreprise utilisatrice et à celles de l'employeur de droit.
Aligner les conditions d'ancienneté liées à l'éligibilité sur celles des travailleurs de l'entreprise utilisatrice (proposition 7)***

Les entreprises sous-traitent une part croissante de leur activité, en particulier les activités peu qualifiées (ménage, gardiennage, etc.). Cela a pour conséquence de précariser une part croissante des salariés, qui se trouvent en situation de grande fragilité. Lorsqu'ils tentent de s'organiser, ils sont fréquemment menacés d'être mutés sur d'autres sites, voire non reconduits au prochain appel d'offres. La difficulté pour ces salariés de s'organiser

collectivement et de faire valoir leurs droits est d'ailleurs l'une des motivations importantes du recours à la sous-traitance: disposer d'une main d'œuvre peu revendicative et bon marché.

Les Délégués du Personnel qui sont au plus près de ces salariés sont généralement ceux de l'entreprise donneuse d'ordre, car ils sont sur le même site qu'eux et les voient tous les jours.

La loi d'août 2008 a commencé à donner quelques droits à ces salariés en leur permettant de voter et d'être éligibles dans les instances de délégués du personnel de l'entreprise utilisatrice. Mais des conditions limitent ce droit: les salariés doivent être présents dans l'entreprise utilisatrice depuis au moins 2 ans en continu; ils doivent faire partie du «collectif de travail» (ce qui peut conduire à exclusion des travailleurs en horaires décalés, comme le personnel d'entretien); ils ne peuvent voter à la fois dans leur entreprise et dans l'entreprise utilisatrice.

D'autre part, les questions relatives à l'application du contrat de travail des salariés sous-traitants n'entrent pas dans le champ des IRP de l'entreprise utilisatrice (sauf celles relatives aux conditions d'hygiène et de sécurité). On arrive donc à des situations absurdes où un Délégué du Personnel élu, siégeant dans l'entreprise utilisatrice bien que travaillant pour une entreprise sous-traitante, ne peut pas demander pour lui-même ou ses collègues l'application du droit.

Ces limites doivent être levées pour donner aux salariés des sous-traitants les mêmes droits et protections qu'aux salariés de l'entreprise utilisatrice, et pour éviter autant que possible le recours à la sous-traitance utilisé comme « trappe à droits sociaux ».

De même, il est important que les entreprises utilisatrices soient solidairement responsables en cas d'entrave à la liberté syndicale, afin d'éviter au maximum les situations, très fréquentes, dans lesquelles les salariés des sous-traitants qui tentent de prendre des responsabilités syndicales sont réprimés, souvent même écartés de l'entreprise. Les organisations syndicales de l'entreprise utilisatrice sont démunies puisqu'elles n'ont pas de légitimité à s'adresser à l'entreprise sous-traitante et, lorsqu'elles s'adressent à l'entreprise utilisatrice, celle-ci refuse d'intervenir, faisant valoir que ce n'est pas de sa responsabilité et qu'elle a une obligation de non-ingérence.

- ✓ ***Baisser le seuil d'effectifs déclenchant l'obligation de l'élection de délégués du personnel de 11 à 5 salariés (proposition 34).***
- ✓ ***Instituer des Institutions Représentatives du Personnel et des Délégués Syndicaux interentreprises pour les très petites entreprises (proposition 23).***

Le projet de loi sur le dialogue social instaure pour les salariés des TPE une timide ébauche de représentation, qui prend la forme de commissions paritaires et non d'une présence syndicale ou de représentants élus dans les entreprises. Encore ces commissions régionales paritaires, dotées de moyens et de pouvoirs limités, n'auraient-elles jamais vu le jour si l'Assemblée générale n'avait eu le dernier mot en rétablissant

l'article 1er du texte supprimé par les sénateurs.

Aujourd'hui, les salariés des petites entreprises (moins de 11 salariés) sont, dans les faits, privés de droits syndicaux. Certes ils peuvent se syndiquer, mais ils n'ont le droit d'élire aucun représentant à même de porter leurs intérêts tout en bénéficiant d'une protection contre le licenciement. En réalité, le syndicalisme reste interdit dans ces entreprises, et l'action collective y est par conséquent extrêmement difficile.

Cette situation est ouvertement anticonstitutionnelle, puisque la constitution reconnaît le droit pour tout salarié de disposer de représentants.

✓ ***Instituer un droit syndical interprofessionnel qui se traduirait par la généralisation d'heures mensuelles d'information syndicale pour toutes les entreprises, activable de l'extérieur notamment en cas d'absence de toute représentation sur les lieux de travail (proposition 24).***

✓ ***Intégrer au bilan social des entreprises une veille sur l'effectivité du droit syndical avec des indicateurs pertinents à définir (proposition 15).***

De très nombreux exemples montrent que le recours à des pressions de toutes sortes pour entraver le développement de certains syndicats, voire de tous, est une pratique courante de la part des employeurs: « c'est le syndicat ou ta carrière » est une phrase très souvent rapportée, avec de nombreuses variantes. Chacun le sait dans l'entreprise, des salariés n'osent pas prendre le risque de se syndiquer ou de militer de peur de représailles. Certains salariés ne veulent pas être vus à parler avec un syndicaliste car cela leur serait reproché, d'autres reçoivent des consignes de vote, etc. La liberté syndicale n'est donc pas respectée.

Ces éléments sont difficiles, voire impossibles à prouver puisque ces pressions sont généralement orales. Mais des enquêtes anonymes auprès des salariés, leur demandant par exemple s'ils se sentent libres d'adhérer au syndicat de leur choix, s'ils considèrent que l'appartenance à tel ou tel syndicat peut être un frein à leur carrière, etc., pourrait mettre en lumière des pratiques anti-syndicales de la part des employeurs.

✓ ***Renforcer les moyens d'action de l'inspection du travail en matière de contrôle du respect du droit syndical, d'implantation et fonctionnement d'institutions représentatives du personnel élues et désignées sur les lieux de travail (proposition 28).***

✓ ***Renforcer les moyens du Défenseur des Droits en matière de dénonciation et de lutte contre les discriminations syndicales (proposition 33).***

Comme c'était le cas pour la proposition n° 11 (§ II A ci-dessus), certaines de nos propositions rejoignent les préconisations du groupe de dialogue inter-partenaires sur la lutte contre les discriminations en entreprise :

Proposition n° 16: assurer la prééminence du dialogue social dans l'entreprise au regard

du risque de discrimination.

Proposition n° 15: modifier le code du travail pour compléter la liste des indicateurs du bilan social sur l'évolution des carrières et des rémunérations.

Proposition n° 18: Mobiliser les services de l'inspection du travail sur la lutte contre les discriminations en en faisant une priorité nationale en 2015/2016

Proposition n° 2: Poursuivre les travaux du groupe de dialogue dans le cadre du suivi des propositions du présent rapport et organiser sa pérennisation ultérieure auprès du Défenseur des droits.

B-PROTECTION

- ✓ ***Le salarié qui souhaite se porter candidat à des élections professionnelles qui ne sont pas encore organisées par son employeur ou assumer un mandat syndical (DS, RSS ou autre) notifie son intention à l'inspecteur du travail. S'il fait l'objet d'une mesure de licenciement, au plus tard lors de l'entretien préalable, le salarié informe son employeur qu'il avait cette intention et qu'il en avait informé l'inspecteur du travail. L'employeur doit alors solliciter l'autorisation de l'inspecteur du travail (proposition 29).***
- ✓ ***Le point de départ du régime de protection spécifique prévu par les articles L.2411-6 et L.2411-9 du code du travail au profit du salarié ayant le premier demandé l'organisation d'élections professionnelles est la date d'envoi de sa lettre à l'employeur, et ce, avant même que cette demande soit relayée par une organisation syndicale (proposition 30).***

Les salariés disposés à prendre des responsabilités électives ou syndicales sont particulièrement exposés dans la période où ils se découvrent sans bénéficier encore de la protection attachée aux représentants du personnel. Ces 2 propositions tendent à limiter la possibilité pour l'employeur d'engager la procédure de licenciement d'un salarié dont il devine qu'il va se porter candidat à une élection ou qu'il a proposé à son syndicat de le désigner délégué syndical. Par ailleurs, actuellement, lorsqu'un salarié demande à l'employeur d'organiser des élections professionnelles, il ne bénéficie d'une protection de 6 mois contre le licenciement qu'à partir de la date où sa demande est relayée par un syndicat ; nous proposons que cette protection coure dès l'envoi de sa propre demande.

IV- FORMATION ET INFORMATION

A-Formation

- ✓ **Organiser pour les services de police et de gendarmerie des sessions de formation et de sensibilisation au droit du travail, aux violations du droit syndical et du fonctionnement des institutions représentatives du personnel et spécifiquement à la discrimination antisyndicale, pour leur permettre de mener utilement les enquêtes qui leur sont confiées dans ces matières (proposition 9)**
- ✓ **Développer, dans le programme de formation de l'Ecole Nationale de la Magistrature, les sessions thématiques tant en droit social qu'en droit pénal du travail (harcèlement, discrimination et délit d'entrave notamment), à destination des magistrats du Ministère Public et du Siège ; rétablir des sessions interdisciplinaires sur des thèmes pouvant intéresser à la fois magistrats du siège et du parquet, conseillers prud'hommes, avocats, inspecteurs et contrôleurs du travail, délégués du Défenseur des Droits, syndicalistes... (proposition 10)**

En cas de plainte pour discrimination, un service de police ou de gendarmerie est chargé de mener des investigations, que ce soit à la demande du parquet ou d'un juge d'instruction. Sans formation, sans sensibilisation à ce droit particulier, il est difficile pour eux de se représenter comment ils vont devoir construire le dossier, mener leurs investigations, quelle en est la finalité, quel est le droit particulier qui va devoir être mis en œuvre, donc quelles sont les recherches qui vont s'avérer utiles et efficaces pour mettre en évidence une discrimination. Ainsi le dossier qui rendra compte de leur travail ne sera pas efficace, parce qu'il ne contiendra pas les éléments qui permettraient ensuite au juge de dégager les éléments constitutifs de l'infraction de discrimination.

La plupart des magistrats (du siège ou du parquet) passent directement des bancs de l'université à ceux de l'Ecole nationale de la Magistrature (ENM), puis des tribunaux. Il n'ont pas ou peu d'expérience du monde de l'entreprise, encore moins de culture syndicale. Il faut de la pédagogie ou de l'expérience pour qu'ils comprennent toutes les incidences d'une discrimination syndicale, moins immédiatement perceptibles que celles d'une agression ou d'un trafic de drogue.

Sauf dans les grosses juridictions, les juges départiteurs et les magistrats des chambres correctionnelles ont rarement une spécialisation exclusive en droit du travail, et leur appréciation de la gravité d'une discrimination est forcément tempérée par la comparaison avec les autres contentieux dont ils s'occupent.

Les conseillers prud'hommes bénéficient d'un congé de formation d'une durée maximale de 6 semaines pour un mandat de 5 ans. Cette formation est assurée par des organismes rattachés à leurs organisations syndicales (salariés et employeurs), qui tiennent beaucoup à en conserver le contrôle... et le financement. Il est probable que d'importantes disparités existent, suivant les organisations concernées, quant à la quantité et à la qualité des

formations dispensées.

S'il est légitime que les organisations syndicales souhaitent maîtriser la formation sur le fond du droit du travail, dont la compréhension est stratégique pour elles et pour leurs militants, en revanche la formation à la procédure, à l'acte de juger, à la rédaction de jugement et au fonctionnement de la juridiction prud'homale devrait être assurée par des professionnels de la justice. Elle pourrait être commune aux deux collèges, toutes organisations confondues. Il est important, pour la cohérence du fonctionnement des conseils de prud'hommes sur tout le territoire, que l'ensemble des conseillers bénéficie dans ces matières d'une même formation, obligatoire et dépassionnée.

Sans transférer autoritairement à l'ENM l'ensemble de la formation, comme le préconise le rapport Marshall, il serait très souhaitable d'organiser des formations communes, notamment sur la procédure prud'homale et civile, mais également sous forme de sessions thématiques interdisciplinaires, comme en proposait l'ENM il y a une quinzaine d'années, sur des thèmes (tels que la discrimination) pouvant intéresser à la fois magistrats du siège et du parquet, conseillers prud'hommes, avocats, inspecteurs du travail, délégués du Défenseur des Droits, syndicalistes, personnel des ressources humaines... qui n'ont en l'état aucun espace de rencontre ni d'échanges.

A noter que là encore, sur l'importance de la formation et de l'information dans la prévention des discriminations en entreprise, nos préoccupations rejoignent celles du groupe Sciberras :

Proposition n° 7: Examiner, dans le cadre du bilan de l'accord national interprofessionnel du 12 octobre 2006 relatif à la diversité en entreprise, les conditions dans lesquelles des formations sur la problématique des discriminations pourraient être rendues obligatoires.

Proposition n° 4: Organiser une campagne nationale d'information et de sensibilisation auprès du grand public et des entreprises afin de déconstruire les stéréotypes.

B-Information

- ✓ **Produire et publier régulièrement des statistiques administratives, des données d'enquêtes publiques et des évaluations sur :**
 - les demandes d'autorisation de licenciements, de ruptures conventionnelles ou de transfert de salariés protégés et les décisions administratives qui en découlent, selon les motifs ;
 - les motifs d'absence d'IRP dans les établissements et les entreprises qui atteignent les seuils d'effectifs assujettis à l'obligation d'élections professionnelles ;
 - les négociations sur les parcours syndicaux, leur mise en oeuvre effective et leur impact sur les carrières professionnelles ;
 - le contenu et les effets réels des négociations collectives de branche et des accords d'entreprise (au lieu des simples comptages auxquels se limite la DGT dans son bilan annuel de la négociation collective).

L'ensemble de ces données doit prendre en compte la dimension du genre (proposition 25).

- ✓ **Développer, Produire et publier régulièrement des statistiques administratives, des données d'enquêtes publiques et des évaluations sur :**
 - les décisions de justice concernant les infractions constatées et les condamnations effectives en matière de répression et de discrimination syndicales ;
 - le nombre de procédures engagées devant les juridictions (civile et pénale) pour motif de discrimination syndicale, le devenir des saisines en matière de discrimination syndicale, le nombre de syndicalistes concernés ;
 - le nombre annuel des plaintes simples et avec constitution de partie civile enregistrées pour délit d'entrave au droit syndical, à la constitution ou au fonctionnement des institutions représentatives du personnel en entreprise, le nombre des plaintes classées sans suite, le nombre et le devenir des saisines de la juridiction pénale, en distinguant entre les citations directes du parquet et les citations directes de la partie civile.

L'ensemble de ces données doit prendre en compte la dimension du genre (proposition 26).

- ✓ **Créer, au sein du Conseil National de l'Information Statistique (CNIS), un groupe de travail sur l'information statistique en matière d'exercice du droit syndical et de représentation des salariés sur les lieux de travail et de déroulement de carrières (proposition 27).**