

**LES DISCRIMINATIONS DANS LES RELATIONS DE
TRAVAIL DEVANT LES COURS D'APPEL**
La réalisation contentieuse d'un droit fondamental

Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice

Rapport – Septembre 2014

Dirigée par

M. Bernard Bossu, Professeur à l'Université de Lille 2

**Centre de recherche Droits et Perspectives du Droit - Laboratoire d'études et de recherches en
droit social**

**LES DISCRIMINATIONS DANS LES RELATIONS DE
TRAVAIL DEVANT LES COURS D'APPEL**
La réalisation contentieuse d'un droit fondamental

Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice

Rapport – Septembre 2014

Dirigée par

M. Bernard Bossu, Professeur à l'Université de Lille 2

**Centre de recherche Droits et Perspectives du Droit - Laboratoire d'études et de recherches en
droit social**

Sommaire

Sommaire.....	5
Liste des auteurs.....	7
Table des abréviations.....	9
Introduction.....	13
Section 1.- La notion de discrimination.....	75
Section 2.- La preuve de la discrimination.....	193
Section 3.- La sanction de la discrimination.....	385
Bibliographie – Droit du travail – Ouvrages généraux.....	437
Bibliographie – Discrimination – Généralités.....	439
Bibliographie – Discrimination – Handicap et état de santé.....	443
Bibliographie – Discrimination fondée sur l'âge.....	445
Bibliographie – Discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.....	447
Bibliographie – Discrimination syndicale.....	449
Table des matières.....	451

Liste des auteurs

Alexandre BAREGE

Maître de conférences à l'Université de Lille 2
Membre du LEREDS-CRDP

François BIZEUR

Docteur en droit
Chargé de travaux dirigés et ancien ATER à l'Université de Lille 2
Membre du LEREDS-CRDP

Bernard BOSSU

Doyen de la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, Université de Lille 2
Professeur à l'Université de Lille 2
Directeur du LEREDS-CRDP

Céline LEBORGNE-INGELAERE

Maître de conférences à l'Université de Lille 2
Membre du LEREDS-CRDP

Bérengère LEGROS

Maître de conférences à l'Université de Lille 2
Membre du LEREDS-CRDP

Thomas MORGENROTH

Doctorant à l'Université de Lille 2
Enseignant à l'Université de Lille 2
Membre du LEREDS-CRDP

Laurence PERU-PIROTTE

Maître de conférences à l'Université de Lille 3
Membre du Centre René Demogue – CRDP

Aurélien STIVALA

Doctorant à l'Université de Lille 2
ATER à l'Université de Lille 2
Membre du LEREDS-CRDP

Jean-Philippe TRICOIT

Maître de conférences à l'Université de Lille 2
Directeur de l'Institut des sciences du travail, Lille 2
Membre du LEREDS-CRDP

Le présent document constitue le rapport scientifique d'une recherche réalisée avec le soutien du GIP Mission de recherche Droit et Justice (convention n°211.10.13.07). Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs. Toute reproduction, même partielle, est subordonnée à l'accord de la Mission.

Table des abréviations

PARAGRAPHE 1.- ABRÉVIATIONS DU TEXTE

<u>B</u>		<u>M</u>	
BIT	Bureau International du Travail	M ^{me}	Madame
<u>C</u>		MM.	Messieurs
CPC	Code de procédure civile	M.	Monsieur
<u>D</u>		<u>P</u>	
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme	PTT	Postes, Télécommunications et Télédiffusion
<u>H</u>		<u>R</u>	
HALDE	Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Egalité	R.	Partie réglementaire du code cité
<u>I</u>		<u>T</u>	
IRP	Institution(s) Représentative(s) du Personnel	TCE	Traité instituant la Communauté européenne
<u>L</u>		TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
L.	Loi <i>ou</i> Partie législative du code cité	<u>U</u>	
		UE	Union européenne

PARAGRAPHE 2.- ABRÉVIATIONS À CARACTÈRE BIBLIOGRAPHIQUE

<u>a</u>		<i>add.</i>	additionnel
<i>Acc.</i>	Accord	<i>AJ</i>	Actualité jurisprudentielle
<i>Act.</i>	Actualité(s)	<i>Aff.</i>	Affaire(s)
		<i>al.</i>	alinéa(s)

<i>Ann.</i>	Annexe(s)		européennes
<i>Arr.</i>	Arrêté	CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
<i>Arr. intermin.</i>	Arrêté interministériel	CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
<i>Arr. min.</i>	Arrêté ministériel		
Art. ou art.	Article(s)		
<i>Ass.</i>	Assemblée		
AN	Assemblée nationale		
A.-prop.	Avant-propos		
avr.	avril		
<hr/>			
B			
<hr/>			
<i>Brochure JO</i>	Brochure du Journal officiel		
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)		
<i>Bull. crim.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)		
<i>BOTEFP</i>	Bulletin officiel du Travail, de l'Emploi et de la		
et de la	Formation Professionnelle		
BIT	Bureau International du Travail		
<hr/>			
C			
<hr/>			
CPAM	Caisse primaire d'assurance maladie		
CRAM	Caisse régionale d'assurance maladie		
ch.	Chambre		
ch. soc.	Chambre sociale		
Chap.	Chapitre		
<i>Charte comm.</i>	Charte communautaire		
<i>Charte UE</i>	Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne		
<i>Chron.</i>	Chronique		
<i>Circ.</i>	circulaire		
<i>C. trav.</i>	Code du travail		
<i>Cf.</i>	<i>Confer</i>		
CIT	Conférence Internationale du Travail		
<i>c/</i>	Contre		
<i>Cons.</i>	Considérant		
Conv.	Convention		
CCN	Convention collective nationale		
coord.	Coordonné par		
CA	Cour d'appel		
Cass. ass. plén.	Cour de cassation, Assemblée plénière		
Cass. crim.	Cour de cassation, chambre criminelle		
Cass. ch. mixte	Cour de cassation, chambre mixte		
Cass. soc.	Cour de cassation, chambre sociale		
ch. corr.	Chambre correctionnelle		
<i>C. civ.</i>	Code civil		
<i>C. trav.</i>	Code du travail		
collab.	en collaboration avec		
Coll.	Collection		
CE	Communauté européenne		
<i>Cons. const.</i>	Conseil constitutionnel		
CE	Conseil d'Etat		
C ^{ie}	Compagnie		
CES	Conseil économique et social		
<i>Comm.</i>	Commentaire		
CFDT	Confédération française démocratique du travail		
CGT	Confédération générale du travail		
CGT – FO	Confédération générale du travail – Force ouvrière		
<i>concl.</i>	Conclusions		
<i>Consid.</i>	Considérant		
C ^{ts}	Consorts		
CDD	Contrat de travail à durée déterminée		
CDI	Contrat de travail à durée indéterminée		
CJCE	Cour de justice des Communautés		
<hr/>			
D			
<hr/>			
déc.	décembre		
D.	décret		
D.-L.	décret-loi		
<i>Délib.</i>	Délibération		
dép.	Jugement en départage		
DEA	Diplôme d'études approfondies		
DGEFP	Direction Générale de l'Emploi et de la Professionnelle		
Formation	Professionnelle		
<i>Dir.</i>	Directive (communautaire)		
dir.	sous la direction de		
<i>Doc.</i>	Document		
<i>Doctr.</i>	Doctrine		
DRT	Direction régionale du travail		
DSS	Direction de la Solidarité et de la Santé		
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme		
<hr/>			
E			
<hr/>			
EDF/GDF	Electricité de France/Gaz de France		
éd.	édition(s)		
esp.	espèce		
<i>et al.</i>	<i>et alii</i> (et autres)		
etc.	<i>et cetera</i> (et le reste)		
et suiv.	et suivant(e)(s)		
<hr/>			
F			
<hr/>			
Fasc.	fascicule		
févr.	février		
Fig.	figure		
FP	Fonction publique		
<hr/>			
I			
<hr/>			
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (au même endroit, ici même)		
<i>Id.</i>	<i>Idem</i> (au même endroit, ici même)		
ILOLEX	Base de données de l'OIT		
<i>in</i>	<i>in</i> (inséré dans, à l'intérieur de)		
<i>IR</i>	Informations rapides		
<hr/>			
J			
<hr/>			
janv.	janvier		
<i>JO doc. adm.</i>	Journal officiel, édition Documents administratifs		
<i>JO</i>	Journal officiel de la République française, édition Lois et Décrets		
<i>JOAN CR</i>	Journal officiel de la République française, édition Débats parlementaires et Compte-rendus		
<i>JO Sénat CR</i>	Journal officiel de la République française, édition Débats parlementaires et Compte-rendus		
<i>JO Sénat Q</i>	Journal officiel de la République française, édition Réponses ministérielles à questions écrites		
<i>JOCE</i>	Journal officiel des Communautés européennes		
<i>JOCE</i>	Journal officiel de l'Union européenne		
<i>JONC</i>	Journal officiel numéro		

juill.	complémentaire
<i>J.-Cl. Europe</i>	juillet
<i>J.-Cl. Travail Traité</i>	Juris-Classeur Europe
<i>Jurispr.</i>	Juris-Classeur Travail Traité
	Jurisprudence

L

<i>Législ.</i>	Législation
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
Litec	Librairie technique
<i>LPF</i>	Livre des procédures fiscales
<i>loc. cit.</i>	<i>Loco citato</i> (à l'endroit déjà cité)
L.	Loi ou Partie législative du code cité

M

M ^{me}	Madame
M ^{lle}	Mademoiselle
m.	masculin
M ^{mes}	Mesdames
MM.	Messieurs
M.	Monsieur

N

n. p.	non publié
N. S.	non signé
nov.	novembre
n ^o	numéro
<i>N.C.</i>	numéro complémentaire
n ^{os}	numéros

O

<i>obs.</i>	observations
oct.	octobre
ONU	Organisation des Nations unies
OIT	Organisation Internationale du Travail
<i>op. cit.</i>	<i>Opere citato</i> (dans l'ouvrage cité)
<i>Ord.</i>	ordonnance
<i>Ord.-L.</i>	ordonnance-loi
ONG	Organisation non-gouvernementale

P

p.	page
pp.	pages
<i>Pan.</i>	Panorama de jurisprudence
Part.	Partie
<i>Passim</i>	<i>Passim</i> (ça et là)
préf.	préface
<i>Prot.</i>	Protocole
PUAM	Presses Universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
PUG	Presses universitaires de Grenoble
PV	Procès-verbal

Q

<i>QE</i>	Question écrite
-----------	-----------------

R

R.	partie réglementaire du code cité
rapp.	rapport ou rapporteur
Rapp. de synthèse	Rapport de synthèse
<i>Recomm.</i>	Recommandation
<i>rectif.</i>	Rectificatif
<i>Rec.</i>	Recueil du Conseil constitutionnel
<i>Rec. CJCE</i>	Recueil de la Cour de justice des Communautés européennes
<i>Rec. Lebon</i>	Recueil des décisions du Conseil d'Etat ou Recueil Lebon
RS	Recueil systématique
réf.	Référés
RIU	Règlement Intérieur Unifié
RG	Registre civil général
RATP	Régie autonome des transports parisiens
<i>Rép. min.</i>	Réponse ministérielle (à question écrite)
Req.	Requête
<i>respect.</i>	Respectivement
rev. et augm	revue et augmentée

S

sect.	section
sect. encadr.	section encadrement
sept.	septembre
S ^{se}	Société
SA	Société anonyme
SCI	Société civile immobilière
<i>Somm. comm.</i>	Sommaires commentés
SSR	sous-sections réunies
spéc.	spécialement
<i>Suppl.</i>	Supplément

T

<i>Tables Rec. Lebon</i>	Tables du Recueil des décisions du Conseil d'Etat ou Recueil Lebon
<i>t.</i>	tome
trad.	Traduction ou traducteur
TA	Tribunal administratif
T. com.	Tribunal de commerce
TGI	Tribunal de grande instance
trim.	Trimestre

V

<i>vs</i>	<i>versus</i> (contre)
V.	Voir
Vol.	Volume

X

[X]	Auteur indéterminé
-----	--------------------

PARAGRAPHE 3.- ABRÉVIATIONS DES REVUES CITÉES

A

Act. jurid. CFDT Action juridique CFDT

B

BICC Bulletin d'information de la Cour de cassation

C

Cah. dr. entreprise Cahiers de droit de l'entreprise
Cah. IRT Cahiers de l'Institut Régional du Travail
 d'Aix-en-Provence
Cah. prud'h. Cahiers prud'homaux
CSBP Cahiers sociaux du barreau de Paris

D

D. Recueil Dalloz-Sirey
Dr. Trav. Droit du travail et de la sécurité sociale
 (devenue Travail et protection sociale)
Dr. ouvrier Droit ouvrier
Dr. soc. Droit social

G

Gaz. pal. Gazette du Palais

J

JCP *Juris-Classeur Périodique (La Semaine juridique)*
JCP éd. E Juris-Classeur Périodique édition
 entreprise et affaires
JCP éd. G Juris-Classeur Périodique édition
 générale
JCP S Juris-Classeur Périodique social
Juri-soc. Juri-social
JSL Jurisprudence sociale Lamy
Jurisp. soc. UIMM Jurisprudence sociale UIMM

L

Lamy social Lamy social
Cah. Lamy CE Les Cahiers Lamy du Comité d'entreprise
L. soc. Liaisons sociales
L. soc. Europe Liaisons sociales Europe
L. soc. Magazine Liaisons sociales Magazine
L. soc. Mensuel Liaisons sociales Mensuel
L. soc. Quot. Liaisons sociales Quotidien

P

Personnel Personnel
Petites affiches Petites affiches

R

RDT Revue de droit du travail
RD sanit. soc. Revue de droit sanitaire et social
RJS Revue de jurisprudence sociale
RF social Revue fiduciaire de droit social
RF aff. Soc. Revue française des affaires sociales
RI trav. Revue internationale du travail
RPDS Revue pratique de droit social
RTD civ. Revue trimestrielle de droit civil
SSL Semaine sociale Lamy
Soc. trav. Sociologie du travail

T

TPS Travail et protection sociale
 (devenu Juris-Classeur Périodique Social)

S

SSL Semaine sociale Lamy

V

Vie jud. La Vie judiciaire

Introduction

1.- Evoquer la discrimination conduit inévitablement à s'intéresser à l'égalité. Mais de quelle égalité parle-t-on ? Il n'est évidemment pas question dans le cadre de ce rapport de dresser une typologie des figures de l'égalité. Notre point de départ sera l'article 1^{er} de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui proclame que « *les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit* ». Ce célèbre texte résume la victoire révolutionnaire sur les privilèges de l'Ancien régime¹. En mettant un terme à la distinction entre la noblesse, le clergé et le tiers état, c'est le principe de l'égalité des êtres humains qui est posé. A partir de là, c'est un culte de l'égalité qui va dominer la société française ; les révolutionnaires ayant compris que les libertés ne peuvent vivre qu'enracinées dans l'égalité des droits².

2.- Mais l'égalité en droit ne signifie pas l'égalité en fait. En dépit de l'affirmation d'un principe d'égalité, beaucoup de personnes ont constaté que leur apparence extérieure, leurs préférences, leur manière d'être constituent un réel obstacle à une insertion normale, en particulier en matière d'accès à l'école, à l'emploi ou encore aux responsabilités³. Il est donc indispensable en pratique de lutter contre les discriminations. En organisant ce combat, on protège en réalité la personne⁴ : chacun a le droit au même traitement, peu importe ses particularités. En résumé, le principe d'égalité est inséparable du principe de non-discrimination. Comme l'affirmera le Président de la République François Mitterrand à l'occasion de ses derniers vœux aux

¹ Oberdorff (H.), *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, LGDJ, Lextenso éditions, 3^{ed}. 2011, n° 317.

² Lebreton (G.), *Libertés publiques et droits de l'homme*, Paris : Armand Colin, 6^{ed}. 2003, p. 159.

³ Oberdorff (H.), *op. cit.*, n° 320.

⁴ Lyon-Caen (A.), « Variations sur la discrimination ou le pluriel derrière le singulier », in *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, Paris : Dalloz, Coll. *Etudes et commentaires*, p. 52.

Français le 31 décembre 1994 ; « *ne dissociez jamais la liberté et l'égalité. Ce sont des idéaux difficiles à atteindre, mais qui sont à la base de toute démocratie* »⁵.

3.- La lutte contre les discriminations revêt une importance particulière en droit du travail. On sait en effet que le travail occupe une place essentielle dans notre société : c'est un moyen d'assurer son existence et d'affirmer sa place dans la société mais aussi un facteur de réalisation de la personne et d'épanouissement⁶. Le travail se rattache donc à la dignité de la personne car il permet à l'homme d'accéder à la pleine humanité⁷. Or, malheureusement, le travailleur est souvent exposé aux discriminations dans le cadre de sa vie sociale. Ainsi, dans son rapport d'activité pour 2008, l'ancienne HALDE indique qu'elle a été saisie de 7.788 réclamations et que l'emploi est le domaine le plus fréquent des discriminations (50 % des réclamations). De même, le 3 février 2014, le Défenseur des droits a présenté une étude réalisée en partenariat avec l'Organisation internationale du travail sur les discriminations au travail⁸. Aux termes de cette étude, 3 actifs sur 10 estiment avoir été victimes d'une discrimination, ce chiffre étant stable depuis quelques années.

4.- Pour rendre plus efficace la lutte contre les discriminations, il peut être utile de mieux connaître et mesurer la réalité des discriminations. La chose est évidemment complexe⁹ car la quête de données scientifiques ne peut se traduire par une remise en cause de l'article premier de la Constitution qui affirme le principe d'indivisibilité de la République¹⁰.

5.- Parmi les instruments permettant de mesurer la réalité des discriminations, on trouve le contentieux judiciaire. En 2008, la Cour de cassation a présenté dans le cadre de son rapport annuel, une étude très détaillée de sa jurisprudence en matière de discriminations. L'objectif de ce rapport est sensiblement différent puisqu'il se propose

⁵ Mitterrand (Fr.), *Discours 1981-1995*, Paris : Europolis 1995, p. 504.

⁶ Asquinazi-Bailleux (D.), « Droit à l'emploi et dignité », *Mélanges C. Bolze*, Paris : Economica 1999, p. 125.

⁷ Revet (T.), *La dignité de la personne humaine en droit du travail*, Paris : Economica 1999, p. 137.

⁸ Cette étude figure sur le site du Défenseur des droits à l'URL suivante : <www.defenseurdesdroits.fr>.

⁹ Oberdorff (H.), *op. cit.*, n° 325.

¹⁰ *Id.*, n° 327.

d'étudier le contentieux des discriminations devant les Cours d'appel.

Avant d'examiner d'un point de vue statistique le contentieux des discriminations devant les Cours d'appel, il est nécessaire de procéder à un bref rappel historique.

PARAGRAPHE 1.- REGARD HISTORIQUE

6.- Un regard historique offre l'opportunité de rappeler la constante selon laquelle nous vivons dans une société inégalitaire. Cela étant, pour le domaine qui nous intéresse, à savoir le domaine des relations de travail et de l'emploi, le législateur français tente de remédier à cette situation comme le montre l'étude de l'évolution du droit du travail français.

A.- Une société inégalitaire

7.- L'histoire nous enseigne que la société a toujours été profondément inégalitaire et qu'il est particulièrement difficile de lutter contre les préjugés. Ainsi, dans la plupart des sociétés archaïques, un pouvoir de domination a été accordé aux hommes sur les femmes¹¹. Cette inégalité continuera à inspirer le Code civil de 1804 qui proclame que la femme mariée est une incapable placée sous la tutelle de son conjoint. La couleur de peau a également servi à distinguer les individus¹². La loi du 27 floréal an X (17 mai 1802) a ainsi rétabli l'esclavage qui avait été partiellement aboli par la révolution française. Il faudra attendre un décret du 27 avril 1848 pour que l'esclavage soit interdit et considéré comme une atteinte à la dignité humaine.

Aujourd'hui encore, la perception de l'autre varie dans l'espace et le temps¹³. Dans de nombreux pays, il n'existe toujours pas d'égalité entre les hommes et les femmes. L'homosexualité est encore fortement réprimée par certains systèmes juridiques. C'est

¹¹ Manigot (V.), *Le traitement juridique de la discrimination dans l'entreprise*, Paris : LexisNexis, Coll. *Planète social*, 2012, n° 5.

¹² Manigot (V.), *op. cit.*, n° 6.

¹³ Manigot (V.), *op. cit.*, n° 10.

pourquoi, depuis la loi du 17 mai 2013¹⁴ ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, l'article L. 1132-3-2 du Code du travail énonce qu' « *aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir refusé en raison de son orientation sexuelle une mutation géographique dans un Etat incriminant l'homosexualité* ». En définitive, on peut considérer que l'égalité n'est pas un acquis naturel mais une construction intellectuelle dont les exigences ne cessent de varier en fonction du contexte et de l'évolution des faits sociaux.

B.- Evolution du droit du travail français

8.- C'est à partir de 1982 que le principe de non-discrimination s'est épanoui en droit du travail français. La loi n° 82-689 du 4 août 1982¹⁵ relatives aux libertés des travailleurs dans l'entreprise a créé l'article L. 122-45 du Code du travail (devenu aujourd'hui l'article L. 1132-1 du Code du travail) qui interdit la prise en considération de certains motifs. Ce texte a connu au fil du temps une immense fortune, la liste des motifs interdits n'ayant pas cessé de s'allonger. La découverte régulière de nouveaux motifs ne doit pas surprendre. Comme nous l'avons vu précédemment le droit du travail évolue beaucoup en fonction des exigences du corps social et en particulier du sentiment d'injustice. Au travers de la multiplication des motifs illicites de distinction, il est ainsi possible de « *trouver les étapes que l'histoire humaine a parcourues dans le processus d'égalisation* ». Pour illustrer notre propos, voyons comment certains motifs ont été intégrés au sein de l'article L. 1132-1 du Code du travail.

9.- Dans sa rédaction issue de la loi du 4 août 1982, l'article L. 122-45 du Code du travail dispose qu'« *aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié en raison de son origine, de son sexe, de sa situation de famille, de son appartenance à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou de ses convictions religieuses. Toute disposition contraire est nulle de plein droit* ». C'est

¹⁴ L. n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, JO n° 114, 18 mai 2013, p. 8253.

¹⁵ L. n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise, JO 6 août 1982, p. 2518.

d'abord le droit grève qui va être ajouté par la loi du 25 juillet 1985¹⁶ à la liste des motifs prohibés. Jusqu'à cette date, la Cour de cassation refusait toute réintégration du salarié gréviste illégalement licencié. Dans la célèbre affaire Talbot, elle a ainsi affirmé que « *le licenciement pour faits de grève n'est pas nul mais peut seulement donner lieu à des dommages-intérêts à la charge de l'employeur si le salarié n'a pas commis de faute lourde*¹⁷ ». Cette logique indemnitaires de la chambre sociale s'expliquait par la volonté de protéger le pouvoir patronal, la réintégration apparaît encore à cette époque comme une contrainte inadmissible pour un employeur¹⁸.

En 1985, à l'occasion de l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, le Procureur Général de la Cour de cassation Pierre Arpaillage s'était ému de cette situation : « *L'exercice le plus régulier du droit de grève peut entraîner un licenciement irréversible. Qu'est-ce qu'un droit – et celui-ci est reconnu par la Constitution – dont l'exercice peut comporter les conséquences les plus catastrophiques pour l'intéressé et pour les siens ? En réalité, celui qui a exercé son "droit" se retrouvera au chômage, et parfois même sur une liste noire interdisant le réembauchage, et n'obtiendra au bout d'un interminable procès qu'une indemnisation sans rapport avec le préjudice subi* »¹⁹.

Lors des débats parlementaires qui ont précédé l'adoption de la loi du 25 juillet 1985, le ministre du travail a expliqué ainsi la nécessité d'intégrer le droit de grève parmi les droits protégés par l'article L. 122-45 : « *le droit de grève est, en effet, inscrit dans la Constitution et il constitue un des droits essentiels des salariés. Or, il est vrai qu'aujourd'hui, l'exercice le plus régulier de ce droit peut entraîner un licenciement irréversible... Cette situation est manifestement anormale... L'article L. 122-45 interdit toute sanction ou licenciement prononcé en violation des droits fondamentaux comme ceux qui concernent les activités syndicales, les convictions religieuses, l'égalité des*

¹⁶ L. n° 85-772 du 25 juillet 1985 portant diverses dispositions d'ordre social, JO n° 172, 26 juill. 1985, p. 8471.

¹⁷ Cass. soc., 31 mars 1982, Dr. soc. 1983, p. 225, note J. Savatier.

¹⁸ Ray (J.-E.), « Le juge et les conflits collectifs de travail, Libres propos », Dr. soc. 1986, p. 617 ; Ray (J.-E.), Les pouvoirs de l'employeur à l'occasion de la grève, Paris : Librairies techniques, 1985, n° 58.

¹⁹ Arpaillage (P.), « Audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, 7 janv. 1985 », Act. Jurid. CFDT, mars 1985, p. 83 ; dans le même sens, V. Jean-Jacques Dupeyroux qui se demande « si le droit de grève protège les grévistes », Le Monde, 28 juin 1977 et 17 sept. 1980.

sexes ou des races. Il est donc parfaitement légitime d'ajouter à cette liste l'exercice normal d'un autre droit fondamental, celui de faire grève»²⁰. Tirant toutes les conséquences de la loi, la Cour de cassation affirmera le 26 septembre 1990 que « *le licenciement des salariés grévistes étant entaché de nullité, c'est à bon droit, et sans excéder ses pouvoirs, que le juge des référés, pour faire cesser un trouble manifestement illicite, a ordonné la poursuite du contrat de travail, qui n'avait pu être valablement rompu*²¹. »

10.- Avec la loi du 12 juillet 1990²², c'est l'état de santé et le handicap qui vont intégrer l'article L. 122-45 du Code du travail. Cette nouvelle loi trouve son origine dans la volonté de lutter contre les discriminations dont sont victimes les séropositifs et les malades du sida²³. De par ses effets redoutables, le sida a en effet engendré des réactions de peurs et de craintes qui se sont traduites par un rejet dans tous les pays des malades atteints du sida ou même susceptibles de l'être²⁴. Ce climat n'a pas épargné le monde du travail : des personnes infectées ou soupçonnées de l'être se sont vu refuser un emploi ou ont été licenciées²⁵ ; des dépistages effectués à l'insu des salariés lors d'une prise de sang se sont multipliés²⁶. Cette situation ne pouvait laisser le législateur indifférent, d'autant plus que la doctrine appelait avec insistance une réaction de ce dernier²⁷. Il convient toutefois de souligner que la loi du 12 juillet 1990 n'est pas spécifique aux malades atteints du sida mais concerne l'ensemble des discriminations fondées sur l'état de santé ou le handicap, le sida ayant été en quelque sorte le « révélateur » d'un

²⁰ *JOAN*, 27 juin 1985, p. 2073.

²¹ Cass. soc., 26 sept. 1990, *Dr. soc.* 1991, p. 60, Rapp. Ph. Waquet, note J.-E. Ray.

²² L. n° 90-602 du 12 juillet 1990 *relative à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap*, *JO* n° 161, 13 juill. 1990, p. 8272.

²³ V. la Déclaration du Ministre de la solidarité, de la santé et de la protection sociale, *JO Sénat*, 16 mai 1990, p. 894.

²⁴ Hannoun (M.), Le sida, question de société, Rapp. AN 1987/1988, n° 1090 ; Danti-Juan (M.), « Quelques réflexions en droit pénal français sur les problèmes posés par le sida », *Rev. dr. pén.* 1988, p. 631.

²⁵ Lyon-Caen (A.), « La protection du travailleur infecté par le V.I.H. », in *Un défi mondial : le sida, Problèmes politiques et sociaux*, n° 625 ; Berra (D.), « Aspects juridiques des problèmes posés par le sida dans les relations de travail », *SSL* 4 juill. 1988, suppl. au n° 416, pp. 8 et suiv.

²⁶ Berra (D.), *op. cit.*, p. 16 et s. ; Joseph (D.), « L'état de santé, élément de la vie privée du salarié ? – Sida - Secret médical – Emploi », *Dr. ouvrier* 1990, p. 378.

²⁷ V. notamment Danti-Juan (M.), *op. cit.*, p. 642, du même auteur, « Licenciement et droit pénal : analyse du droit positif et critiques de certaines solutions », *Rev. sc. crim.* 1989, p. 716.

problème plus général²⁸.

11.- L'évolution du regard de la société sur l'orientation sexuelle d'une personne et plus largement sa sexualité est aussi à l'origine d'un accroissement sensible de la liste des motifs discriminatoires. A l'origine, l'article L. 1132-1 du Code du travail interdisait exclusivement les discriminations fondées sur le sexe. La prise en considération des mœurs est à son tour interdite par la loi du 12 juillet 1990. Puis, la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001²⁹ va compléter la liste des motifs discriminatoires en visant l'orientation sexuelle. C'est le traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997 qui a interdit pour la première fois les discriminations en raison de l'orientation sexuelle (article 13 du Traité). La prohibition figure aussi à l'article 21 de la charte des droits fondamentaux de l'union européenne. Avec la loi du 6 août 2012³⁰ relative au harcèlement sexuel, la discrimination fondée sur l'identité sexuelle tombe aussi sous le coup de la discrimination. Enfin, depuis la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe³¹, l'article L. 1132-3-2 du Code du travail énonce qu'aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir refusé en raison de son orientation sexuelle une mutation géographique dans un Etat incriminant l'homosexualité.

PARAGRAPHE 2.- REGARD STATISTIQUE

12.- La réalisation du projet de recherche portant sur les discriminations devant les Cours d'appel nécessite que l'on puisse réunir un appareil jurisprudentiel suffisant pour permettre une étude qui se veut la plus exhaustive que possible. Ainsi, pour être efficace, cette étude reposera notamment sur des considérations statistiques afin d'obtenir une vue générale des plus fidèles concernant ce type de contentieux. La méthode de recherche consistant à questionner les bases de données, que nous pouvons

²⁸ V. Cacheux (D.), *Rapport* n° 1276, 1989/1990, p. 5.

²⁹ L. n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 *relative à la lutte contre les discriminations*, JO n° 267, 17 nov. 2001, p. 18311.

³⁰ L. n° 2012-954 du 6 août 2012 *relative au harcèlement sexuel*, JO n° 182, 7 août 2012, p. 12921.

³¹ L. n° 2013-404 du 17 mai 2013 *ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, JO n° 114, 18 mai 2013, p. 8253.

qualifier d'usuelles, telles que Dalloz, Jurisclasseur, Légifrance, Les éditions législatives, etc., ne permet pas de proposer un travail tout à fait complet sur le sujet. La charnière de ce projet de recherche réside donc dans l'utilisation d'une base de données différente et méconnue des universitaires ainsi que des praticiens : JuriCA. Cet outil numérique regroupe l'ensemble des décisions d'appel rendues en France. Son grand intérêt est notamment d'être actualisé quotidiennement par le service documentaire de la Cour de cassation. Par le biais de ce système, nous avons pu mobiliser le plus grand nombre d'arrêts afin que notre recherche sur les discriminations soit représentatif du donné socio-juridique qui traverse les Cours d'appel.

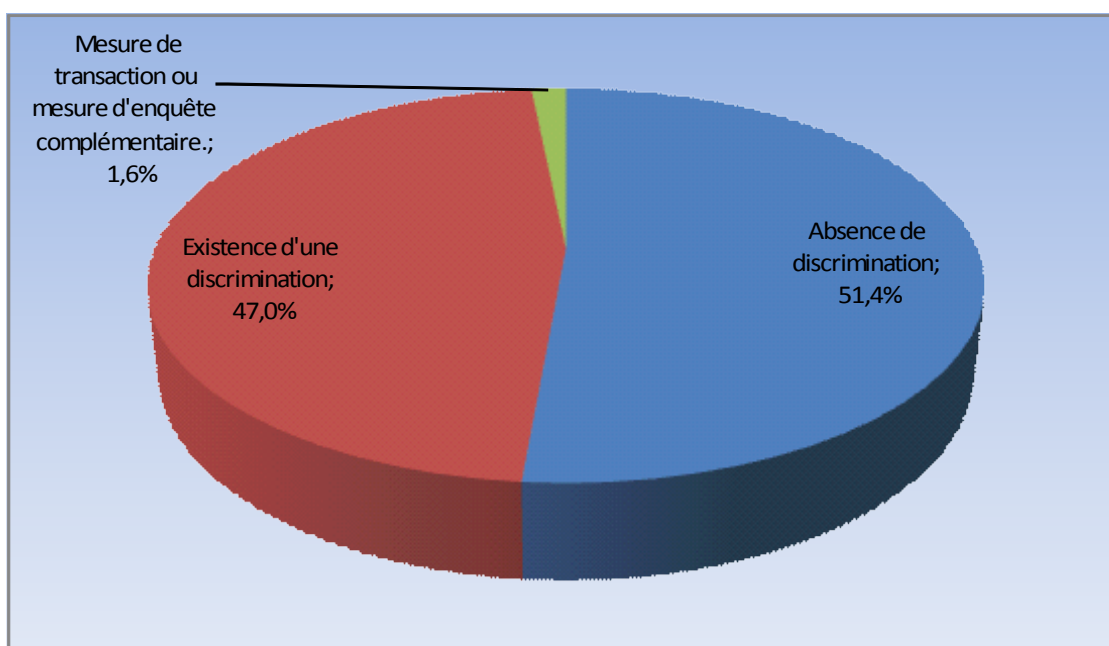
A.- Présentation générales des statistiques recueillies

Afin d'établir des statistiques utiles à la compréhension du contentieux de la discrimination, plusieurs critères généraux de répartition ont été retenus. Le premier est un critère temporel ; les second et troisième critères ont respectivement pour objet les causes de discrimination et les conséquences, tandis que le dernier est territorial et se rapporte au ressort des cours d'appel.

1.- Taux de reconnaissance d'une discrimination à partir des arrêts étudiés (2006 - 2013)

13.- Notre étude repose sur un corpus de 1578 arrêts qui se ventile de la façon suivante :

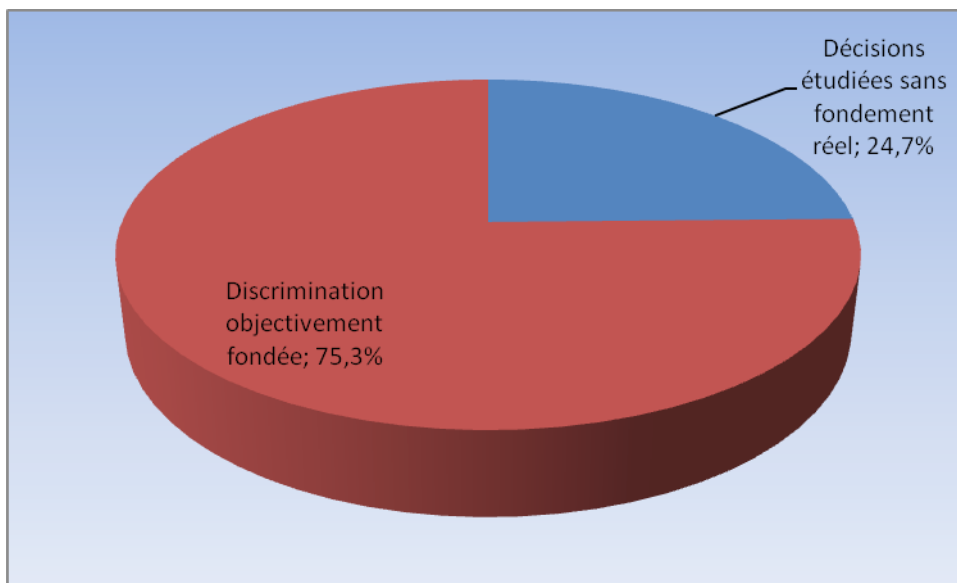
- 51,4 % des décisions (soit 811 arrêts) reconnaissent l'absence de discrimination ;
- 47 % des décisions (soit 742 arrêts) reconnaissent l'existence d'une discrimination ;
- 1,6 % (soit 25 arrêts) des décisions optent soit pour une mesure de transaction, soit pour une mesure d'enquête complémentaire.



Sur l'ensemble de ces décisions, 2 % des arrêts admettent les deux solutions en raison de la multiplicité des demandes formulées par les salariés dans le cadre de l'instance.

2.- Taux par causes de discrimination

14.- 24,7 % des décisions étudiées n'ont pas de fondement réel et se contentent d'invoquer une discrimination sans en expliquer la source. 17,7 % de ces décisions trouvent une issue favorable au salarié, le plus souvent, sous couvert d'une inégalité de traitement et non d'une discrimination à proprement parler.

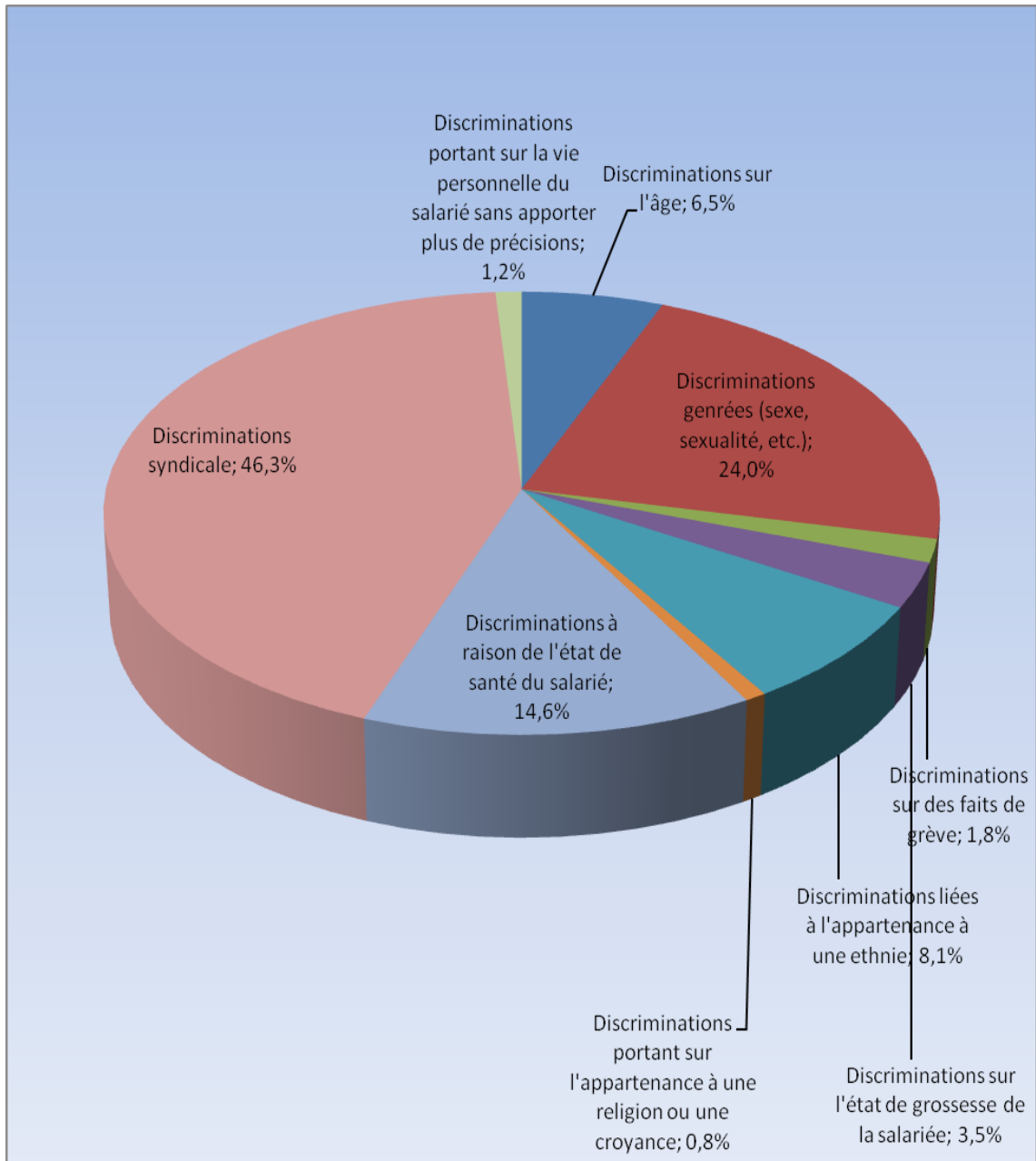


Par conséquent, 75,3 % des arrêts proposent d'étudier une discrimination objectivement fondée. Quelques-unes d'entre elles proposent d'ailleurs l'étude de plusieurs discriminations dans le même arrêt. En tout état de cause :

- 6,5 % des discriminations invoquées dans ces décisions portent sur l'âge (75 décisions) ;
- 24 % des demandes portent sur des discriminations genrées (sexe, sexualité, etc.) (287 décisions) ;
- 1,8 % des discriminations invoquées dans ces arrêts portent sur des faits de grève (21 décisions) ;
- 3,5 % des discriminations invoquées dans ces arrêts portent sur l'état de grossesse de la salariée (42 décisions) ;
- 8,1 % des demandes concernent des discriminations liées à l'appartenance à une ethnie (97 décisions) ;
- 0,8 % seulement des arrêts objectivement fondés abordent la discrimination portant sur l'appartenance à une religion ou une croyance (10 décisions) ;
- 14,6 % des arrêts portent sur la discrimination à raison de l'état de santé du salarié (174 décisions) ;
- 46,3 % des décisions concernent la discrimination syndicale (553 décisions) ;
- 1,2 % des décisions évoquent une discrimination portant sur la vie personnelle

du salarié (14 décisions).

Répartition des motifs de discrimination objectivement fondés



N.B. : le total des discriminations invoquées est de 106,8 % car dans certains arrêts plusieurs motifs de discrimination peuvent être recensés.

3.- Taux de discrimination par conséquences

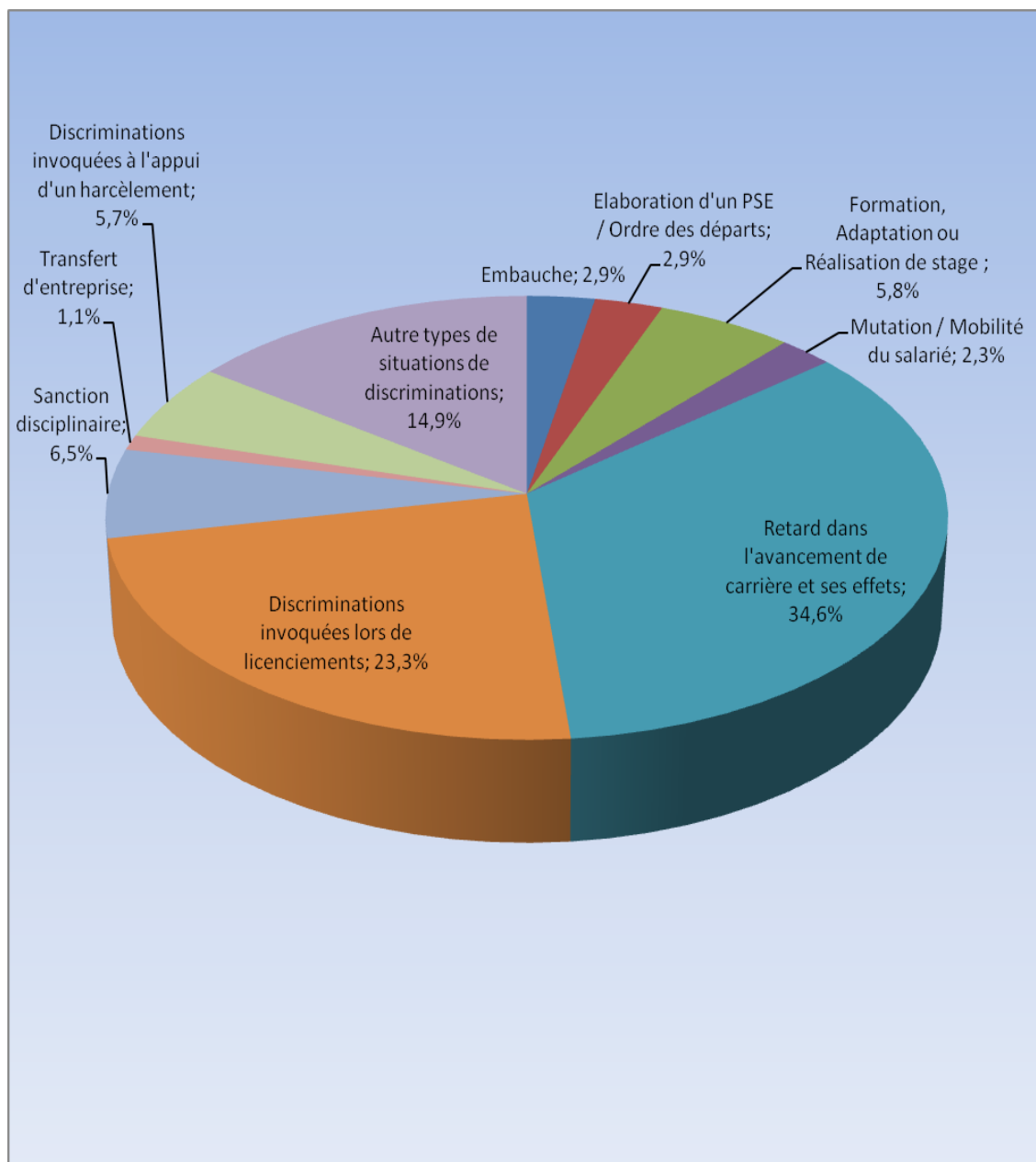
15.- Les conséquences d'une situation de discrimination invoquée sont multiples :

- 2,9 % des décisions abordent des discriminations à l'embauche (45 décisions) ;
- 2,9 % des décisions sont rendues en matière économique et concernent tant une discrimination dans le cadre de l'élaboration d'un PSE qu'une discrimination portant sur l'ordre des départs s'agissant de la procédure de licenciement. (46 décisions) ;
- 5,8 % des discriminations invoquées le sont en matière de formation, d'adaptation ou de réalisation de stage dans le cadre de la formation continue en entreprise. (90 décisions) ;
- 2,3 % des discriminations sont invoquées consécutivement à une mutation du salarié ou, plus généralement, à la mobilité du salarié (37 décisions) ;
- 34,6 % des discriminations invoquées portent sur le retard dans l'avancement de carrière et ses effets (rémunération, versement de primes, attribution d'avantages en nature, etc.). (547 décisions) ;
- 23,3 % des discriminations invoquées concernent des licenciements (367 décisions) ;
- 6,5 % des décisions concernent des sanctions disciplinaires prises pour motif discriminatoire (102 décisions) ;
- 1,1 % des discriminations invoquées portent sur un transfert d'entreprise (17 décisions) ;
- 5,7 % des discriminations invoquées le sont à l'appui d'un harcèlement (90 décisions) ;
- 14,9 % des discriminations invoquées concernent d'autres types de discriminations.

En tout état de cause, 72,9 % des arrêts (1151 décisions) mettent en avant une discrimination portant sur l'exécution même de la prestation de travail et, plus

globalement, sur les conditions d'emploi des salariés.

Conséquences dans lesquelles les situations de discriminations sont invoquées



4.- Taux de discrimination et taux de reconnaissance par cours d'appel

16.- La répartition des taux par cours d'appel s'effectue de la façon suivante :

- 0,6 % des décisions proviennent de la Cour d'appel d'Agen pour un taux de reconnaissance de 55,5 % (9 décisions) ;
- 6,3 % des décisions proviennent de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence pour un taux de reconnaissance de 41,4 % (99 décisions) ;
- 1 % des décisions proviennent de la Cour d'appel d'Amiens pour un taux de reconnaissance de 42,9 % (14 décisions) ;
- 0,8 % des décisions proviennent de la Cour d'appel d'Angers pour un taux de reconnaissance de 50 % (12 décisions) ;
- 0,4 % des décisions proviennent de la Cour d'appel de Basse-Terre pour un taux de reconnaissance de 83,3 % (6 décisions) ;
- 0,1 % des décisions proviennent de la Cour d'appel de Bastia pour un taux de reconnaissance de 0 % (2 décisions) ;
- 1 % des décisions proviennent de la Cour d'appel de Besançon pour un taux de reconnaissance de 28,6 % (14 décisions) ;
- 2,5 % des décisions proviennent de la Cour d'appel de Bordeaux pour un taux de reconnaissance de 46,2 % (39 décisions) ;
- 0,6 % des décisions proviennent de la Cour d'appel de Bourges pour un taux de reconnaissance de 33,3 % (9 décisions) ;
- 1,1 % des décisions proviennent de la Cour d'appel de Caen pour un taux de reconnaissance de 58,8 % (17 décisions) ;
- 1,2 % des décisions proviennent de la Cour d'appel de Chambéry pour un taux de reconnaissance de 52,6 % (19 décisions) ;
- 3,6 % des décisions proviennent de la Cour d'appel de Colmar pour un taux de reconnaissance de 37,5 % (56 décisions) ;
- 1 % des décisions proviennent de la Cour d'appel de Dijon pour un taux de reconnaissance de 46,6 % (15 décisions) ;

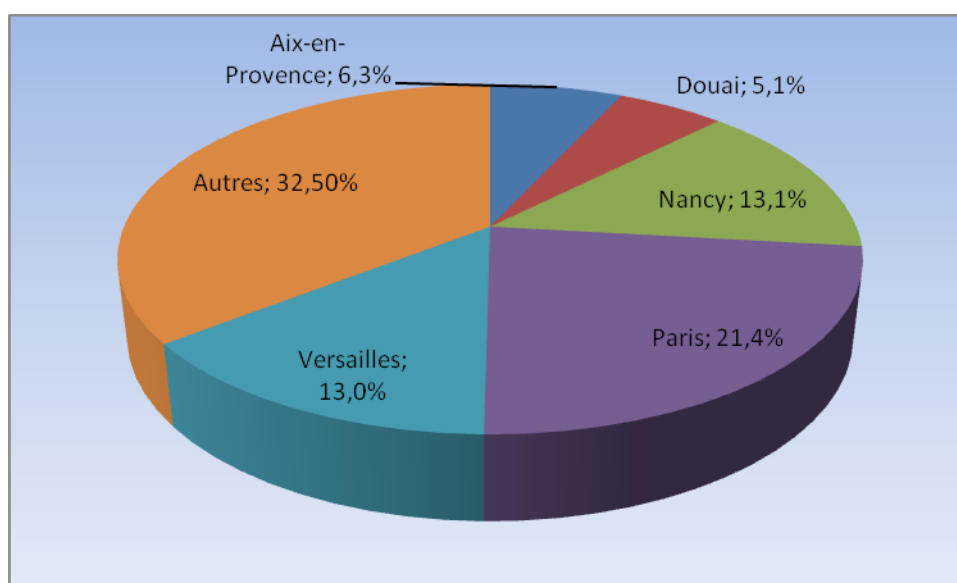
- 5,1 % des décisions proviennent de la Cour d'appel de Douai pour un taux de reconnaissance de 39,2 % (79 décisions) ;
- 0,1 % des décisions proviennent de la Cour d'appel de Fort-de-France pour un taux de reconnaissance de 50 % (2 décisions) ;
- 1,3 % des décisions proviennent de la Cour d'appel de Grenoble pour un taux de reconnaissance de 52,4 % (21 décisions) ;
- 0,1 % des décisions proviennent de la Cour d'appel de Limoges pour un taux de reconnaissance de 0 % (2 décisions) ;
- 3,4 % des décisions proviennent de la Cour d'appel de Lyon pour un taux de reconnaissance de 45,5 % (55 décisions) ;
- 0,3 % des décisions proviennent de la Cour d'appel de Metz pour un taux de reconnaissance de 50 % (4 décisions) ;
- 1 % des décisions proviennent de la Cour d'appel de Montpellier pour un taux de reconnaissance de 28,6 % (4 décisions) ;
- 13,1 % des décisions proviennent de la Cour d'appel de Nancy (peu représentatif étant donné que 80,5 % de ces décisions concernent des affaires liées) pour un taux de reconnaissance de 4,9 % (205 décisions) ;
- 3,7 % des décisions proviennent de la Cour d'appel de Nîmes pour un taux de reconnaissance de 71,2 % (59 décisions) ;
- 2,1 % des décisions proviennent de la Cour d'appel d'Orléans pour un taux de reconnaissance de 42,4 % (33 décisions) ;
- 21,4 % des décisions proviennent de la Cour d'appel de Paris pour un taux de reconnaissance de 46,4 % (338 décisions) ;
- 2 % des décisions proviennent de la Cour d'appel de Pau pour un taux de reconnaissance de 25 % (31 décisions) ;
- 0,6 % des décisions proviennent de la Cour d'appel de Poitiers pour un taux de reconnaissance de 10 % (10 décisions) ;
- 0,7 % des décisions proviennent de la Cour d'appel de Reims pour un taux de reconnaissance de 36,4 % (11 décisions) ;
- 2,8 % des décisions proviennent de la Cour d'appel de Rennes pour un taux de

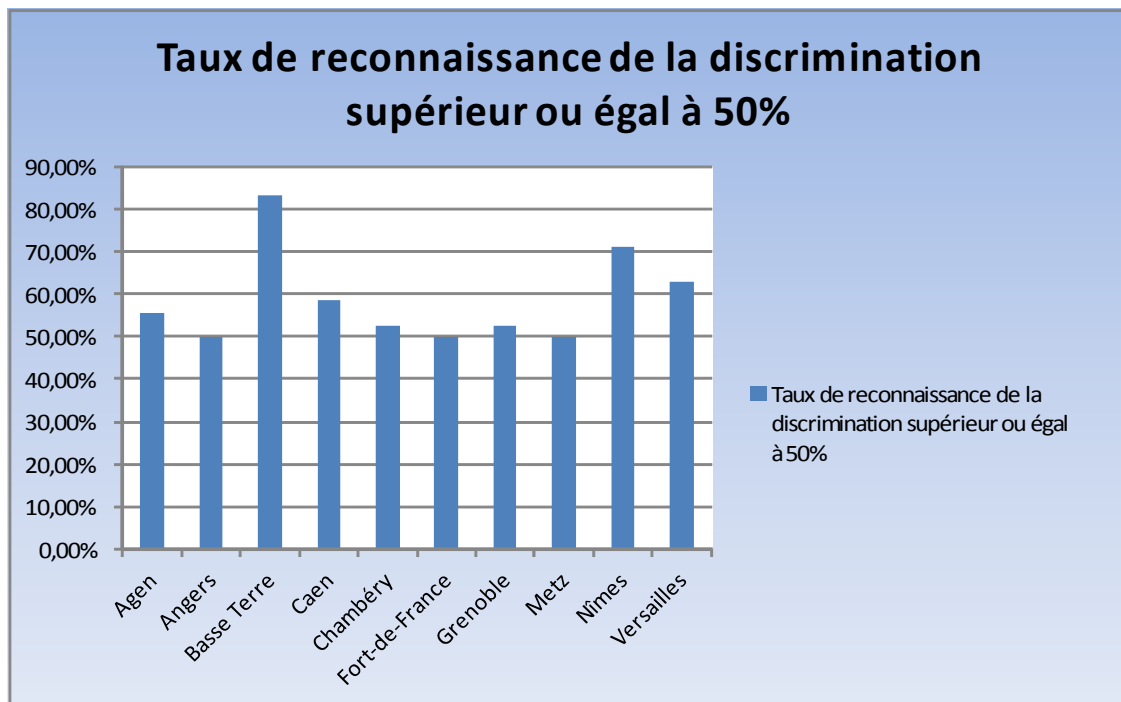
reconnaissance de 36,4 % (44 décisions) ;

- 2,7 % des décisions proviennent de la Cour d'appel de Riom pour un taux de reconnaissance de 23,8 % (42 décisions) ;
- 2,5 % des décisions proviennent de la Cour d'appel de Rouen pour un taux de reconnaissance de 15 % (40 décisions) ;
- 0,3 % des décisions proviennent de la Cour d'appel de Saint-Denis pour un taux de reconnaissance de 20 % (5 décisions) ;
- 4,4 % des décisions proviennent de la Cour d'appel de Toulouse pour un taux de reconnaissance de 42 % (69 décisions) ;
- 13 % des décisions proviennent de la Cour d'appel de Versailles pour un taux de reconnaissance de 62,9 % (206 décisions).

N.B. : Le pourcentage total des discriminations invoquées devant les différentes Cours d'appel excède 100 % (100,8 %) compte tenu de l'arrondi à décimale près auquel nous avons procédé.

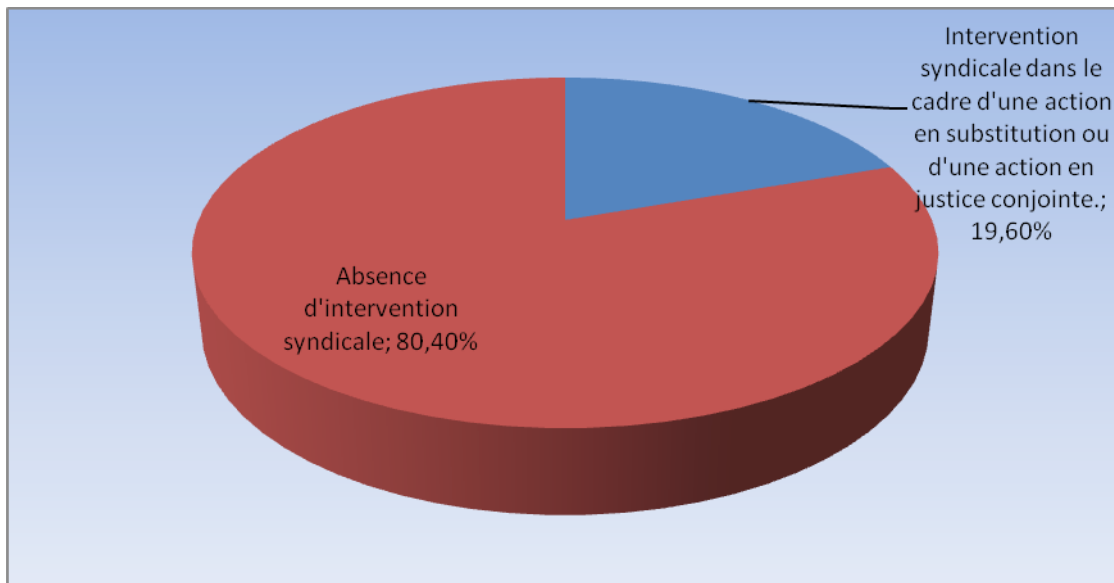
Taux de discrimination par Cours d'appel





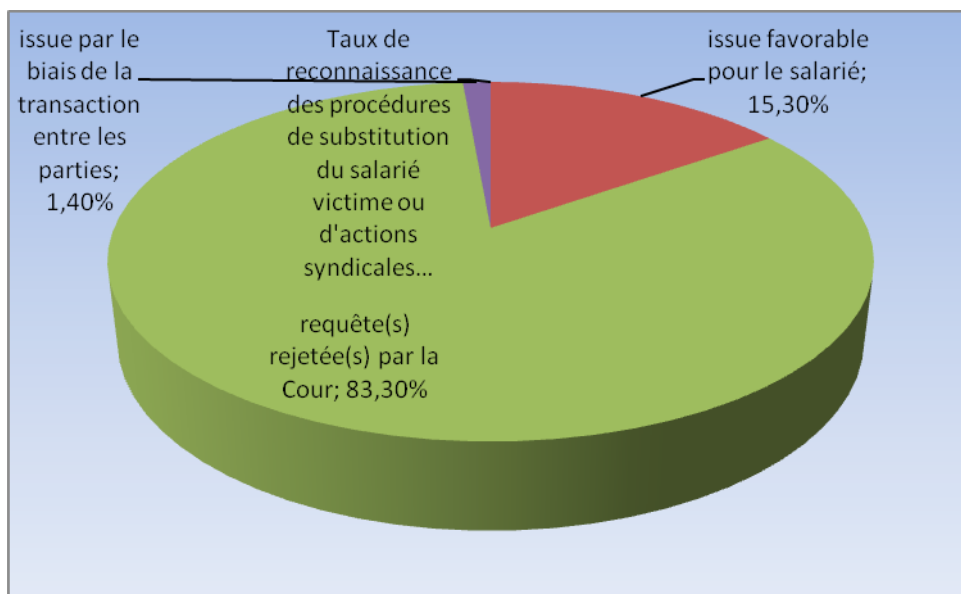
5.- Taux de reconnaissance des procédures de substitution du salarié victime ou d'actions syndicales greffées

17.- 19,6 % des procédures déclenchées (307 décisions) en reconnaissance d'une discrimination ont fait l'objet d'une intervention syndicale soit dans le cadre d'une action en substitution, soit dans le cadre d'une action en justice conjointe.



De ces quelques arrêts, il ressort que seulement 15,3 % des demandes ont eues une issue favorable pour le salarié. 83,3 % des décisions ont vues leur(s) requête(s) rejetée(s) par la Cour. Par ailleurs, 1,4 % des contentieux ont trouvé une issue par le biais de la transaction entre les parties.

Taux de reconnaissance des procédures de substitution du salarié victime ou d'actions syndicales greffées



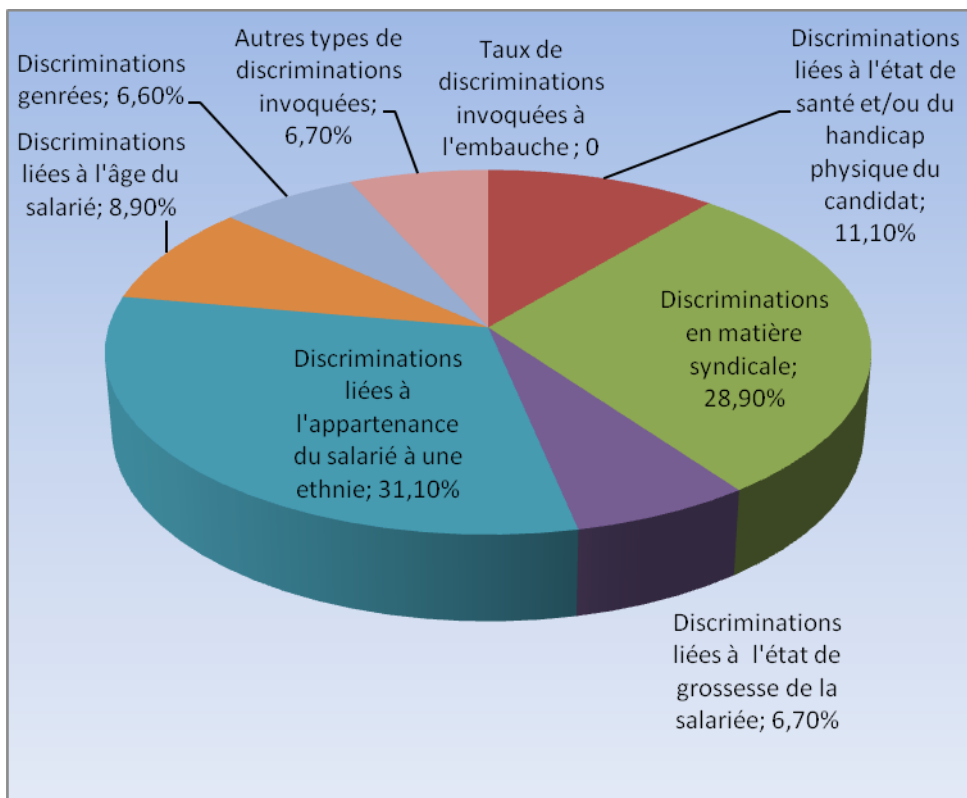
B.- Discriminations invoquées lors de la phase de l'embauche

Les statistiques qui suivent déterminent le taux de discrimination en fonction des motifs, d'une part, et des cours d'appel, d'autre part.

1.- Taux de discrimination à l'embauche par motifs

18.- 45 décisions font état d'une demande de discrimination à l'embauche et se répartissent de la manière suivante :

- 11,1 % des demandes abordent un cas de discrimination lié à l'état de santé et/ou du handicap physique du candidat ;
- 28,9 % des demandes concernent des cas de discriminations en matière syndicale ;
- 6,7 % des demandes concernent l'état de grossesse de la salariée ;
- 31,1 % des demandes sont liées à l'appartenance du salarié à une ethnie ;
- 8,9 % des demandes abordent l'âge du salarié ;
- 6,6 % des demandes sont des discriminations genrées.



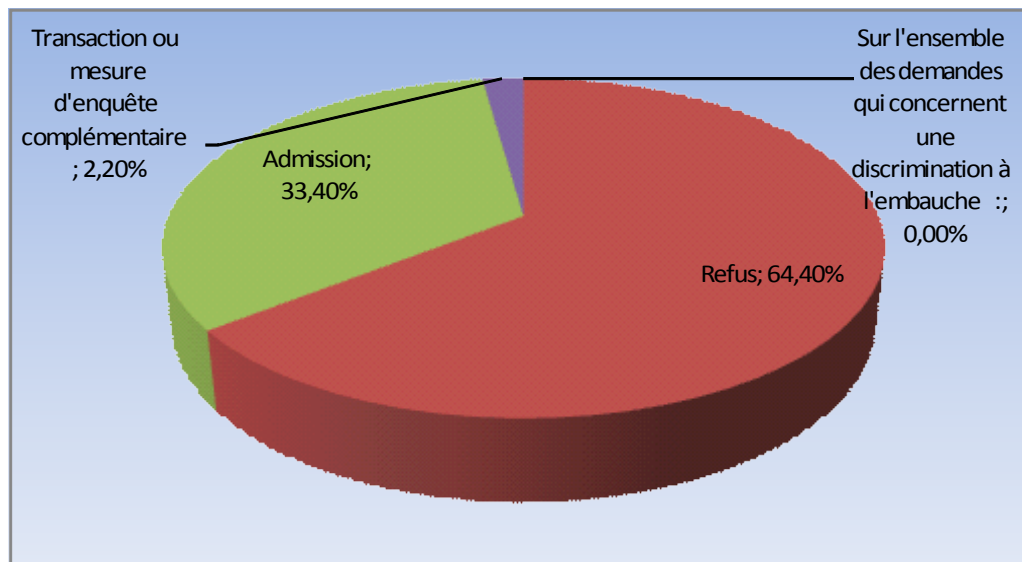
N.B. : Le total des motifs de discrimination à l'embauche est 93,3 % car dans certains arrêts, plusieurs motifs sont invoqués.

2.- Taux de reconnaissance de la discrimination à l'embauche par Cours d'appel

19.- Pour ce qui concerne les discriminations à l'embauche, les taux de reconnaissance par Cours d'appel se répartissent de la façon suivante :

- 8,9 % des demandes ont vues la HALDE s'intéresser à l'affaire ;
- 64,4 % des demandes ont fait l'objet d'un rejet de la part de la Cour ;
- 33,4 % des demandes ont vues une suite favorable ;
- 2,2 % se sont terminées sur une transaction ou sur une mesure d'enquête complémentaire.

Taux de reconnaissance de la discrimination à l'embauche



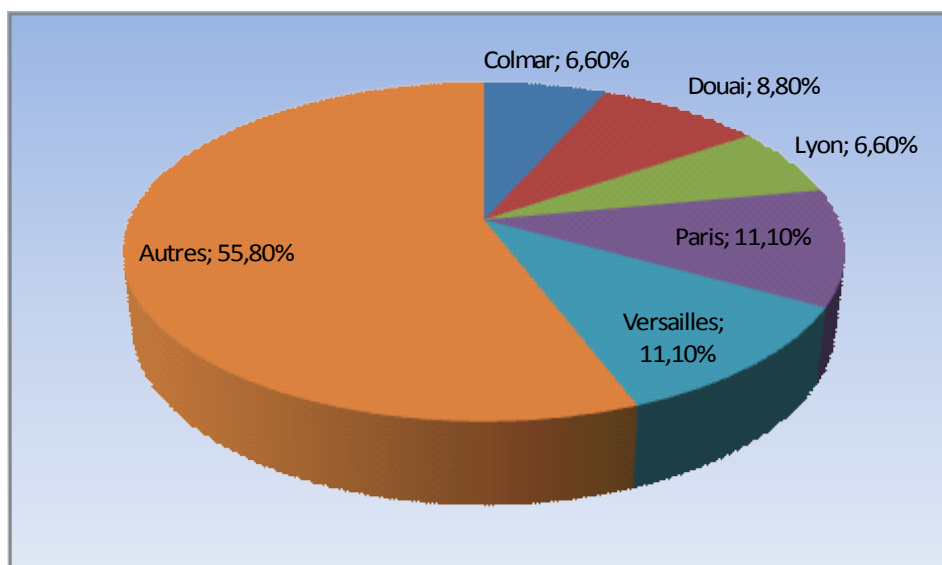
20.- En termes de reconnaissance des demandes soumises aux différentes cours d'appel, on note que :

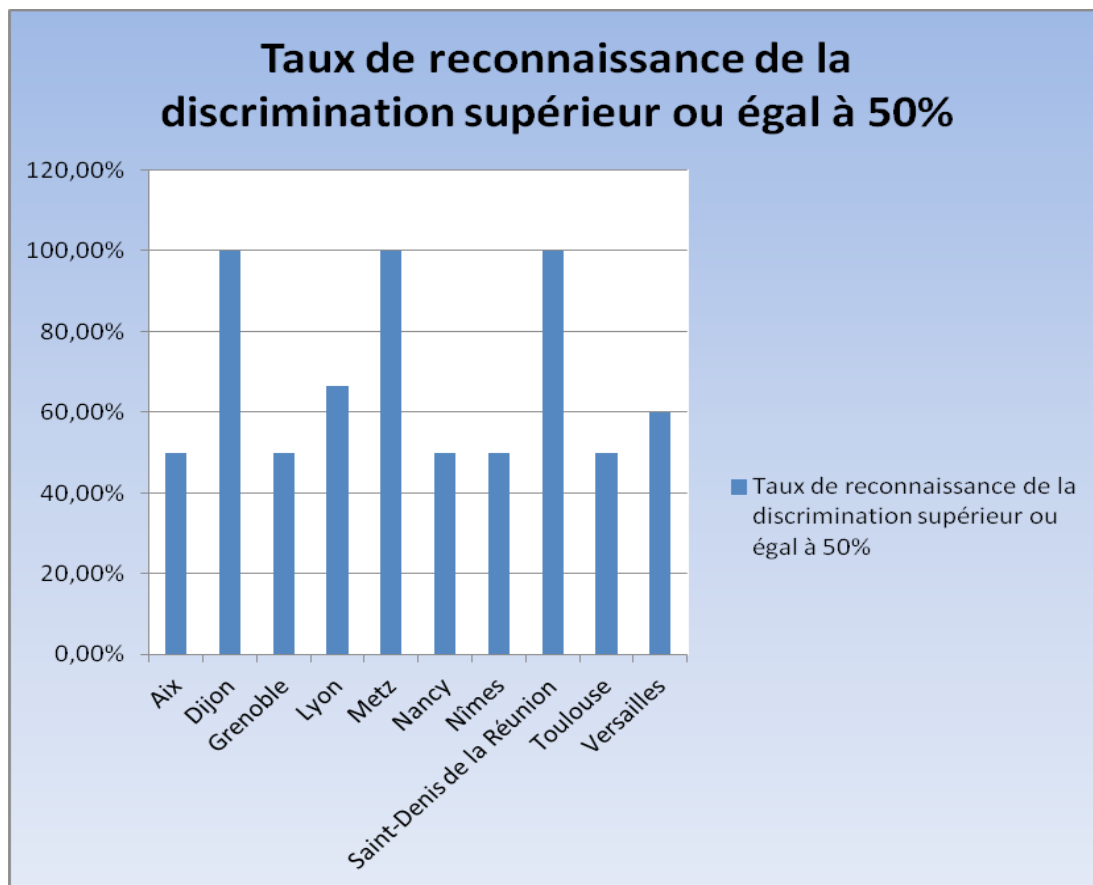
- la Cour d'appel d'Agen a accueilli 2,2 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 0 % la Cour d'appel d'Aix a accueilli 4,44 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 50 % ;
- la Cour d'appel de Besançon a accueilli 2,2 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 0 % la Cour d'appel de Colmar a accueilli 6,6 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 33,3 % ;
- la Cour d'appel de Dijon a accueilli 2,2 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 100 % ;
- la Cour d'appel de Douai a accueilli 8,8 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 0 % la Cour d'appel de Grenoble a accueilli 4,4 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 50 % ;
- la Cour d'appel de Limoges a accueilli 2,2 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 0 % ;

- la Cour d'appel de Lyon a accueilli 6,6 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 66,6 % ;
- la Cour d'appel de Metz a accueilli 2,2 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 100 % ;
- la Cour d'appel de Montpellier a accueilli 4,4 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 0 % ;
- la Cour d'appel de Nancy a accueilli 4,4 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 50 % ;
- la Cour d'appel de Nîmes a accueilli 4,4 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 50 % ;
- la Cour d'appel d'Orléans a accueilli 6,6 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 0 % ;
- la Cour d'appel de Paris a accueilli 11,1 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 20 % ;
- la Cour d'appel de Pau a accueilli 2,2 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 0 % ;
- la Cour d'appel de Riom a accueilli 2,2 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 0 % la Cour d'appel de Rouen a accueilli 2,2 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 0 % ;
- la Cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion a accueilli 2,2 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 100 % ;
- la Cour d'appel de Toulouse a accueilli 4,4 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 50 % ;
- la Cour d'appel de Versailles a accueilli 11,1 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 60 % ;

Il se déduit de ces chiffres que les cours d'appels françaises non citées n'ont été saisies d'aucun litige en matière de discrimination à l'embauche depuis 2006.

Taux de discrimination par Cour d'appel à l'embauche supérieur à 5 %





C.- Discrimination invoquée lors de la phase de l'exécution du contrat de travail

Les taux de discrimination ont été réalisés en prenant en considération les différentes composantes de la phase d'exécution du contrat de travail, à savoir

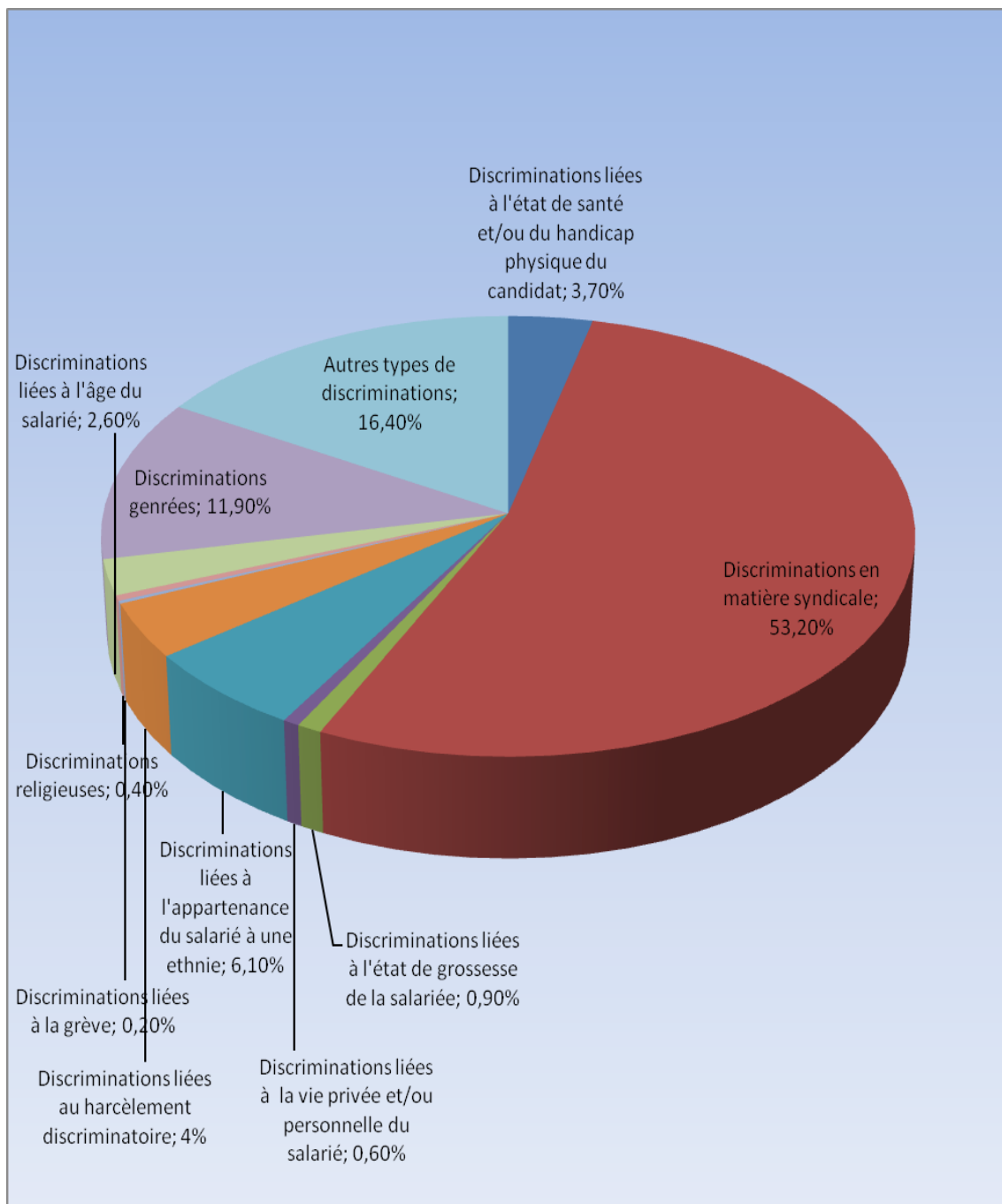
1.- Taux de discrimination en matière de rémunération et/ou avantages salariaux

Les statistiques qui suivent déterminent le taux de discrimination en fonction des motifs, d'une part, et des cours d'appel, d'autre part.

a.- Taux de discrimination en matière de rémunération et/ou avantages salariaux par motifs

21.- En totalité, 547 décisions font état d'une demande de discrimination en matière de rémunération et/ou avantages salariaux et sont réparties comme suit :

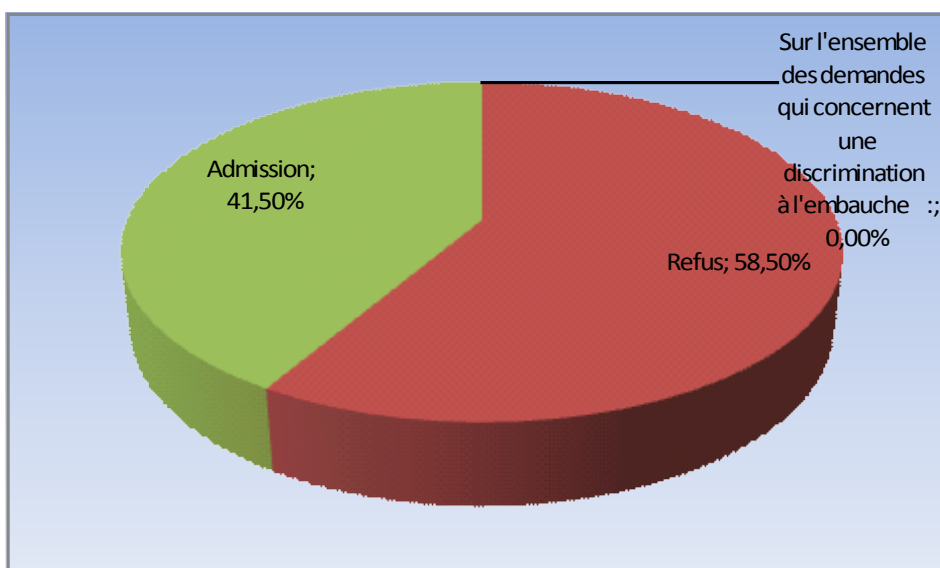
- 3,7 % des demandes abordent un cas de discrimination lié à l'état de santé et/ou du handicap physique du candidat ;
- 53,2 % des demandes concernent des cas de discriminations en matière syndicale ;
- 0,9 % des demandes concernent l'état de grossesse de la salariée ;
- 0,6 % des demandes se fondent une la vie privée et/ou personnelle du salarié ;
- 6,1 % des demandes sont liées à l'appartenance du salarié à une ethnie ;
- 4 % des demandes se fondent sur le harcèlement discriminatoire ;
- 0,2 % des demandes sont avancées au motif d'un fait de grève ;
- 0,4 % des demandes concernent la discrimination religieuse ;
- 2,6 % des demandes abordent l'âge du salarié ;
- 11,9 % des demandes sont des discriminations genrées.



b.- Taux de reconnaissance par Cours d'appel

22.- Sur l'ensemble des demandes qui concernent une discrimination en matière de rémunération et/ou avantages salariaux et par Cour d'appel :

- 3,3 % des demandes ont vues la HALDE s'intéresser à l'affaire ;
- 58,5 % des demandes ont fait l'objet d'un rejet de la part de la Cour ;
- 41,5 % des demandes ont eues une suite favorable à leur demande ;
- 2,9 % se sont terminées sur une transaction ou sur une mesure d'enquête complémentaire.



23.- En termes de reconnaissance des demandes soumises au différentes cours d'appel, on note que :

- la Cour d'appel d'Agen a accueilli 0,8 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 50 % ;
- la Cour d'appel d'Aix a accueilli 6,6 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 33,3 % ;
- la Cour d'appel d'Amiens a accueilli 1 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 20 % ;
- la Cour d'appel d'Angers a accueilli 0,8 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 25 % ;
- la Cour d'appel de Bastia a accueilli 0,2 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 0 % ;
- la Cour d'appel de Besançon a accueilli 1,6 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 37,5 % ;
- la Cour d'appel de Bordeaux a accueilli 2,6 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 38,5 % ;
- la Cour d'appel de Bourges a accueilli 1 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 0 % ;
- la Cour d'appel de Caen a accueilli 2,4 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 83,3 % ;
- la Cour d'appel de Chambéry a accueilli 1 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 60 % ;
- la Cour d'appel de Colmar a accueilli 4,8 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 45,8 % ;
- la Cour d'appel de Dijon a accueilli 1,8 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 55,5 % ;
- la Cour d'appel de Douai a accueilli 7 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 60 % ;
- la Cour d'appel de Fort-de-France a accueilli 0,4 % des litiges pour un taux de

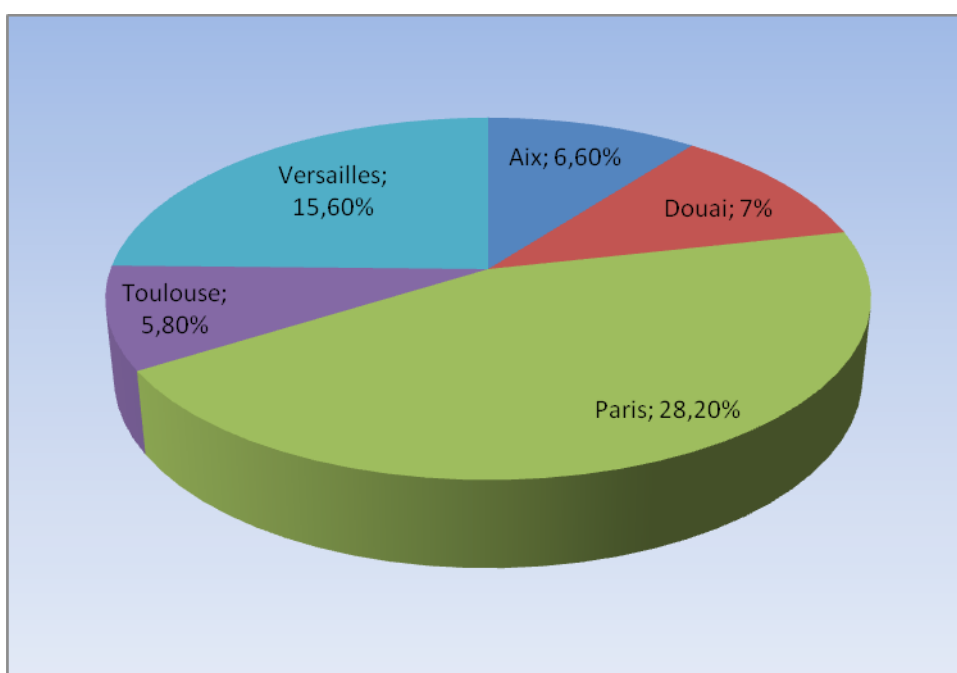
reconnaissance 50 % ;

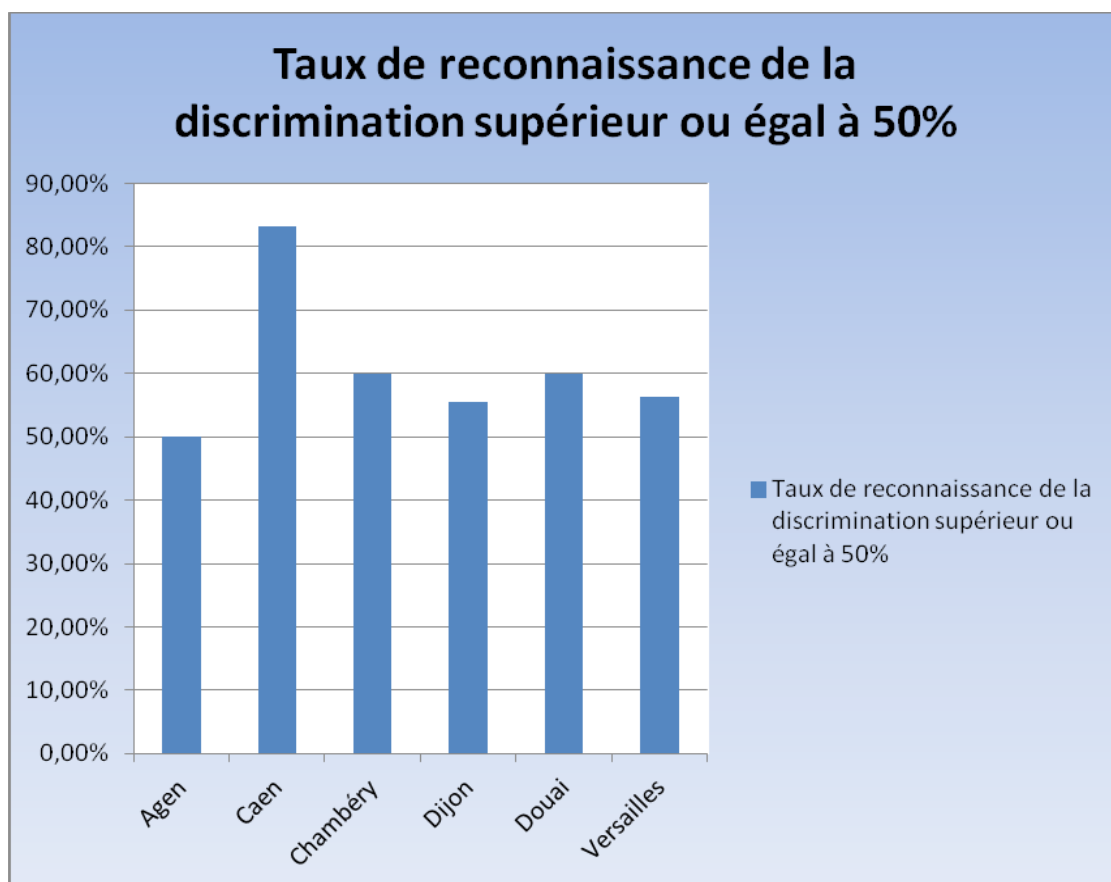
- la Cour d'appel de Grenoble a accueilli 2 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 50 % ;
- la Cour d'appel de Lyon a accueilli 4,6 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 47,8 % ;
- la Cour d'appel de Montpellier a accueilli 1,2 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 33,3 % ;
- la Cour d'appel de Nancy a accueilli 3,2 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 37,5 % ;
- la Cour d'appel de Nîmes a accueilli 2,4 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 25 % ;
- la Cour d'appel d'Orléans a accueilli 2,2 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 36,4 % ;
- la Cour d'appel de Paris a accueilli 28,2 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 36,2 % ;
- la Cour d'appel de Pau a accueilli 2 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 20 % ;
- la Cour d'appel de Poitiers a accueilli 0,6 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 0 % ;
- la Cour d'appel de Reims a accueilli 0,6 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 0 % ;
- la Cour d'appel de Rennes a accueilli 4 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 40 % ;
- la Cour d'appel de Riom a accueilli 3,2 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 25 % ;
- la Cour d'appel de Rouen a accueilli 1,4 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 28,6 % ;
- la Cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion a accueilli 0,2 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 0 % ;
- la Cour d'appel de Toulouse a accueilli 5,8 % des litiges pour un taux de

reconnaissance de 37,9 % ;

- la Cour d'appel de Versailles a accueilli 15,6 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 56,4 %.

Taux de discrimination par CA > 5 %





2.- Taux de discrimination en matière de transfert d'entreprise

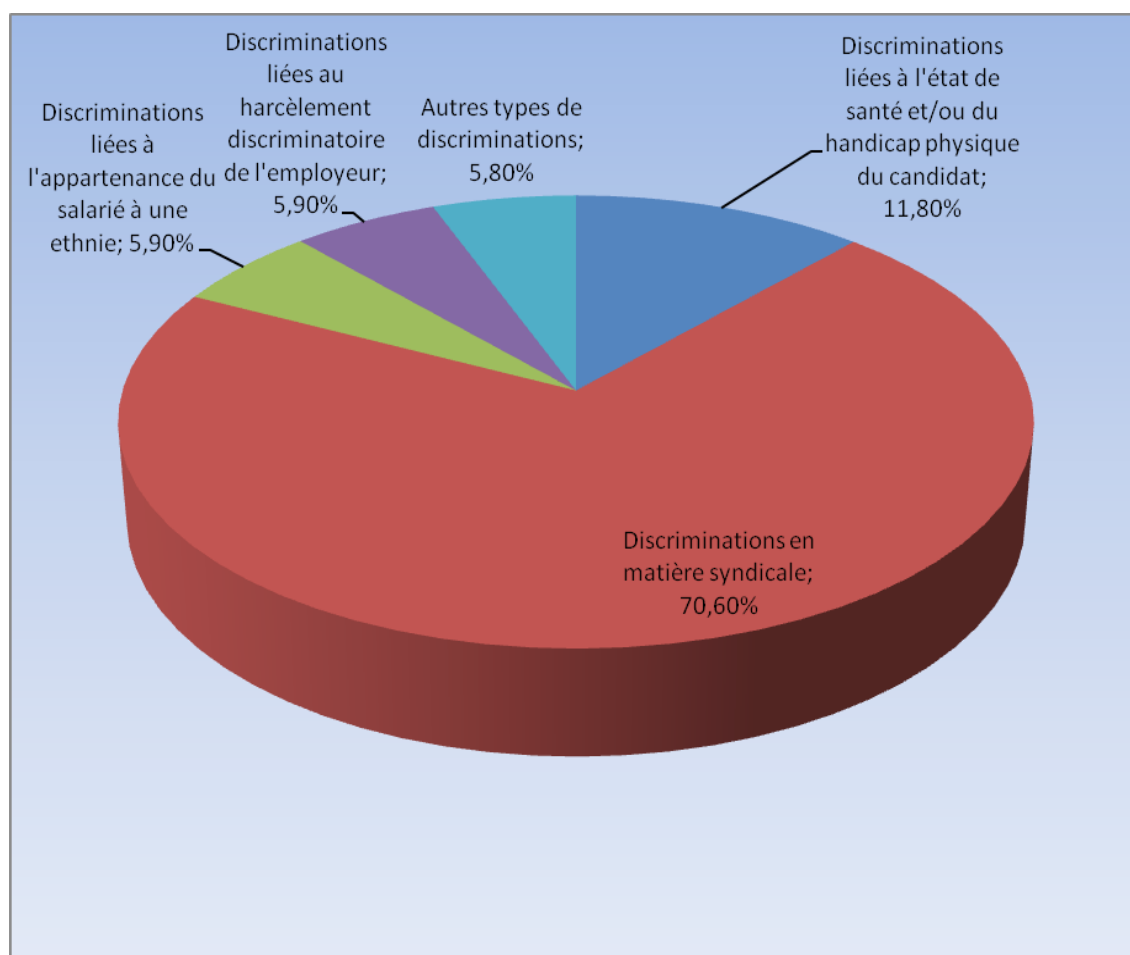
Les statistiques qui suivent déterminent le taux de discrimination en fonction des motifs, d'une part, et des cours d'appel, d'autre part.

a.- Taux de discrimination par motifs

24.- 17 décisions font état d'une demande de discrimination en matière de transfert

d'entreprise selon la répartition suivante :

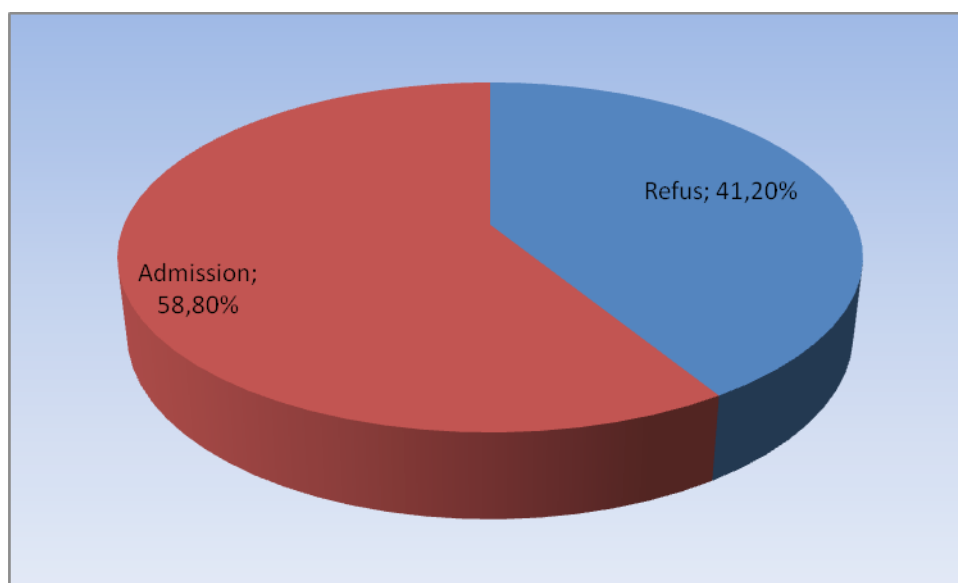
- 11,8 % des demandes abordent un cas de discrimination lié à l'état de santé et/ou du handicap physique du candidat ;
- 70,6 % des demandes concernent des cas de discriminations en matière syndicale ;
- 5,9 % des demandes sont liées à l'appartenance du salarié à une ethnie ;
- 5,9 % des demandes se fondent sur le harcèlement discriminatoire de l'employeur.



b.- Taux de reconnaissance par Cours d'appel

25.- Sur l'ensemble des demandes qui concernent une discrimination en matière de transfert d'entreprise :

- 41,2 % des demandes ont fait l'objet d'un rejet de la part de la Cour ;
- 58,8 % ont eues une suite favorable à leur demande.



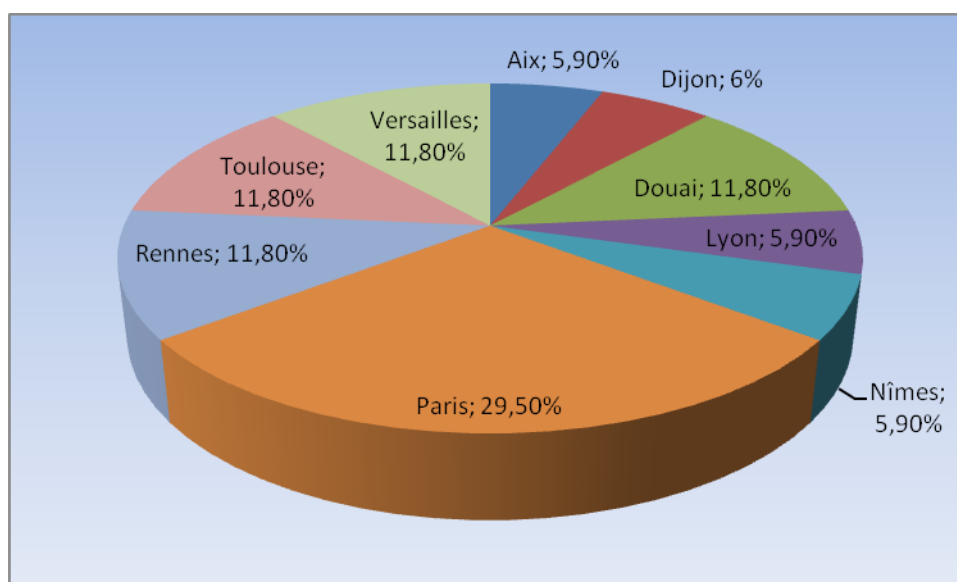
26.- En termes de reconnaissance des demandes soumises au différentes cours d'appel, on note que :

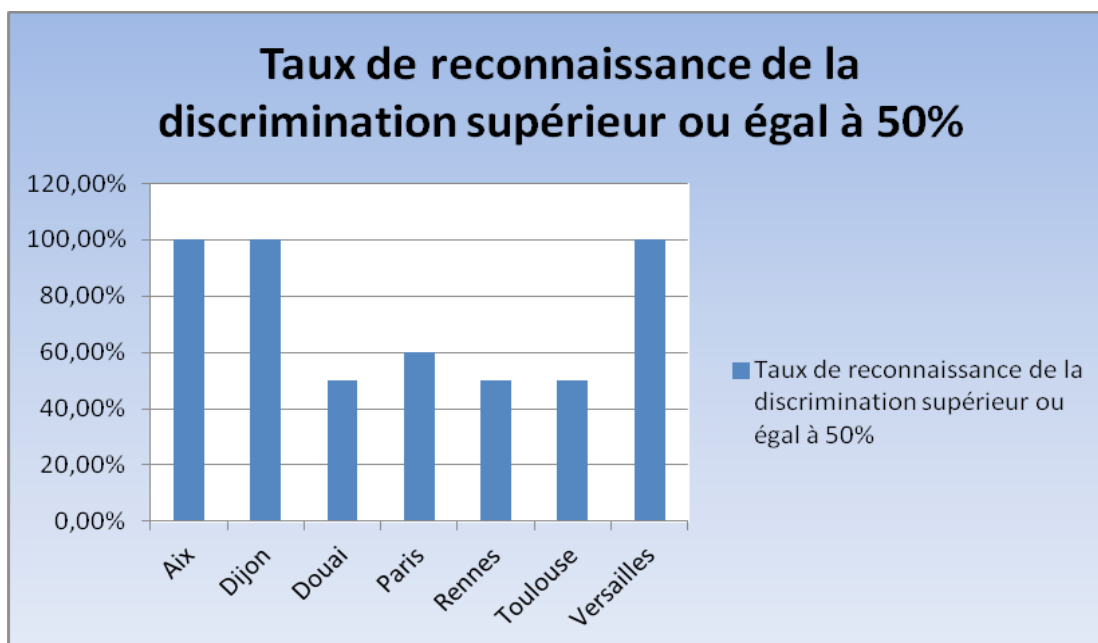
- la Cour d'appel d'Aix a accueilli 5,9 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 100 % ;
- la Cour d'appel de Dijon à accueilli 5,9 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 100 % ;
- la Cour d'appel de Douai a accueilli 11,8 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 50 % ;
- la Cour d'appel de Lyon a accueilli 5,9 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 0 % ;
- la Cour d'appel de Nîmes a accueilli 5,9 % des litiges pour un taux de

reconnaissance de 0 % ;

- la Cour d'appel de Paris a accueilli 29,5 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 60 % ;
- la Cour d'appel de Rennes a accueilli 11,8 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 50 % ;
- la Cour d'appel de Toulouse a accueilli 11,8 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 50 % ;
- la Cour d'appel de Versailles a accueilli 11,8 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 100 %.

Taux de discrimination par CA > 5 %





3.- Taux de discrimination en matière de mutation

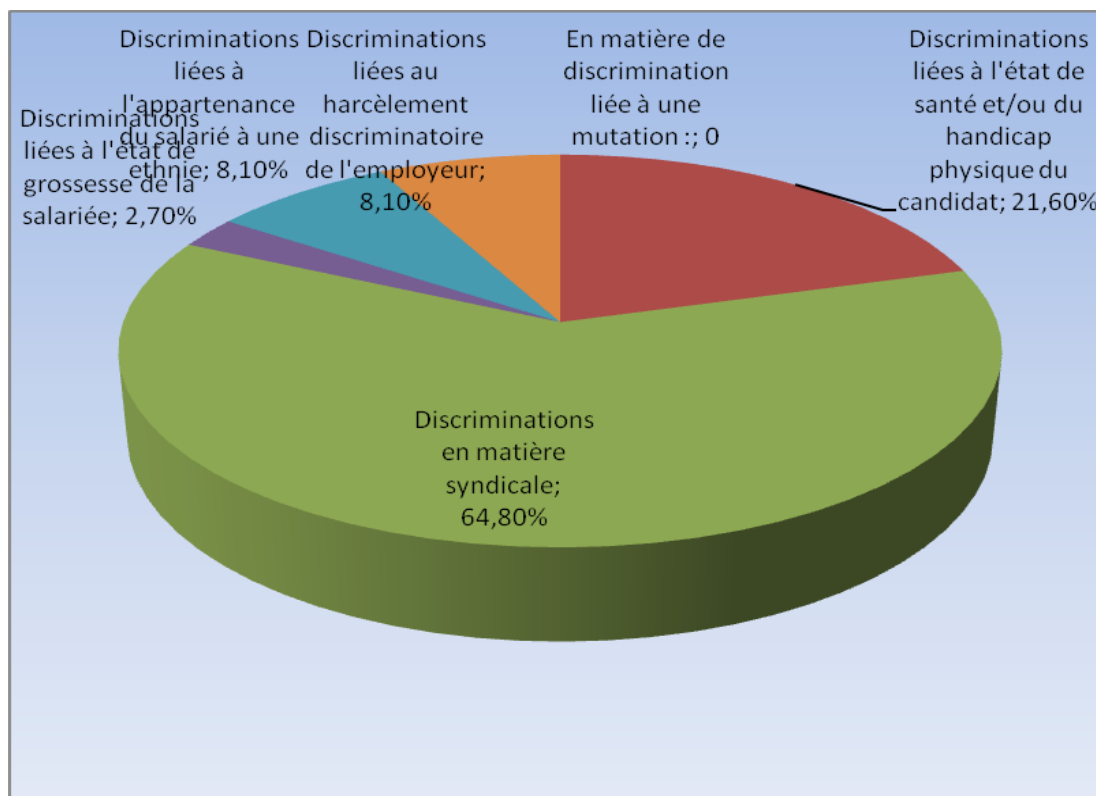
Les statistiques qui suivent déterminent le taux de discrimination en fonction des motifs, d'une part, et des cours d'appel, d'autre part.

a.- Taux de discrimination par motifs

27.- En matière de discrimination liée à une mutation, 37 décisions font état d'une demande de discrimination en matière mutation, selon la répartition suivante :

- 21,6 % des demandes abordent un cas de discrimination lié à l'état de santé et/ou du handicap physique du candidat ;
- 64,8 % des demandes concernent des cas de discriminations en matière syndicale ;
- 2,7 % des demandes concernent l'état de grossesse de la salariée ;
- 8,1 % des demandes sont liées à l'appartenance du salarié à une ethnie ;

- 8,1 % des demandes se fondent sur le harcèlement discriminatoire de l'employeur.

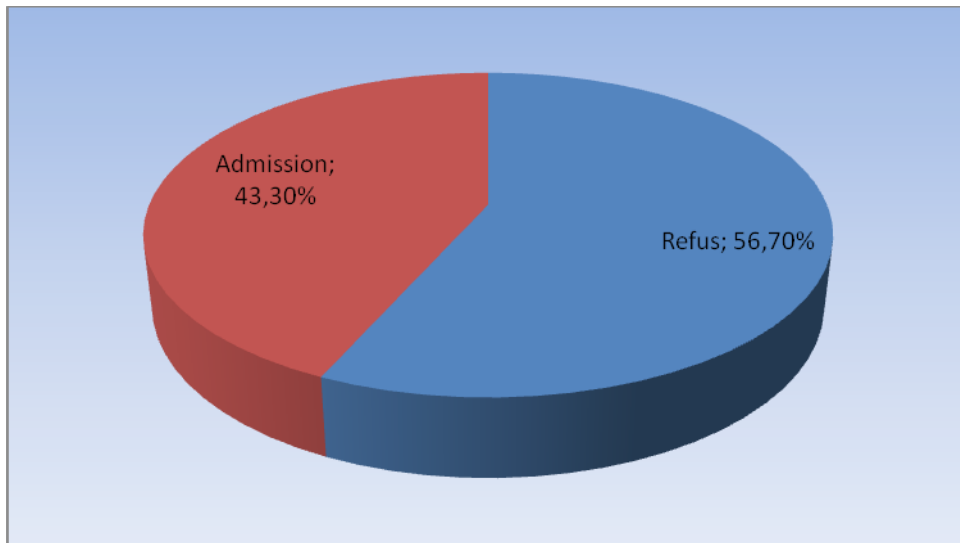


N.B.: Le total des discriminations invoquées en matière de mutation est de 105,3 % car dans certains arrêts, plusieurs motifs sont recensés.

b.- Taux de reconnaissance par cours d'appel

28.- Sur l'ensemble des demandes qui concernent une discrimination à en matière de mutation :

- 2,7 % des demandes ont vues la HALDE s'intéresser à l'affaire ;
- 56,7 % des demandes ont fait l'objet d'un rejet de la part de la Cour ;
- 43,3 % des demandes ont eues une suite favorable à leur demande.

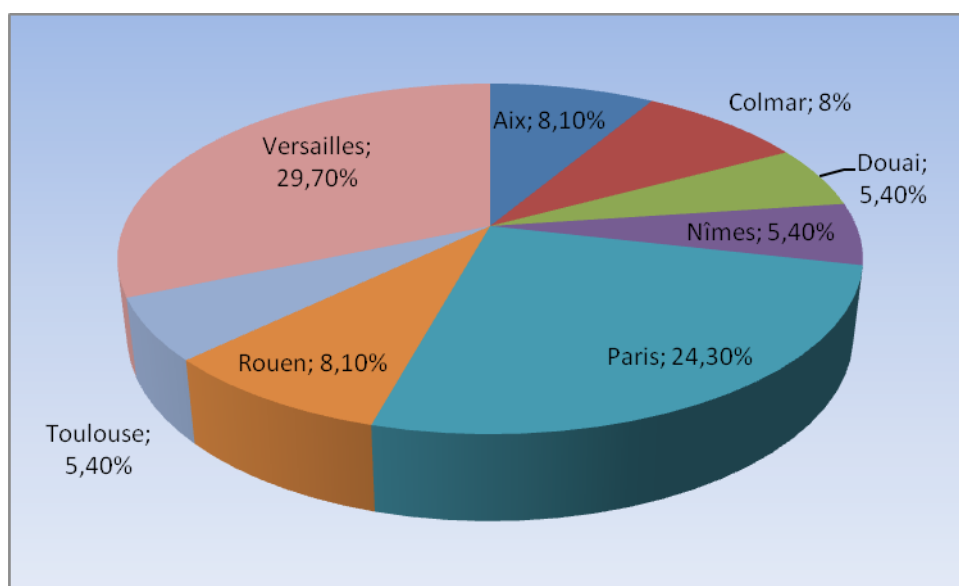


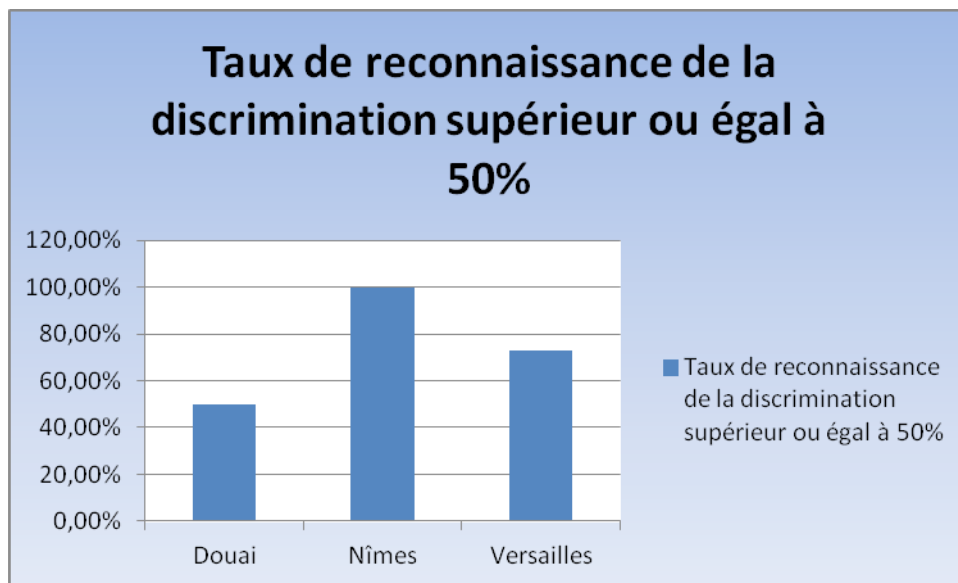
29.- En termes de reconnaissance des demandes soumises au différentes cours d'appel, on note que :

- la Cour d'appel d'Aix a accueilli 8,1 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 33,3 % ;
- la Cour d'appel de Colmar a accueilli 8,1 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 0 % ;
- la Cour d'appel de Dijon à accueilli 2,7 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 0 % ;
- la Cour d'appel de Douai a accueilli 5,4 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 50 % ;
- la Cour d'appel de Limoges a accueilli 2,7 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 0 % ;
- la Cour d'appel de Nîmes a accueilli 5,4 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 100 % ;
- la Cour d'appel de Paris a accueilli 24,3 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 33,3 % ;
- la Cour d'appel de Poitiers a accueilli 2,7 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 0 % ;

- la Cour d'appel de Rouen a accueilli 8,1 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 33,3 % ;
- la Cour d'appel de Toulouse a accueilli 5,4 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 0 % ;
- la Cour d'appel de Versailles a accueilli 29,7 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 72,7 %.

Taux de discrimination par CA > 5 %





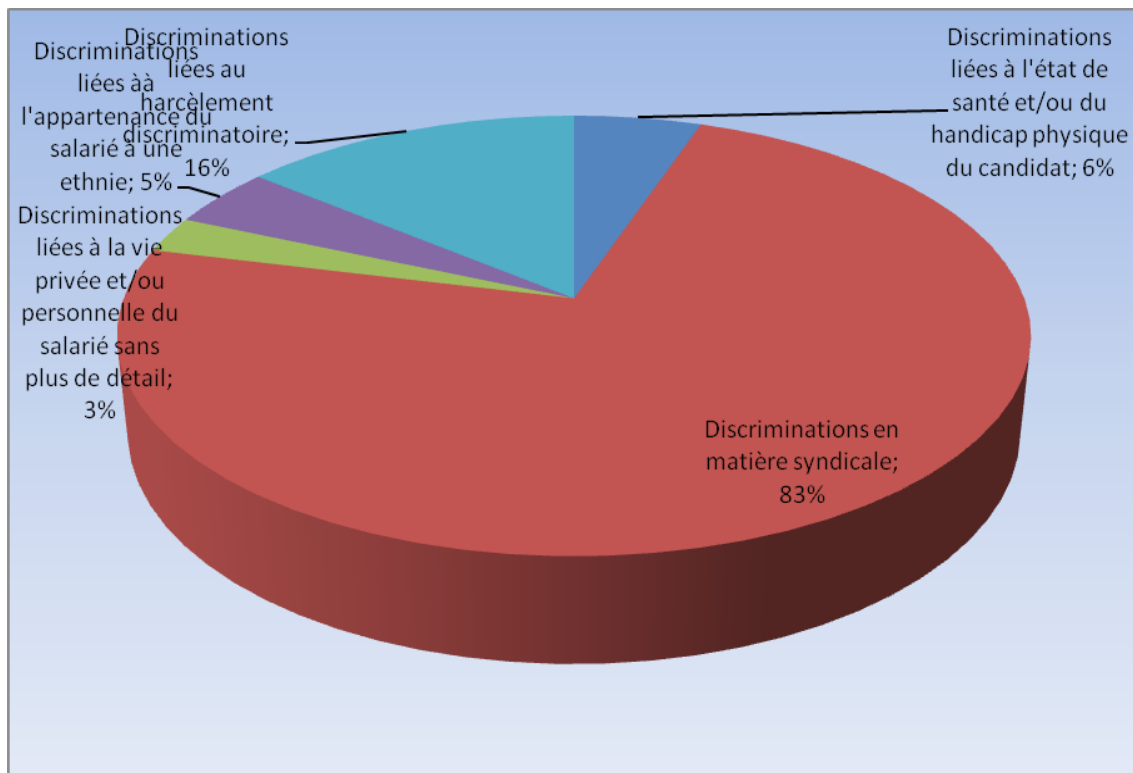
4.- Taux de discrimination relatif au prononcé d'une sanction disciplinaire autre qu'un licenciement

Les statistiques qui suivent déterminent le taux de discrimination en fonction des motifs, d'une part, et des cours d'appel, d'autre part.

a.- Taux de discrimination par motifs

30.- 102 décisions font état d'une demande de discrimination relative au prononcé d'une sanction disciplinaire autre qu'un licenciement, conformément à la ventilation suivante :

- 6 % des demandes abordent un cas de discrimination lié à l'état de santé et/ou du handicap physique du candidat ;
- 83 % des demandes concernent des cas de discriminations en matière syndicale ;
- 3 % des demandes se fondent une la vie privée et/ou personnelle du salarié ;
- 5 % des demandes sont liées à l'appartenance du salarié à une ethnie ;
- 16 % des demandes de rupture font l'objet d'une demande pour harcèlement discriminatoire.

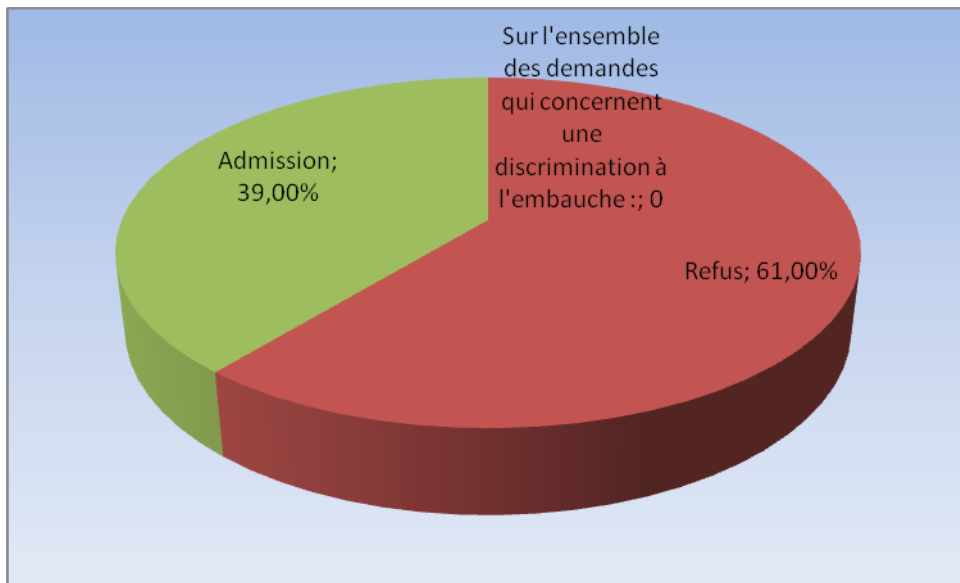


N.B.: Le total des discriminations invoquées relatives au prononcé d'une sanction disciplinaire autre qu'un licenciement est de 113 % car dans certains arrêts, plusieurs motifs sont recensés.

b.- Taux de reconnaissance par Cours d'appel

31.- Sur l'ensemble des demandes qui concernent une discrimination relative au prononcé d'une sanction disciplinaire autre qu'un licenciement :

- 61 % des demandes ont fait l'objet d'un rejet de la part de la Cour ;
- 39 % des demandes ont eues une suite favorable ;
- 3 % des demandes se sont terminées sur une transaction ou sur une mesure d'enquête complémentaire.



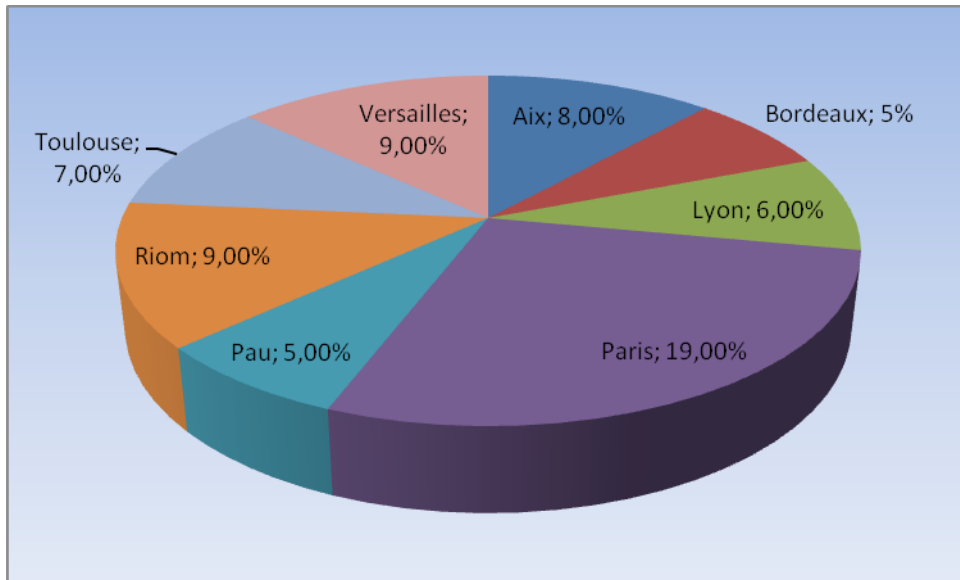
32.- En termes de reconnaissance des demandes soumises au différentes cours d'appel, on note que :

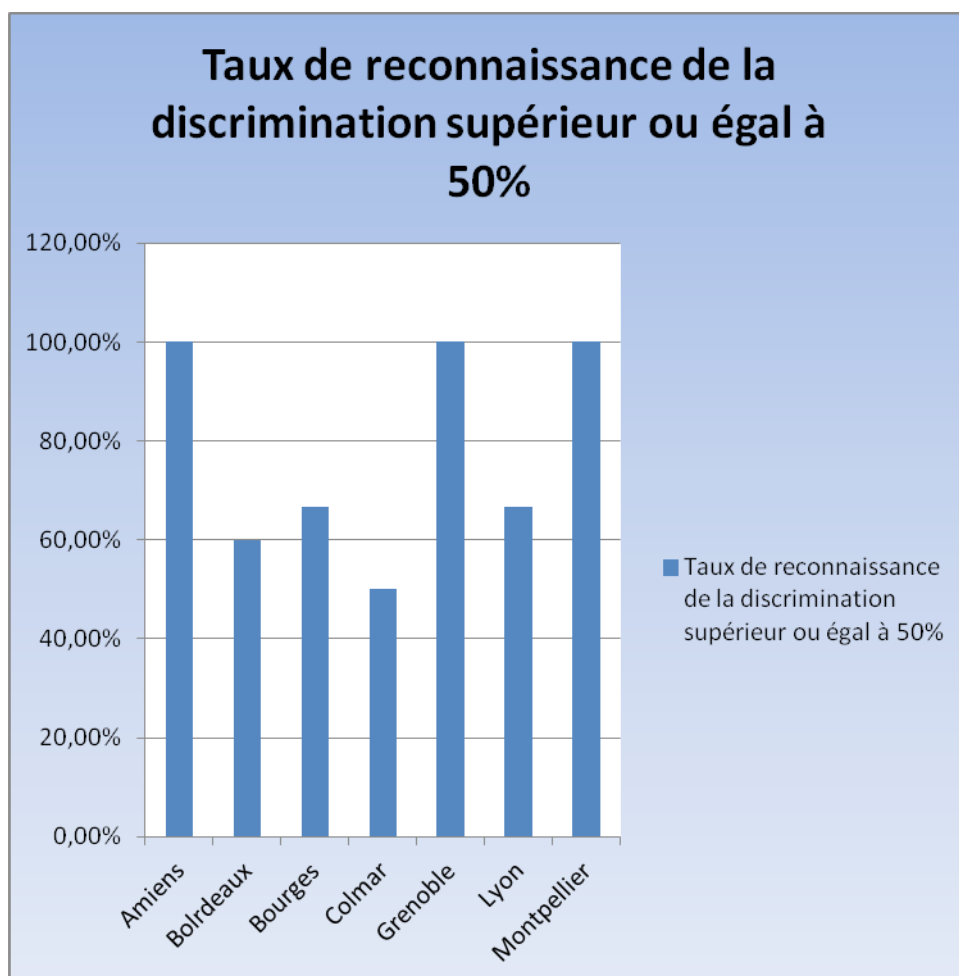
- la Cour d'appel d'Agen a accueilli 3 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 33,3 % ;
- la Cour d'appel d'Aix a accueilli 8 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 37,5 % ;
- la Cour d'appel d'Amiens a accueilli 1 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 100 % ;
- la Cour d'appel d'Angers a accueilli 1 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 0 % ;
- la Cour d'appel de Bordeaux a accueilli 5 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 60 % ;
- la Cour d'appel de Bourges a accueilli 3 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 66,6 % ;
- la Cour d'appel de Chambéry a accueilli 2 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 0 % ;
- la Cour d'appel de Colmar a accueilli 2 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 50 % ;
- la Cour d'appel de Dijon à accueilli 1 % des litiges pour un taux de

reconnaissance de 0 % ;

- la Cour d'appel de Douai a accueilli 3 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 33,3 % ;
- la Cour d'appel de Grenoble a accueilli 4 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 100 % ;
- la Cour d'appel de Lyon a accueilli 6 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 66,6 % ;
- la Cour d'appel de Montpellier a accueilli 2 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 100 % ;
- la Cour d'appel de Nîmes a accueilli 2 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 0 % ;
- la Cour d'appel d'Orléans a accueilli 1 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 0 % ;
- la Cour d'appel de Paris a accueilli 19 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 36,8 % ;
- la Cour d'appel de Pau a accueilli 5 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 20 % ;
- la Cour d'appel de Poitiers a accueilli 2 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 0 % ;
- la Cour d'appel de Rennes a accueilli 3 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 0 % ;
- la Cour d'appel de Riom a accueilli 9 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 22,2 % ;
- la Cour d'appel de Rouen a accueilli 3 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 33,3 % ;
- la Cour d'appel de Toulouse a accueilli 7 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 42,9 % ;
- la Cour d'appel de Versailles a accueilli 9 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 33,3 %.

Taux de discrimination par CA > 5 %





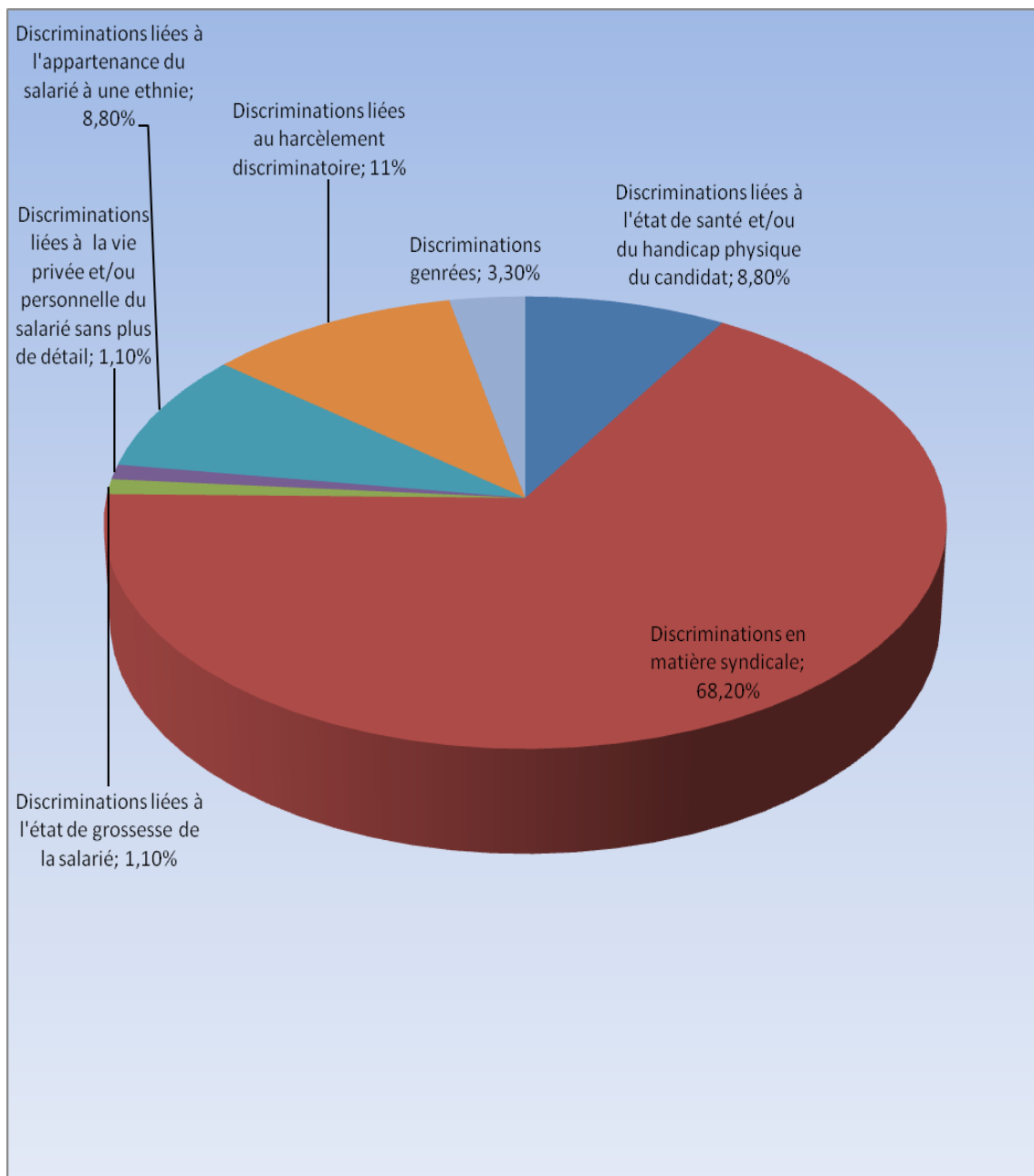
5.- Taux de discrimination en matière de formation et/ou stage

Les statistiques qui suivent déterminent le taux de discrimination en fonction des motifs, d'une part, et des cours d'appel, d'autre part.

a.- Taux de discrimination par motifs

33.- 90 des décisions font état d'une demande de discrimination lors d'une formation et/ou d'un stage

- 8,8 % des demandes abordent un cas de discrimination lié à l'état de santé et/ou du handicap physique du candidat ;
- 68,2 % des demandes concernent des cas de discriminations en matière syndicale ;
- 1,1 % des demandes concernent l'état de grossesse de la salariée ;
- 1,1 % des demandes se fondent une la vie privée et/ou personnelle du salarié ;
- 8,8 % des demandes sont liées à l'appartenance du salarié à une ethnie ;
- 11 % des demandes se fondent sur le harcèlement discriminatoire ;
- 3,3 % sont des discriminations genrées.



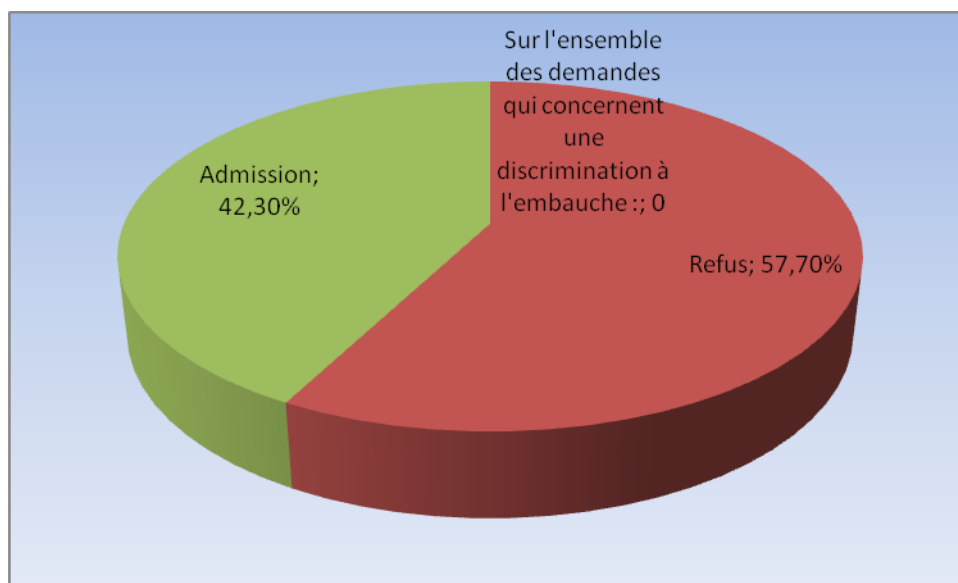
N.B. : Le total des discriminations invoquées lors d'une formation ou d'un stage est de 102,3 % car dans certains arrêts, plusieurs motifs sont recensés.

b.- Taux de reconnaissance par cours d'appel

34.- Sur l'ensemble des demandes qui concernent une discrimination en matière de

formation et/ou de stage :

- 2,2 % des demandes ont vues la HALDE s'intéresser à l'affaire ;
- 57,7 % des demandes ont fait l'objet d'un rejet de la part de la Cour ;
- 42,3 % des demandes ont eues une suite favorable à leur demande.

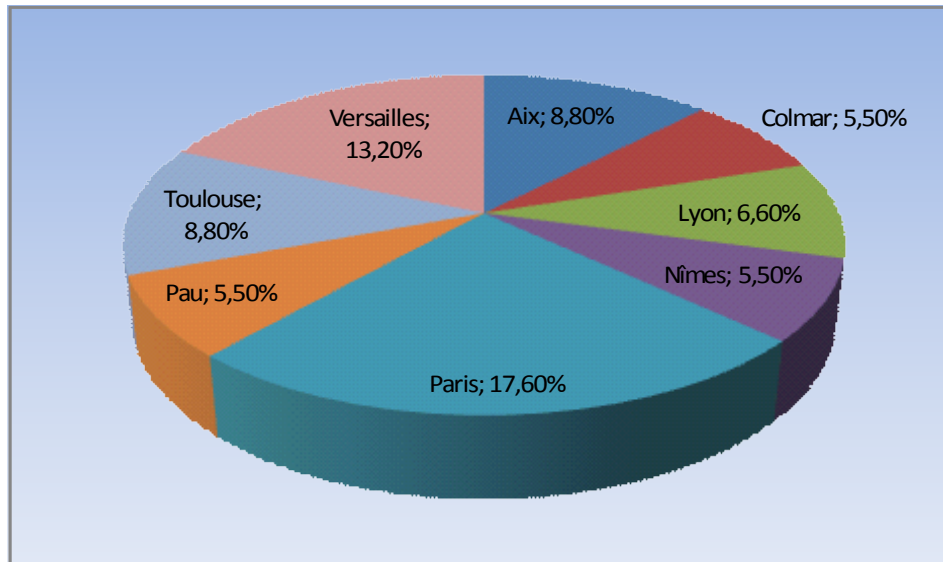


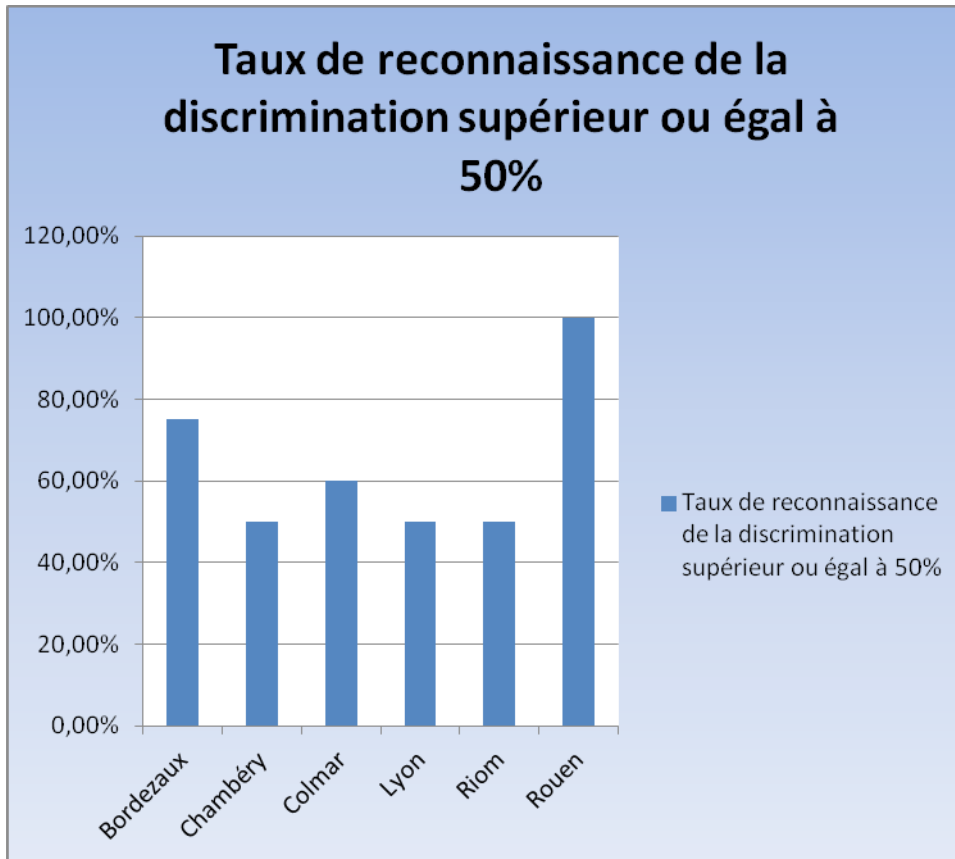
35.- En termes de reconnaissance des demandes soumises au différentes cours d'appel, on note que :

- la Cour d'appel d'Agen a accueilli 1,1 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 0 % ;
- la Cour d'appel d'Aix a accueilli 8,8 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 37,5 % ;
- la Cour d'appel de Basse-Terre a accueilli 1,1 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 0 % ;
- la Cour d'appel de Bastia a accueilli 1,1 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 0 % ;
- la Cour d'appel de Bordeaux a accueilli 4,4 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 75 % ;
- la Cour d'appel de Bourges a accueilli 3,3 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 33,3 % ;

- la Cour d'appel de Chambéry a accueilli 2,2 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 50 % ;
- la Cour d'appel de Colmar a accueilli 5,5 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 60 % ;
- la Cour d'appel de Douai a accueilli 3,3 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 0 % ;
- la Cour d'appel de Grenoble a accueilli 2,2 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 0 % ;
- la Cour d'appel de Lyon a accueilli 6,6 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 50 % ;
- la Cour d'appel de Nancy a accueilli 2,2 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 0 % ;
- la Cour d'appel de Nîmes a accueilli 5,5 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 20 % ;
- la Cour d'appel d'Orléans a accueilli 1,1 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 0 % ;
- la Cour d'appel de Paris a accueilli 17,6 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 37,5 % ;
- la Cour d'appel de Pau a accueilli 5,5 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 20 % ;
- la Cour d'appel de Rennes a accueilli 2,2 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 0 % ;
- la Cour d'appel de Riom a accueilli 2,2 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 50 % ;
- la Cour d'appel de Rouen a accueilli 1,1 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 100 % ;
- la Cour d'appel de Toulouse a accueilli 8,8 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 25 % ;
- la Cour d'appel de Versailles a accueilli 13,2 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 83,3 %.

Taux de discrimination par CA > 5 %





D.- Discrimination invoquée lors de la rupture du contrat de travail

1.- Taux de discrimination en matière de rupture du contrat de travail

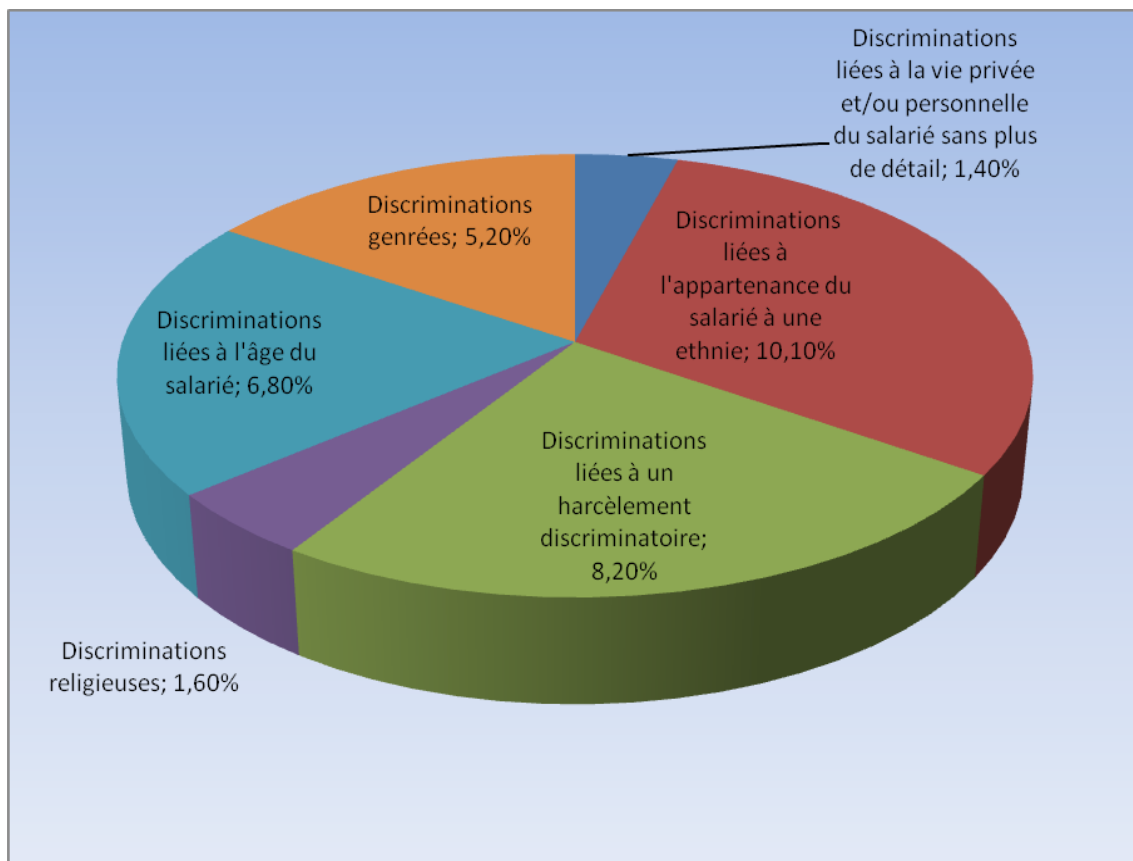
Les statistiques qui suivent déterminent le taux de discrimination en fonction des motifs,

d'une part, et des cours d'appel, d'autre part.

a.- Taux de discrimination par motifs

36.- 367 décisions font état d'une demande de discrimination lors de la rupture du contrat de travail, conformément à la répartition suivante :

- 30,8 % des demandes de rupture abordent un cas de discrimination lié à l'état de santé et/ou du handicap physique du candidat ;
- 32,7 % des demandes de rupture concernent des cas de discriminations en matière syndicale ;
- 9,8 % des demandes de rupture concernent l'état de grossesse de la salariée ;
- 1,4 % des demandes de rupture se fondent sur la vie privée et/ou personnelle du salarié ;
- 10,1 % des demandes de rupture sont liées à l'appartenance du salarié à une ethnie ;
- 8,2 % des ruptures font l'objet d'une demande pour harcèlement discriminatoire ;
- 1,6 % des demandes de rupture décisions concernent la discrimination religieuse;
- 6,8 % des demandes de rupture abordent l'âge du salarié ;
- 5,2 % des demandes de rupture sont des discriminations genrées.

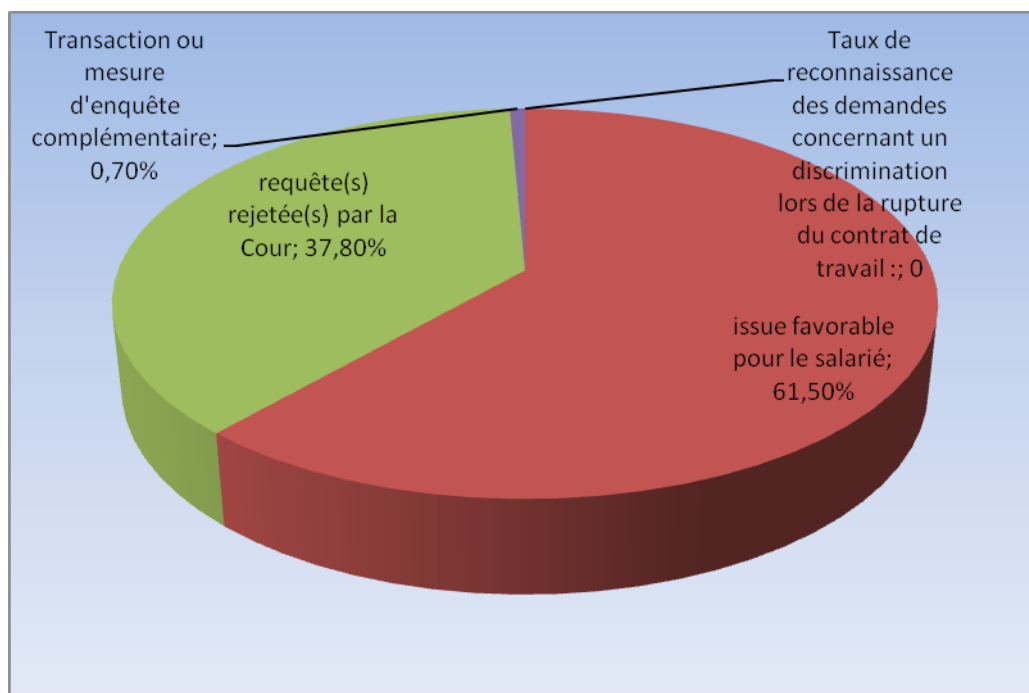


N.B. : Le total des discriminations invoquées en matière de rupture du contrat de travail est de 102,2 % car dans certains arrêts, plusieurs motifs sont recensés.

b.- Taux de reconnaissance par cours d'appel

37.- Sur l'ensemble des demandes qui concernent une discrimination en matière de rupture du contrat de travail :

- 5,2 % des demandes ont vues la HALDE s'intéresser à l'affaire ;
- 61,5 % des demandes ont fait l'objet d'un rejet de la part de la Cour ;
- 37,8 % des demandes ont eues une suite favorable ;
- 0,7 % des demandes se sont terminées sur une transaction ou sur une mesure d'enquête complémentaire.



38.- En termes de reconnaissance des demandes soumises au différentes cours d'appel, on note que :

- la Cour d'appel d'Agen a accueilli 0,9 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 33,3 % ;
- la Cour d'appel d'Aix a accueilli 8,1 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 29,6 % ;
- la Cour d'appel d'Amiens a accueilli 1,8 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 33,3 % ;
- la Cour d'appel d'Angers a accueilli 1,8 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 66,7 % ;
- la Cour d'appel de Basse-Terre a accueilli 1,5 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 100 % ;
- la Cour d'appel de Bastia a accueilli 0,3 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 0 % ;
- la Cour d'appel de Besançon a accueilli 0,9 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 33,3 % ;
- la Cour d'appel de Bordeaux a accueilli 4,2 % des litiges pour un taux de

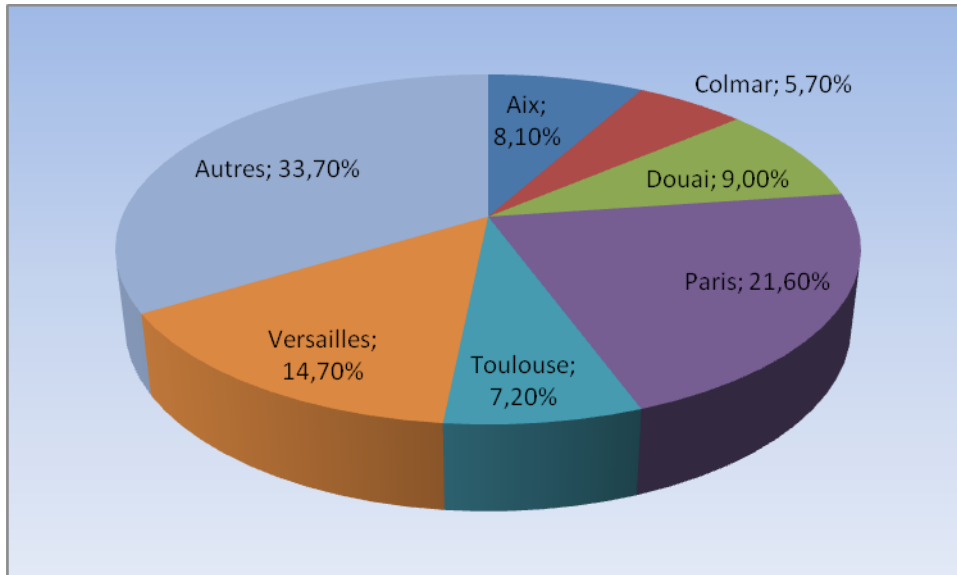
reconnaissance de 64,3 % ;

- la Cour d'appel de Caen a accueilli 0,3 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 0 % ;
- la Cour d'appel de Chambéry a accueilli 1,5 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 60 % ;
- la Cour d'appel de Colmar a accueilli 5,7 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 26,3 % ;
- la Cour d'appel de Dijon a accueilli 0,9 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 0 % ;
- la Cour d'appel de Douai a accueilli 9 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 26,7 % ;
- la Cour d'appel de Fort-de-France a accueilli 0,6 % des litiges pour un taux de reconnaissance 50 % ;
- la Cour d'appel de Grenoble a accueilli 1,5 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 60 % ;
- la Cour d'appel de Lyon a accueilli 4,5 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 33,3 % ;
- la Cour d'appel de Metz a accueilli 0,9 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 33,3 % ;
- la Cour d'appel de Montpellier a accueilli 2,1 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 25 % ;
- la Cour d'appel de Nancy a accueilli 3,6 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 45,5 % ;
- la Cour d'appel de Nîmes a accueilli 1,8 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 66,7 % ;
- la Cour d'appel d'Orléans a accueilli 2,7 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 33,3 % ;
- la Cour d'appel de Paris a accueilli 21,6 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 40,2 % ;
- la Cour d'appel de Pau a accueilli 3,3 % des litiges pour un taux de

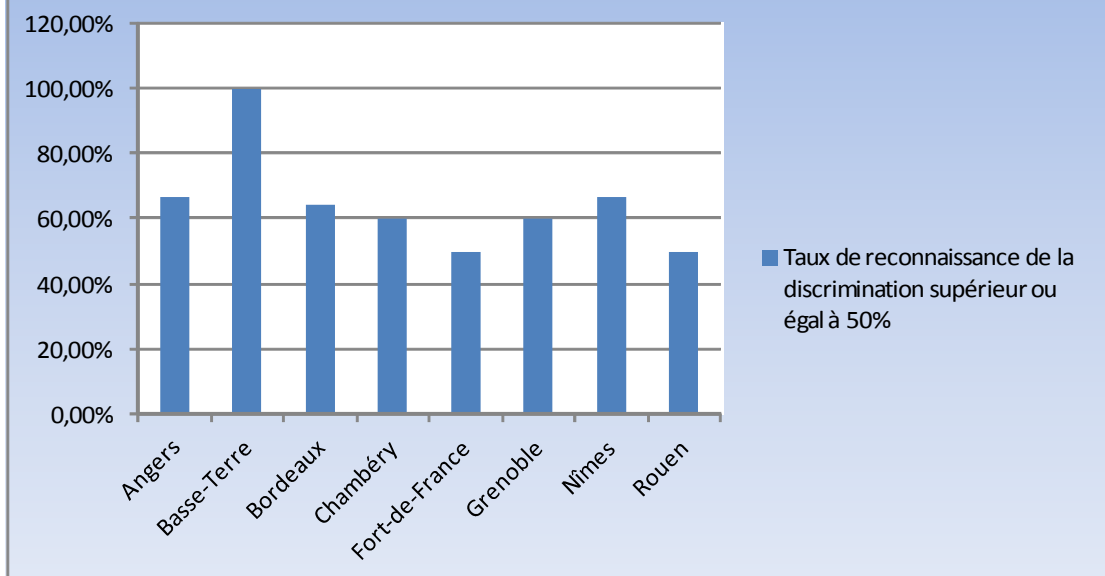
reconnaissance de 36,4 % ;

- la Cour d'appel de Poitiers a accueilli 0,9 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 0 % ;
- la Cour d'appel de Reims a accueilli 0,6 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 0 % ;
- la Cour d'appel de Rennes a accueilli 4,2 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 35,7 % ;
- la Cour d'appel de Riom a accueilli 1,5 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 20 % ;
- la Cour d'appel de Rouen a accueilli 1,2 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 50 % ;
- la Cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion a accueilli 0,6 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 0 % ;
- la Cour d'appel de Toulouse a accueilli 7,2 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 44 % ;
- la Cour d'appel de Versailles a accueilli 14,7 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 38,8 %.

Taux de discrimination par CA > 5 %



Taux de reconnaissance de la discrimination supérieur ou égal à 50%



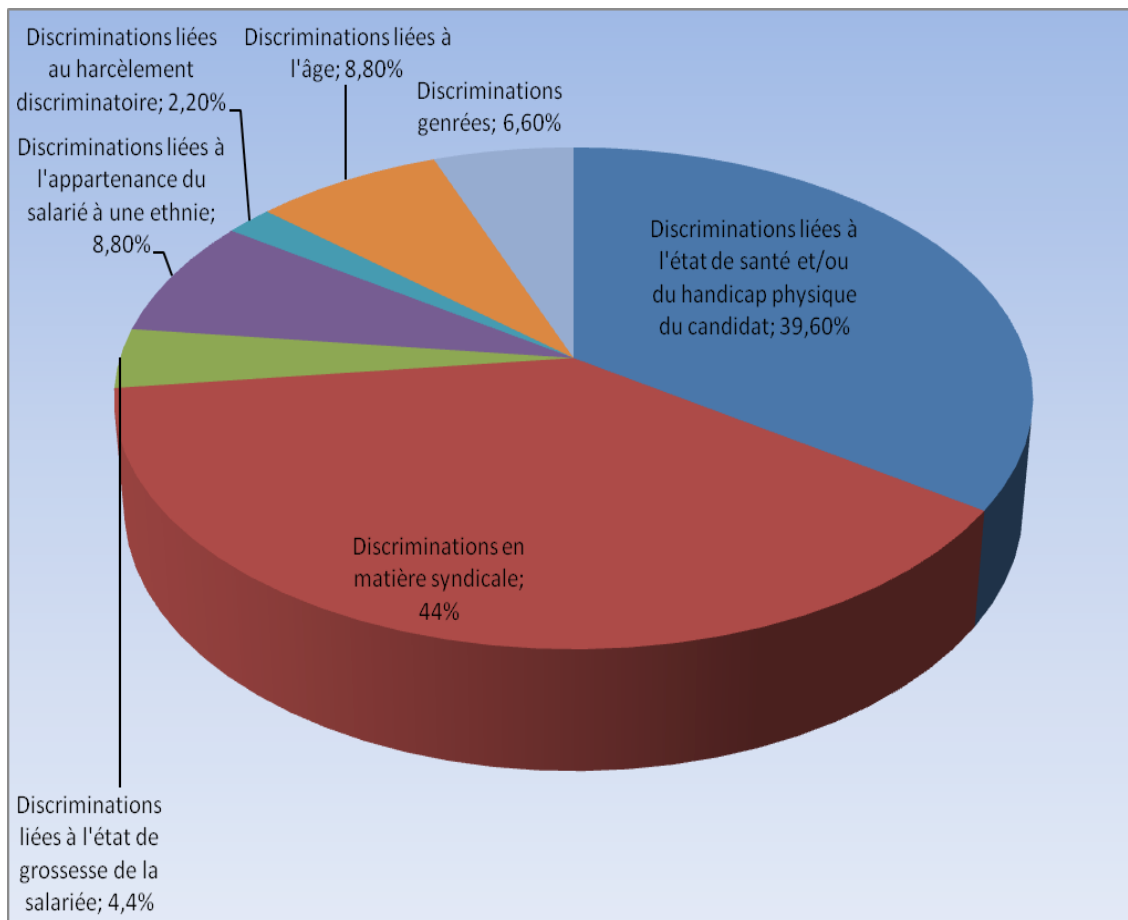
2.- Taux de discrimination en matière économique

Les statistiques qui suivent déterminent le taux de discrimination en fonction des motifs, d'une part, et des cours d'appel, d'autre part.

a.- Taux de discrimination par motifs

39.- S'agissant de la discrimination en matière économique (PSE, ordre des départs,...) :
46 décisions font état d'une demande de discrimination en matière économique :

- 39,6 % des demandes abordent un cas de discrimination lié à l'état de santé et/ou du handicap physique du candidat ;
- 44 % des demandes concernent des cas de discriminations en matière syndicale ;
- 4,4 % des demandes se fondent l'état de grossesse de la salariée ;
- 8,8 % des demandes sont liées à l'appartenance du salarié à une ethnie ;
- 2,2 % des demandes de rupture font l'objet d'une demande pour harcèlement discriminatoire ;
- 8,8 % des demandes envisagent des discriminations fondées sur l'âge ;
- 6,6 % des demandes sont liées à une discrimination genrée.

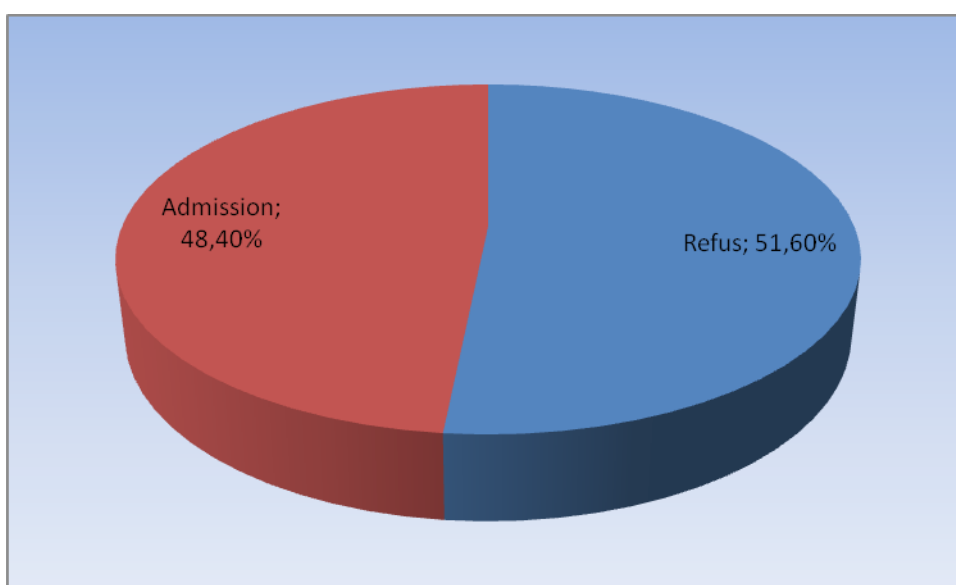


N.B. : Le total des discriminations invoquées relative au prononcé d'une sanction disciplinaire autre qu'un licenciement est de 114,4 % car dans certains arrêts, plusieurs motifs sont recensés.

b.- Taux de reconnaissance par cours d'appel

40.- Sur l'ensemble des demandes qui concernent une discrimination en matière économique_:

- 51,6 % des demandes ont fait l'objet d'un rejet de la part de la Cour ;
- 48,4 % des demandes ont eues une suite favorable.

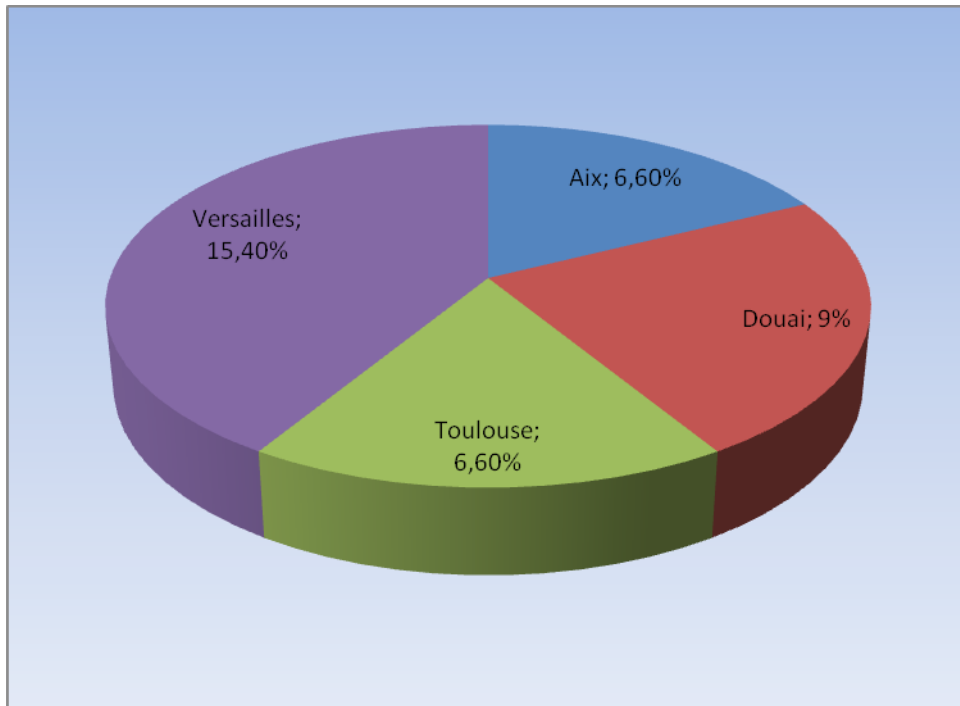


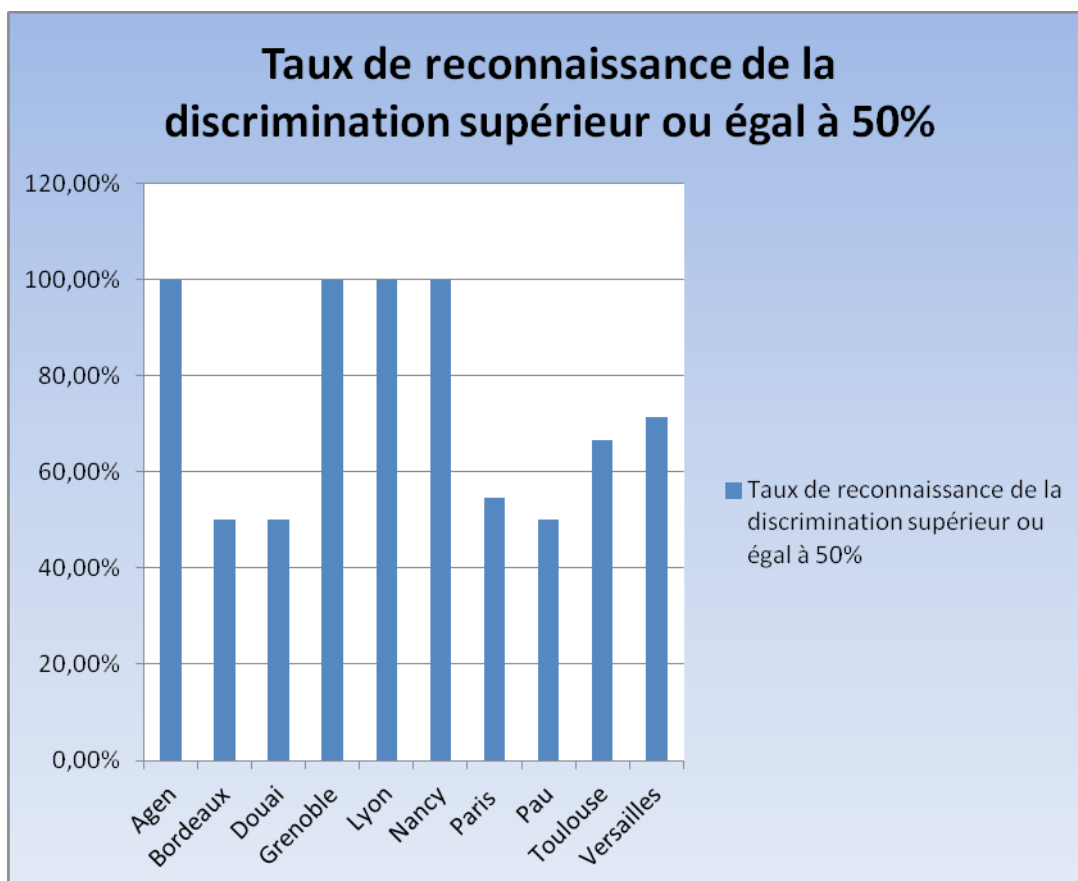
41.- En termes de reconnaissance des demandes soumises au différentes cours d'appel, on note que :

- la Cour d'appel d'Agen a accueilli 2,2 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 0 % ;
- la Cour d'appel d'Aix a accueilli 6,6 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 0 % ;
- la Cour d'appel de Besançon a accueilli 2,2 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 0 % ;
- la Cour d'appel de Bordeaux a accueilli 4,4 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 50 % ;

- la Cour d'appel de Douai a accueilli 8,8 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 50 % ;
- la Cour d'appel de Grenoble a accueilli 2,2 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 100 % ;
- la Cour d'appel de Lyon a accueilli 4,4 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 100 % ;
- la Cour d'appel de Montpellier a accueilli 4,4 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 0 % ;
- la Cour d'appel de Nancy a accueilli 2,2 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 100 % ;
- la Cour d'appel de Nîmes a accueilli 2,2 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 0 % ;
- la Cour d'appel de Paris a accueilli 24,2 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 54,5 % ;
- la Cour d'appel de Pau a accueilli 4,4 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 50 % ;
- la Cour d'appel de Poitiers a accueilli 2,2 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 0 % ;
- la Cour d'appel de Rennes a accueilli 2,2 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 0 % ;
- la Cour d'appel de Rouen a accueilli 4,4 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 0 % ;
- la Cour d'appel de Toulouse a accueilli 6,6 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 66,6 % ;
- la Cour d'appel de Versailles a accueilli 15,4 % des litiges pour un taux de reconnaissance de 71,4 %.

Taux de discrimination par CA > 5 %





L'analyse statistique est une chose, l'analyse juridique en est une autre. Cette dernière peut être organisée autour de trois problèmes classiques concernant le droit de la discrimination : qu'est-ce la discrimination ? Comment la démontrer-t-on ? Comment est-elle sanctionnée ? En d'autres termes, la présente étude envisage l'analyse des arrêts d'appel selon les points de vue de la notion, de la preuve et de la sanction de la discrimination.

SECTION 1.- LA NOTION DE DISCRIMINATION

42.- Après avoir envisagé les sources du droit de la discrimination – ce qui permettra de déterminer quels sont les fondements juridiques mis en oeuvre et quelles conceptions ils véhiculent –, il sera temps de circonscrire ce que recouvre le terme « discrimination » au travers de l'examen des concepts et des frontières qui le distinguent des notions connexes (harcèlement, etc). Enfin, la discrimination – au moins la discrimination directe – repose sur la prise en compte de motifs dont il peut être montré qu'ils sont en expansion.

PARAGRAPHE 1.- LES SOURCES DU DROIT DE LA DISCRIMINATION

43.- Comme tout droit, le droit de la discrimination comporte de nombreuses normes traditionnellement réparties en sources internationales et en sources internes. Sur la base de cette dichotomie, l'analyse des arrêts d'appel offre l'opportunité de faire émerger une réflexion à propos des fondements juridiques de la lutte contre les discriminations. En premier lieu, les sources internationales du droit de la discrimination constituent un magma pléthorique à l'usage duquel les plaideurs et les juridictions d'appel sont peu accoutumés. En second lieu, et corrélativement, ce sont les sources internes qui sont les plus mobilisées pour faire valoir l'existence d'une mesure discriminatoire. Cependant, la quantité de textes susceptibles d'être invoqués en droit interne dans le cadre d'un contentieux ne doit pas cacher les imperfections du dispositif français.

A.- Des sources internationales pléthoriques mais peu invoquées

44.- Dans les développements qui vont suivre, l'idée générale est de déterminer les raisons pour lesquelles ces sources internationales ne sont pas mobilisées plus régulièrement dans le cadre du contentieux devant les cours d'appel judiciaires en France. Les normes internationales évoquées renvoient, dans une optique classique, au droit international du travail et au droit européen.

1.- Le droit international du travail

45.- Le droit international du travail prend sa source dans les normes édictées par de nombreuses organisations internationales, notamment l'Organisation des Nations Unies (ONU) et l'Organisation internationale du travail (OIT).

a.- Le droit de l'Organisation des Nations unies

46.- On doit à l'ONU l'élaboration de textes internationaux très importants ayant plus qu'une portée symbolique. Nous aborderons deux textes emblématiques en matière sociale : la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 ainsi que les Pactes internationaux relatifs, d'une part aux droits civils et politiques et, d'autre part, aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966, d'autres conventions internationales complétant ce triptyque.

aa.- La Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948

47.- Présentation. Généralement considéré comme le phare qui guide l'ensemble des textes internationaux et européens de ces dernières décennies, la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 (DUDH) comporte deux catégories de dispositions consacrées à la lutte contre les discriminations. Les premières peuvent être qualifiées de générales et posent le principe de non-discrimination.

Au titre des dispositions générales, peuvent être mobilisées l'article 2 et l'article 7 de la DUDH. D'une part, l'article 2 de la DUDH exprime les types de discriminations qu'entend combattre la Communauté internationale grâce à la DUDH. Il est prévu que :

« 1.- Chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la [DUDH], sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de

naissance ou de toute autre situation.

« 2.- De plus, il ne sera fait aucune distinction fondée sur le statut politique, juridique ou international du pays ou du territoire dont une personne est ressortissante, que ce pays ou territoire soit indépendant, sous tutelle, non autonome ou soumis à une limitation quelconque de souveraineté. »

D'autre part, l'article 7 de la DUDH est l'article assurant la promotion de l'égalité de traitement et de la non-discrimination ; il énonce que *« tous sont égaux devant la loi et ont droit sans distinction à une égale protection de la loi. Tous ont droit à une protection égale contre toute discrimination qui violerait la [DUDH] et contre toute provocation à une telle discrimination. »*

Au titre des dispositions spéciales, l'article 23 de la DUDH affirme, en son paragraphe 2, que tous les travailleurs *« ont droit, sans aucune discrimination, à un salaire égal pour un travail égal. »* Il est à noter que, ce faisant, la DUDH crée le premier lien avéré entre le principe de non-discrimination et le principe *« A travail égal, salaire égal »*.

48.- DUDH/Combinaison des dispositions. Juridiquement, la DUDH met en œuvre la technique de la combinaison des normes. Par exemple, la combinaison de l'article 7 – attribuant à tous le *« droit à une protection égale contre toute discrimination qui violerait la présente Déclaration et contre toute provocation à une telle discrimination »* et l'article 23 § 4 qui affirme que *« toute personne a le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts »* peut être considéré comme un fondement juridique utile dans la lutte contre la discrimination syndicale. Ce mécanisme se rencontre également en ce qui concerne les Pactes internationaux de 1966³² et la Convention européenne des droits de l'homme³³.

49.- Raisons. La DUDH n'est jamais invoquée dans le contentieux de la discrimination devant les juridictions judiciaires françaises. Cela étant, l'explication de cette désaffection est aisément identifiable en raison de la valeur juridique reconnue à la DUDH. Sur cette question, la Cour de cassation et le Conseil d'Etat ont apporté une réponse identique. Pour ces deux juridictions, la DUDH ne constitue pas une convention

³² Cf. *infra*.

³³ Cf. *infra*.

internationale ayant une force obligatoire pour les Etats membres de l'ONU. Plus précisément, la Cour de cassation et le Conseil d'Etat ne pas donnent pas application à la DUDH dans leur jurisprudence mais pour des raisons distinctes.

Un arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 22 janvier 1998³⁴ affirme : « *la DUDH proclame des objectifs généraux vers lesquels les Etats doivent tendre, mais qu'elle n'est pas créatrice de droits susceptibles d'être directement invoqués devant les juridictions nationales* ». En résumé, pour la chambre sociale, la DUDH n'a pas d'effet direct ; elle ne peut être invoquée utilement devant les juridictions françaises.

En revanche, pour le Conseil d'Etat, il ne peut pas s'agir d'un traité international. Pour la chambre sociale de la Cour de cassation, il s'agit d'un texte qui n'a pas d'effet direct. Pour notre part, nous nous rangeons au côté du Conseil d'Etat : la DUDH n'est pas un traité international en l'absence de ratification ; il s'agit d'une pétition de principes c'est-à-dire une déclaration de droit dénuée d'effet contraignant³⁵.

Pour ces raisons juridiques, même si « *elle n'en a pas moins joué un rôle puissant depuis 1948 ; on a vu des peuples colonisés s'en saisir dans leur lutte d'indépendance ; elle a ensemencé les esprits dans leur combat pour la liberté*³⁶. », la DUDH n'est pas représentée dans le contentieux des cours d'appel judiciaires.

ab.- Les Pactes internationaux de 1966

50.- Pactes internationaux de 1966/Présentation générale. Dans sa résolution 2200 A (XXI) adoptée le 16 décembre 1966, l'Assemblée Générale des Nations Unies a entériné deux textes ayant pour objet commun de mettre en œuvre les principes énoncés par la DUDH : le Pacte international sur les droits civils et politiques (PIDCP) et le Pacte

³⁴ Cass. soc, 22 janv. 1998, Côte d'Ivoire, n° 96-14.824, *Bull civ.* V, n° 31, p. 23.

³⁵ D'autres Etats peuvent conférer une portée juridique beaucoup plus conséquente à la DUDH en adoptant des méthodes d'interprétation différentes, notamment la Constitution roumaine de 1991 selon laquelle « *les dispositions constitutionnelles relatives aux droits et libertés des citoyens seront interprétées et appliquées en concordance avec la Déclaration universelle des droits de l'homme, avec les pactes et les autres traités auxquels la Roumanie est partie* (Art. 20, § 1^{er}). »

³⁶ Hessel (S.), *Indignez-vous !*, 13^e éd., Montpellier : Indigène éditions, Coll. *Ceux qui marchent contre le vent*, 2011, p. 16.

international sur les droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC). Ces deux pactes sont entrés en vigueur dans l'ordre international au cours de l'année 1976, le 3 janvier pour le PIDESC, et le 23 mars pour le PIDCP. Avec la DUDH, ces deux pactes forment ce qui est communément appelé la « Charte internationale des droits de l'Homme ». La France les a ratifiés le 4 novembre 1980 et ils ont été publiés au *JO* le 1er février 1981³⁷.

51.- Pactes internationaux de 1966/Absence de mention du motif syndical. Les Pactes internationaux de 1966 ne visent pas nommément le motif syndical. Par exemple, l'article 2 du Pacte international de 1966 sur les droits civils et politiques énonce que « *les Etats parties au [...] Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation (§ 1).* »

De même, pour le second Pacte de 1966 *relatifs aux droits économiques, sociaux et culturels*, la répression des discriminations est aussi envisagée mais pas au titre du motif syndical : « *les Etats parties au présent Pacte s'engagent à garantir que les droits qui y sont énoncés seront exercés sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation (Art. 2 § 2).* »

Pacte international sur les droits civils et politiques

Article 4

1. Dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation et est proclamé par un acte officiel, les États parties au présent Pacte peuvent prendre, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des mesures dérogeant aux obligations prévues dans le présent Pacte, sous réserve que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations que leur impose le droit international et qu'elles n'entraînent pas une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale.

2. La disposition précédente n'autorise aucune dérogation aux articles 6, 7, 8 (par. 1 et 2), 11, 15, 16 et 18.

³⁷ D. n° 81-76 du 25 janvier 1981 *portant publication du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ouverts à la signature à New-York le 19 décembre 1966, JO 1^{er} févr. 1981, p. 398 ; D. n° 81-77 du 29 janvier 1981 portant publication du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ouverts à la signature à New-York le 19 décembre 1966, JO 1^{er} févr. 1981, p. 398.*

Article 20

1. Toute propagande en faveur de la guerre est interdite par la loi.
2. Tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence est interdit par la loi.

Article 24

1. Tout enfant, sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'origine nationale ou sociale, la fortune ou la naissance, a droit, de la part de sa famille, de la société et de l'Etat, aux mesures de protection qu'exige sa condition de mineur.

Article 25

Tout citoyen a le droit et la possibilité, sans aucune des discriminations visées à l'article 2 et sans restrictions déraisonnables:

- a) De prendre part à la direction des affaires publiques, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis;
- b) De voter et d'être élu, au cours d'élections périodiques, honnêtes, au suffrage universel et égal et au scrutin secret, assurant l'expression libre de la volonté des électeurs;
- c) D'accéder, dans des conditions générales d'égalité, aux fonctions publiques de son pays.

Article 26

Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. A cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation.

Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels

Article 2

1. Chacun des Etats parties au présent Pacte s'engage à agir, tant par son effort propre que par l'assistance et la coopération internationales, notamment sur les plans économique et technique, au maximum de ses ressources disponibles, en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le présent Pacte par tous les moyens appropriés, y compris en particulier l'adoption de mesures législatives.
2. Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à garantir que les droits qui y sont énoncés seront exercés sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.
3. Les pays en voie de développement, compte dûment tenu des droits de l'homme et de leur économie nationale, peuvent déterminer dans quelle mesure ils garantiront les droits économiques reconnus dans le présent Pacte à des non-ressortissants.

Article 3

Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à assurer le droit égal qu'ont l'homme et la femme au bénéfice de tous les droits économiques, sociaux et culturels qui sont énumérés dans le présent Pacte.

Article 10

Les Etats parties au présent Pacte reconnaissent que:

1. Une protection et une assistance aussi larges que possible doivent être accordées à la famille, qui est l'élément naturel et fondamental de la société, en particulier pour sa formation et aussi longtemps qu'elle a la responsabilité de l'entretien et de l'éducation d'enfants à charge. Le mariage doit être librement consenti par les futurs époux.
2. Une protection spéciale doit être accordée aux mères pendant une période de temps raisonnable avant et après la naissance des enfants. Les mères salariées doivent bénéficier, pendant cette même période, d'un congé payé ou d'un congé accompagné de prestations de sécurité sociale adéquates.
3. Des mesures spéciales de protection et d'assistance doivent être prises en faveur de tous les enfants et adolescents, sans discrimination aucune pour des raisons de filiation ou autres. Les enfants et adolescents doivent être protégés contre l'exploitation économique et sociale. Le fait de les employer à des travaux de nature à compromettre leur moralité ou leur santé, à mettre leur vie en danger ou à nuire à leur développement normal doit être sanctionné par la loi. Les Etats doivent aussi fixer des limites d'âge au-dessous desquelles l'emploi salarié de la main-d'oeuvre enfantine sera interdit et sanctionné par la loi.

52.- Raisons. A l'inverse de la DUDH, les Pactes de 1966, qu'il s'agisse du PIDP ou PIDSEC, se sont vus reconnaître un caractère *self-executing* en droit français tant par la chambre sociale de la Cour de cassation³⁸ que par le Conseil d'Etat³⁹. Dès lors, la valeur juridique des Pactes n'est pas en cause dans leur absence dans le cadre du contentieux devant les juridictions judiciaires, objet de la présente étude. En termes de fondement juridique, les Pactes sont en réalité noyés dans la masse des textes concernant la discrimination. De facture classique, les Pactes ne présentent qu'une valeur ajoutée très relative au regard des textes internes et des autres normes internationales. Par exemple, les motifs énoncés par les Pactes renvoient à une version classique de la discrimination (race, sexe, opinion politique, etc.). Actuellement, les motifs de discrimination – au moins en ce qui concerne le droit français – ont tendance à se diversifier et à prendre en compte de nouvelles situations (genre, orientation sexuelle, identité sexuelle, lieu de résidence, etc.). Le motif tenant à la race est lui-même sujet à caution. On peut éventuellement considérer que les Pactes sont historiquement datés.

En revanche, ce manque d'intérêt stratégique des Pactes doit lui-même être relativisé dans la mesure où certains motifs énoncés par les Pactes (langue et couleur de la peau) ne figurent pas dans la liste des dispositions de l'article L. 1132-1 du Code du travail. Par voie de conséquence, le droit français ne se trouve pas en conformité avec les

³⁸ Cass. soc., 22 janv. 1998, Caisse d'allocations familiales, n° 36-14.824, *Bull. civ. V*, n° 31, p. 23 ; Cass. soc., 6 juill. 2005, Association de sauvegarde et d'action éducative de la Marne, n° 03-47.243, *Bull. civ. V*, n° 236, p. 206, (PIDP) ; Cass. soc. 12 janv. 2011, Sté Thévenin et Ducrot distribution, n° 09-69.348, *BICC* n° 743, 1^{er} juin 2011, n° 663, p. 18 (PIDSEC).

³⁹ CE, 1^{re} et 4^e SSR, 3 févr. 1999, SNCF, Req. n° 178.785, *Rec. Lebon*, à propos de la mise à la retraite d'un cheminot, le même arrêt concerne également l'article 17 du Pacte (PIDP) ; CE, 1^{re} et 6^e SSR, 2 oct. 2009, Union syndicale solidaires Isère, Req. n° 301.014 (PIDSEC).

stipulations des Pactes. Par ailleurs, parce qu'ils ont un effet direct, les Pactes pourraient être invoqués utilement devant les juridictions dans l'hypothèse où un contentieux porterait sur une discrimination motivée par la langue ou la couleur de peau.

53.- Perspectives. En dépit de l'inexistence dans le contentieux, le salut viendra peut-être des comités – Comités des droits de l'homme et Comité des droits économiques, sociaux et culturels – en charge de la supervision de la bonne application des normes issues des Pactes de 1966, notamment par le biais des rapports réguliers remis par les Etats signataires des Pactes.

Comité des droits de l'homme

Le Comité des droits de l'homme a été établi par l'article 28 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Le comité se réunit trois fois par an à New York et à Genève. L'article 40 du Pacte requiert que les Etats parties présentent un rapport initial dans un délai d'un an à compter de son entrée en vigueur, puis chaque fois que le Comité en fera la demande.

Conformément au Protocole facultatif, le Comité examine également les communications émanant de particuliers qui prétendent être victimes d'une violation d'un des droits énoncés dans le Pacte et qui ont épuisé toutes les recours internes disponibles. Le texte des décisions finales prises par le Comité au titre du Protocole facultatif sont inclus dans son rapport annuel.

Comité des droits économiques, sociaux et culturels

Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a été créé par la résolution 1985/17 du Conseil économique et social du 28 mai 1985, afin de superviser l'application du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Le Comité se réunit trois fois par an à Genève. La résolution du Conseil économique et social 1988/4 du 24 mai 1988, requiert que les Etats parties présentent un rapport initial dans un délai de deux ans dans un délai de deux ans à compter de l'entrée en vigueur du Pacte, puis tous les cinq ans.

ac.- Autres conventions internationales élaborées par l'ONU

54.- Conventions ONU. Au-delà du seul domaine social, l'ONU est à l'origine de l'élaboration de conventions internationales ayant pour objet de lutter contre certaines formes de discrimination. Néanmoins, ces conventions comportent en leur sein des dispositions visant les relations de travail. Peuvent être citées :

- la Convention internationale *sur l'élimination de toutes les formes de discrimination*

*raciale*⁴⁰, adoptée et ouverte à la signature et à la ratification par l'Assemblée générale dans sa résolution 2106 A(XX) du 21 décembre 1965 ; entrée en vigueur : le 4 janvier 1969, conformément aux dispositions de l'article 19 ; la France l'ayant ratifiée le 28 juillet 1971.

Article 5

Conformément aux obligations fondamentales énoncées à l'article 2 de la présente Convention, les Etats parties s'engagent à interdire et à éliminer la discrimination raciale sous toute ses formes et à garantir le droit de chacun à l'égalité devant la loi sans distinction de race, de couleur ou d'origine nationale ou ethnique, notamment dans la jouissance des droits suivants : e) Droits économiques, sociaux et culturels, notamment :

- i) Droits au travail, au libre choix de son travail, à des conditions équitables et satisfaisantes de travail, à la protection contre le chômage, à un salaire égal pour un travail égal, à une rémunération équitable et satisfaisante;
- ii) Droit de fonder des syndicats et de s'affilier à des syndicats;
- iii) Droit au logement;
- iv) Droit à la santé, aux soins médicaux, à la sécurité sociale et aux services sociaux;
- v) Droit à l'éducation et à la formation professionnelle ;

▪ la Convention *sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*⁴¹, adoptée le 18 décembre 1979 ; la France l'ayant ratifiée le 14 décembre 1983 ;

Article 11

1.- Les Etats parties s'engagent prendre toutes les mesures appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans le domaine de l'emploi, afin d'assurer, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, les mêmes droits, et en particulier:

- a) Le droit au travail en tant que droit inaliénable de tous les êtres humains;
- b) Le droit aux mêmes possibilités d'emploi, y compris l'application des mêmes critères de sélection en matière d'emploi ;
- c) Le droit au libre choix de la profession et de l'emploi, le droit à la promotion, à la stabilité de l'emploi et à toutes les prestations et conditions de travail, le droit à la formation professionnelle et au recyclage, y compris l'apprentissage, le perfectionnement professionnel et la formation permanents ;
- d) Le droit à l'égalité de rémunération, y compris de prestation, à l'égalité de traitement pour un travail d'égale valeur aussi bien qu'à l'égalité de traitement en ce qui concerne l'évaluation de la qualité du travail;
- e) Le droit à la sécurité sociale, notamment aux prestations de retraite, de chômage, de maladie, d'invalidité et de vieillesse au pour toute autre perte de capacité de travail, ainsi que le droit à des congés payés;
- f) Le droit à la protection de la santé et à la sécurité des conditions de travail, y compris la sauvegarde de la fonction de reproduction.

2.- Afin de prévenir la discrimination à l'égard des femmes en raison de leur mariage ou de leur maternité et de garantir leur droit effectif au travail, les Etats parties s'engagent à prendre des mesures appropriées ayant pour objet :

- a) D'interdire, sous peine de sanctions, le licenciement pour cause de grossesse ou de congé de maternité et la discrimination dans les licenciements fondée sur le statut matrimonial;

⁴⁰ *Recueil des Traités*, Vol. 660, p. 195.

⁴¹ *Recueil des Traités*, Vol. 1249, p. 13.

- b) D'instituer l'octroi de congés de maternité payés ou ouvrant droit à des prestations sociales comparables, avec la garantie du maintien de l'emploi antérieur, des droits d'ancienneté et des avantages sociaux;
 - c) D'encourager la fourniture des services sociaux d'appui nécessaires pour permettre aux parents de combiner les obligations familiales avec les responsabilités professionnelles et la participation à la vie publique, en particulier en favorisant l'établissement et le développement d'un réseau de garderies d'enfants;
 - d) D'assurer une protection spéciale aux femmes enceintes dont il est prouvé que le travail est nocif;
- 3.- Les lois visant à protéger les femmes dans les domaines visés par le présent article seront revues périodiquement en fonction des connaissances scientifiques et techniques et seront révisées, abrogées ou étendues, selon les besoins.

Article 12

- 1.- Les Etats parties prennent toutes les mesures appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans le domaine des soins de santé en vue de leur assurer, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, les moyens d'accéder aux services médicaux, y compris ceux qui concernent la planification de la famille.
- 2.- Nonobstant les dispositions du paragraphe 1 ci-dessus, les Etats parties fourniront aux femmes pendant la grossesse, pendant l'accouchement et après l'accouchement, des services appropriés et, au besoin, gratuits, ainsi qu'une nutrition adéquate pendant la grossesse et l'allaitement.

Article 13

- 1.- Les Etats parties s'engagent à prendre toutes les mesures appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans d'autres domaines de la vie économique et sociale, afin d'assurer, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, les mêmes droits et, en particulier :
 - a) Le droit aux prestations familiales;
 - b) Le droit aux prêts bancaires, prêts hypothécaires et autres formes de crédit financier;
 - c) Le droit de participer aux activités récréatives, aux sports et à tous les aspects de la vie culturelle.

Article 14

- 1.- Les Etats parties tiennent compte des problèmes particuliers qui se posent aux femmes rurales et du rôle important que ces femmes jouent dans la survie économique de leurs familles, notamment par leur travail dans les secteurs non monétaires de l'économie, et prennent toutes les mesures appropriées pour assurer l'application des dispositions de la présente Convention aux femmes des zones rurales.
- 2. Les Etats parties prennent toutes les mesures appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans les zones rurales afin d'assurer, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, leur participation au développement rural et à ses avantages et, en particulier, ils leur assurent le droit :
 - a) De participer pleinement à l'élaboration et à l'exécution des plans de développement à tous les échelons;
 - b) D'avoir accès aux services adéquats dans le domaine de la santé, y compris aux informations, conseils et services en matière de planification de la famille;
 - c) De bénéficier directement des programmes de sécurité sociale;
 - d) De recevoir tout type de formation et d'éducation, scolaires ou non, y compris en matière d'alphabétisation fonctionnelle, et de pouvoir bénéficier de tous les services communautaires et de vulgarisation, notamment pour accroître leurs compétences techniques;
 - e) D'organiser des groupes d'entraide et des coopératives afin de permettre l'égalité de chances sur le plan économique, qu'il s'agisse de travail salarié ou de travail indépendant;
 - f) De participer à toutes les activités de la communauté;
 - g) D'avoir accès au crédit et aux prêts agricoles, ainsi qu'aux services de commercialisation et aux technologies appropriées, et de recevoir un traitement égal dans les réformes foncières et agraires et dans les projets d'aménagement rural;

h) De bénéficier de conditions de vie convenables, notamment en ce qui concerne le logement, l'assainissement, l'approvisionnement en électricité et en eau, les transports et les communications. [...]

- la Convention internationale *sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille*⁴², adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 45/158 du 18 décembre 1990 ; la France ne l'ayant pas ratifiée ;
- la Convention *relative aux droits des personnes handicapées*⁴³, adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 13 décembre 2006, et est entrée en vigueur le 3 mai 2008 ; la France l'ayant ratifiée le 18 février 2010 ;

Article 8.- Sensibilisation

Les États Parties s'engagent à prendre des mesures immédiates, efficaces et appropriées en vue de :

Sensibiliser l'ensemble de la société, y compris au niveau de la famille, à la situation des personnes handicapées et promouvoir le respect des droits et de la dignité des personnes handicapées;

Combattre les stéréotypes, les préjugés et les pratiques dangereuses concernant les personnes handicapées, y compris ceux liés au sexe et à l'âge, dans tous les domaines;

Mieux faire connaître les capacités et les contributions des personnes handicapées.

Dans le cadre des mesures qu'ils prennent à cette fin, les États Parties :

Lancent et mènent des campagnes efficaces de sensibilisation du public en vue de :

[...] Promouvoir la reconnaissance des compétences, mérites et aptitudes des personnes handicapées et de leurs contributions dans leur milieu de travail et sur le marché du travail ;

Article 27.- Travail et emploi

Les États Parties reconnaissent aux personnes handicapées, sur la base de l'égalité avec les autres, le droit au travail, notamment à la possibilité de gagner leur vie en accomplissant un travail librement choisi ou accepté sur un marché du travail et dans un milieu de travail ouverts, favorisant l'inclusion et accessibles aux personnes handicapées. Ils garantissent et favorisent l'exercice du droit au travail, y compris pour ceux qui ont acquis un handicap en cours d'emploi, en prenant des mesures appropriées, y compris des mesures législatives, pour notamment :

Interdire la discrimination fondée sur le handicap dans tout ce qui a trait à l'emploi sous toutes ses formes, notamment les conditions de recrutement, d'embauche et d'emploi, le maintien dans l'emploi, l'avancement et les conditions de sécurité et d'hygiène au travail;

Protéger le droit des personnes handicapées à bénéficier, sur la base de l'égalité avec les autres, de conditions de travail justes et favorables, y compris l'égalité des chances et l'égalité de rémunération à travail égal, la sécurité et l'hygiène sur les lieux de travail, la protection contre le harcèlement et des procédures de règlement des griefs;

Faire en sorte que les personnes handicapées puissent exercer leurs droits professionnels et syndicaux sur la base de l'égalité avec les autres;

Permettre aux personnes handicapées d'avoir effectivement accès aux programmes d'orientation technique et professionnel, aux services de placement et aux services de formation professionnelle et continue offerts à la population en général;

Promouvoir les possibilités d'emploi et d'avancement des personnes handicapées sur le marché du travail, ainsi que l'aide à la recherche et à l'obtention d'un emploi, au maintien dans

⁴² *Recueil des Traités*, Vol. 2220, p. 3 ; Doc.A/RES/45/158.

⁴³ *Recueil des Traités*, Vol. 2515, p. 3.

l'emploi et au retour à l'emploi;

Promouvoir les possibilités d'exercice d'une activité indépendante, l'esprit d'entreprise, l'organisation de coopératives et la création d'entreprise;

Employer des personnes handicapées dans le secteur public;

Favoriser l'emploi de personnes handicapées dans le secteur privé en mettant en oeuvre des politiques et mesures appropriées, y compris le cas échéant des programmes d'action positive, des incitations et d'autres mesures;

Faire en sorte que des aménagements raisonnables soient apportés aux lieux de travail en faveur des personnes handicapées;

Favoriser l'acquisition par les personnes handicapées d'une expérience professionnelle sur le marché du travail général;

Promouvoir des programmes de réadaptation technique et professionnelle, de maintien dans l'emploi et de retour à l'emploi pour les personnes handicapées.

Les États Parties veillent à ce que les personnes handicapées ne soient tenues ni en esclavage ni en servitude, et à ce qu'elles soient protégées, sur la base de l'égalité avec les autres, contre le travail forcé ou obligatoire.

Article 28.- Niveau de vie adéquat et protection sociale

Les États Parties reconnaissent le droit des personnes handicapées à un niveau de vie adéquat pour elles-mêmes et pour leur famille, notamment une alimentation, un habillement et un logement adéquats, et à une amélioration constante de leurs conditions de vie et prennent des mesures appropriées pour protéger et promouvoir l'exercice de ce droit sans discrimination fondée sur le handicap.

Les États Parties reconnaissent le droit des personnes handicapées à la protection sociale et à la jouissance de ce droit sans discrimination fondée sur le handicap et prennent des mesures appropriées pour protéger et promouvoir l'exercice de ce droit, y compris des mesures destinées à :

Assurer aux personnes handicapées l'égalité d'accès aux services d'eau salubre et leur assurer l'accès à des services, appareils et accessoires et autres aides répondant aux besoins créés par leur handicap qui soient appropriés et abordables;

Assurer aux personnes handicapées, en particulier aux femmes et aux filles et aux personnes âgées, l'accès aux programmes de protection sociale et aux programmes de réduction de la pauvreté;

Assurer aux personnes handicapées et à leurs familles, lorsque celles-ci vivent dans la pauvreté, l'accès à l'aide publique pour couvrir les frais liés au handicap, notamment les frais permettant d'assurer adéquatement une formation, un soutien psychologique, une aide financière ou une prise en charge de répit;

Assurer aux personnes handicapées l'accès aux programmes de logements sociaux;

Assurer aux personnes handicapées l'égalité d'accès aux programmes et prestations de retraite.

Ces conventions internationales sont inexistantes dans le contentieux social des juridictions d'appel en France. Pour les deux premières conventions visées, c'est la méconnaissance de ces dernières qui expliquent certainement leur ineffectivité juridictionnelle. Cependant, parce qu'elles envisagent la lutte contre les discriminations de façon globale, il est indéniable que ces conventions thématiques ont vocation à jouer un rôle. La publicité donnée à ces instruments internationaux en est la condition. Cela sera d'autant plus vrai que chacune de ces conventions institue un comité chargé du suivi de la bonne application de ces conventions.

Comité pour l'élimination de la discrimination raciale

Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale a été établi par l'article 8 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale. Le Comité se réunit deux fois par année à Genève. L'article 9 de la Convention requiert que les Etats parties présentent un rapport initial dans un délai d'un an à compter de l'entrée en vigueur du Pacte , puis tous les deux ans.

Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes

Le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes a été établi par l'article 7 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes. Le Comité se réunit deux fois par années. Depuis 2008 certaines réunions ont lieu à Genève. Auparavant, le Comité se réunissait exclusivement à New York. L'article 18 de la Convention requiert que les Etats parties présentent un rapport initial dans un délai d'un an à compter de son entrée en vigueur, puis tous les quatre ans.

Comité pour la protection des droits des tous les travailleurs migrants

Le Comité pour la protection des droits des tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille a été établi en vertu de l'article 72 de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille. Le Comité se réunit une fois par an à Genève. L'article 73 de la Convention requiert que les Etats parties présentent un rapport initial dans un délai d'un an à compter de son entrée en vigueur, puis tous les cinq ans.

Comité des droits des personnes handicapées

Le Comité des droits des personnes handicapées a été établi en vertu de l'Article 34 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées. Le Comité se réunit deux fois par ans à Genève. L'article 35 de la Convention requiert que les Etats parties présentent un rapport initial dans un délai de deux à compter de son entrée en vigueur, puis tous les quatre ans.

b.- Le droit de l'Organisation internationale du travail

55.- Conventions OIT. Contrairement à une idée reçue, la lutte contre les discriminations n'est pas inscrite dans les gènes de la nonagénaire qu'est l'Organisation internationale du travail (OIT). Effectivement, aucune référence n'est faite à la prohibition des discriminations dans le Préambule de la Constitution de l'OIT, ni dans la Déclaration *concernant les buts et objectifs de l'Organisation Internationale du Travail*, dite Déclaration de Philadelphie de 1944. Ce n'est qu'au milieu des années 50 du XX^e siècle que l'OIT porte son attention sur la discrimination avec deux conventions internationales élaborées par ses soins, la Convention n° 100 *sur l'égalité de*

rémunération de 1951 – avec la recommandation liée n° 90 sur l'égalité de rémunération datant de la même année – et la Convention n° 111 *concernant la discrimination (emploi et profession)* de 1958 – avec la recommandation liée n° 111 *concernant la discrimination (emploi et profession)* datant de la même année. A ces conventions fondamentales, s'ajoutent la Convention n° 156 *sur les travailleurs ayant des responsabilités familiales* de 1981 et la Recommandation n° 165 *sur les travailleurs ayant des responsabilités familiales* de 1981, remplaçant la Recommandation n° 123 *sur l'emploi des femmes ayant des responsabilités familiales* de 1965.

Plus largement, ce n'est qu'en 1998 avec la Déclaration de Genève que l'OIT formalise son combat contre les discriminations dans l'emploi et en fait l'un des principes cardinaux de son action. En ce sens, au terme de la Déclaration de Genève, la Conférence internationale du Travail « *déclare que l'ensemble des Membres, même lorsqu'ils n'ont pas ratifié les conventions en question, ont l'obligation, du seul fait de leur appartenance à l'Organisation, de respecter, promouvoir et réaliser, de bonne foi et conformément à la Constitution, les principes concernant les droits fondamentaux qui sont l'objet des dites conventions, à savoir [...] d) l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession.* » Par la suite, l'OIT intègre la lutte contre la discrimination dans ses autres déclarations. Ainsi, en 2006, la Déclaration *de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale* renvoie de nombreuses fois à cette prohibition. De même, selon la Déclaration de l'OIT sur la justice sociale pour une mondialisation équitable adoptée par la Conférence internationale du Travail, lors de sa quatre-vingt-dix-septième session, Genève, le 10 juin 2008, proclame que l'égalité entre hommes et femmes et la non-discrimination doivent être considérées comme des questions transversales.

Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale 2006

Egalité de chances et de traitement

21.- Tous les gouvernements devraient poursuivre des politiques destinées à promouvoir l'égalité de chances et de traitement en matière d'emploi afin d'éliminer toute discrimination fondée sur la race, la couleur, le sexe, la religion, les opinions politiques, l'origine nationale ou sociale⁵.

22.- Les entreprises multinationales devraient s'inspirer dans toutes leurs activités de ce principe

général, sans préjudice des mesures envisagées au paragraphe 18 ou des politiques gouvernementales conçues pour corriger des situations historiques de discrimination et pour promouvoir ainsi l'égalité de chances et de traitement dans l'emploi⁶. Les entreprises multinationales devraient en conséquence faire des qualifications, de la compétence et de l'expérience les critères du recrutement, du placement, de la formation et du perfectionnement de leur personnel à tous les échelons.

23.- Les gouvernements ne devraient jamais exiger des entreprises multinationales – ou les encourager dans cette voie – de pratiquer une discrimination fondée sur l'une des caractéristiques mentionnées au paragraphe 21. Ils sont encouragés à fournir, dans des cas appropriés, une orientation continue en vue d'éviter une discrimination de ce genre dans l'emploi.

[...]

Liberté syndicale et droit d'organisation

42.- Les travailleurs employés tant par les entreprises multinationales que par les entreprises nationales devraient jouir, sans distinction d'aucune sorte, du droit, sans autorisation préalable, de constituer des organisations de leur choix ainsi que celui de s'affilier à ces organisations, à la seule condition de se conformer aux statuts de ces dernières¹⁴. Ils devraient également bénéficier d'une protection adéquate contre les actes de discrimination tendant à porter atteinte à la liberté syndicale en matière d'emploi¹⁵.

[...]

Examen des réclamations

58.- Les entreprises multinationales, comme les entreprises nationales, devraient respecter le droit des travailleurs qu'elles emploient de faire examiner toutes leurs réclamations de manière conforme aux dispositions suivantes: tout travailleur qui, agissant individuellement ou conjointement avec d'autres travailleurs, considère avoir un motif de réclamation devrait avoir le droit de présenter cette réclamation sans subir de ce fait un quelconque préjudice et de faire examiner cette réclamation selon une procédure appropriée²¹. Cela est particulièrement important lorsque les entreprises multinationales opèrent dans des pays qui n'observent pas les principes des conventions de l'OIT relatifs à la liberté syndicale, au droit d'organisation et de négociation collective, à la discrimination, au travail des enfants et au travail forcé.

56.- Conventions OIT/Liberté syndicale. Cependant, des lacunes apparaissent. Une lecture attentive de la Convention OIT n° 87 ne fait apparaître, contrairement à ce que l'on pouvait penser, de dispositions spéciales prohibant la discrimination syndicale, tout juste est-il relevé par l'article 2 de cette convention que *« les travailleurs et les employeurs, sans distinction d'aucune sorte, ont le droit, sans autorisation préalable, de constituer des organisations de leur choix, ainsi que celui de s'affilier à ces organisations, à la seule condition de se conformer aux statuts de ces dernières. »*

Plus explicite est la Convention OIT n° 98 qui énonce, dès son article 1^{er}, que *« les travailleurs doivent bénéficier d'une protection adéquate contre tous actes de discrimination tendant à porter atteinte à la liberté syndicale en matière d'emploi. »* Le même article prévoit qu' *« une telle protection doit notamment s'appliquer en ce qui concerne les actes ayant pour but de [...] subordonner l'emploi d'un travailleur à la*

condition qu'il ne s'affilie pas à un syndicat ou cesse de faire partie d'un syndicat [et de] congédier un travailleur ou lui porter préjudice par tous autres moyens, en raison de son affiliation syndicale ou de sa participation à des activités syndicales en dehors des heures de travail ou, avec le consentement de l'employeur, durant les heures de travail. »

Cela étant, les autres conventions OIT liées à l'exercice de l'activité syndicale – notamment la Convention OIT n° 154 sur la négociation collective de 1981 – restent muettes sur la question de la discrimination syndicale. A ces conventions OIT réservées à la liberté syndicale, il convient d'avoir égard à la Convention OIT n° 111 sur la discrimination qui indique, en son article 1^{er}, que « *le terme discrimination comprend [...] toute distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale, qui a pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité de chances ou de traitement en matière d'emploi ou de profession. Il est ajouté que la discrimination se rapporte également à « toute autre distinction, exclusion ou préférence ayant pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité de chances ou de traitement en matière d'emploi ou de profession, qui pourra être spécifiée par le Membre intéressé après consultation des organisations représentatives d'employeurs et de travailleurs, s'il en existe, et d'autres organismes appropriés. »*

Il en ressort que le motif syndical n'est pas prohibé expressément par la Convention n° 111, tout juste est-il suggéré et reste au bon vouloir des Etats signataires. Pourtant, c'est sur ces bases juridiques que s'est construit le modèle français de prohibition de la discrimination syndicale⁴⁴.

En définitive, le seul fondement juridique sur lequel repose l'intégralité de la législation française en matière de discrimination syndicale est la Convention OIT n° 98. Comme l'avait relevé la Cour de cassation dans son rapport annuel, l'interdiction de la discrimination syndicale doit être considérée comme un moyen de réaliser le principe de la liberté syndicale⁴⁵.

⁴⁴ En ce sens, Lanquetin (M.-Th.), *op. cit.*, n° 2.

⁴⁵ En ce sens, Brissy (S.), « Discriminations », J.-Cl. Travail Traité, Fasc. 17-11, 2014, n° 14, qui fonde son raisonnement sur l'article L. 2141-1 du Code du travail.

57.- Raisons. La lecture de la Convention OIT n° 111 montre que cette convention ne présente aucun intérêt pour le justiciable. Hormis la définition de la notion de discrimination – qui à l'époque était déjà une révolution en soi – et les obligations imparties aux Etats signataires, ladite convention ne prévoit aucun droit dans le chef des particuliers. Partant, en aucun cas, ladite convention ne peut avoir un effet direct.

Convention OIT n° 111

Article 1

1.- Aux fins de la présente convention, le terme discrimination comprend:

(a) toute distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale, qui a pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité de chances ou de traitement en matière d'emploi ou de profession;

(b) toute autre distinction, exclusion ou préférence ayant pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité de chances ou de traitement en matière d'emploi ou de profession, qui pourra être spécifiée par le Membre intéressé après consultation des organisations représentatives d'employeurs et de travailleurs, s'il en existe, et d'autres organismes appropriés.

2.- Les distinctions, exclusions ou préférences fondées sur les qualifications exigées pour un emploi déterminé ne sont pas considérées comme des discriminations.

3.- Aux fins de la présente convention, les mots emploi et profession recouvrent l'accès à la formation professionnelle, l'accès à l'emploi et aux différentes professions, ainsi que les conditions d'emploi.

Article 2

Tout Membre pour lequel la présente convention est en vigueur s'engage à formuler et à appliquer une politique nationale visant à promouvoir, par des méthodes adaptées aux circonstances et aux usages nationaux, l'égalité de chances et de traitement en matière d'emploi et de profession, afin d'éliminer toute discrimination en cette matière.

Article 3

Tout Membre pour lequel la présente convention est en vigueur doit, par des méthodes adaptées aux circonstances et aux usages nationaux:

(a) s'efforcer d'obtenir la collaboration des organisations d'employeurs et de travailleurs et d'autres organismes appropriés pour favoriser l'acceptation et l'application de cette politique;

(b) promulguer des lois et encourager des programmes d'éducation propres à assurer cette acceptation et cette application;

(c) abroger toute disposition législative et modifier toute disposition ou pratique administratives qui sont incompatibles avec ladite politique;

(d) suivre ladite politique en ce qui concerne les emplois soumis au contrôle direct d'une autorité nationale;

(e) assurer l'application de ladite politique dans les activités des services d'orientation professionnelle, de formation professionnelle et de placement soumis au contrôle d'une autorité nationale;

(f) indiquer, dans ses rapports annuels sur l'application de la convention, les mesures prises conformément à cette politique et les résultats obtenus.

Article 4

Ne sont pas considérées comme des discriminations toutes mesures affectant une personne qui fait individuellement l'objet d'une suspicion légitime de se livrer à une activité préjudiciable à la sécurité de l'Etat ou dont il est établi qu'elle se livre en fait à cette activité, pour autant que ladite personne ait le droit de recourir à une instance compétente établie suivant la pratique nationale.

Article 5

1.- Les mesures spéciales de protection ou d'assistance prévues dans d'autres conventions ou recommandations adoptées par la Conférence internationale du Travail ne sont pas considérées comme des discriminations.

2.- Tout Membre peut, après consultation, là où elles existent, des organisations représentatives d'employeurs et de travailleurs, définir comme non discriminatoires toutes autres mesures spéciales destinées à tenir compte des besoins particuliers de personnes à l'égard desquelles une protection ou une assistance spéciale est, d'une façon générale, reconnue nécessaire pour des raisons telles que le sexe, l'âge, l'invalidité, les charges de famille ou le niveau social ou culturel.

58.- Lien avec la France. Cela n'empêche pas l'OIT d'entretenir d'excellents liens avec les administrations françaises notamment avec le Défenseur des droits et la mise en place depuis 2006 du Baromètre Défenseur des droits/OIT sur la perception des discriminations au travail.

2.- Le droit européen

59.- Ces dernières décennies, le Conseil de l'Europe et l'Union européenne sont les deux plus importants producteurs de normes contraignantes à l'égard des Etats.

a.- Le droit du Conseil de l'Europe

60.- CEDH. Du côté de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme (CEDH), l'article 14 de cette convention interdit toute discrimination : « *La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.* » Cette formulation nous renseigne sur la condition d'applicabilité de l'article 14 de la CEDH et signifie qu'il n'est possible d'invoquer l'article 14 que lorsqu'un droit garanti par la CEDH est violé. En d'autres termes, pour se prévaloir d'une

discrimination, il convient de combiner l'article 14 avec un autre droit garanti par la Convention⁴⁶. N'ayant pas d'existence autonome, l'article 14 ne peut être invoqué seul. Il apparaît au vu de la jurisprudence de la Cour EDH que les combinaisons sont diverses et variées et offre l'opportunité à la Cour EDH d'étendre le champ d'application de la CEDH à la matière sociale⁴⁷.

L'article 14 de la CEDH demande également des interprétations. Par exemple, peut-être peut-on voir le motif syndical derrière le vocable « toutes autres opinions » mais cela ne paraît pas correct dans la mesure où la liberté syndicale est issue de la liberté d'association et non pas de la liberté d'opinion et de pensée. Par ailleurs, normalement, la CEDH ne garantit que des droits et des libertés qu'elle vise expressément⁴⁸. Ce n'est que laborieusement, dans une optique dynamique, que la Cour européenne protège salariés et syndicalistes de toute discrimination grâce à la combinaison entre l'article 14 et l'article 11 de la CEDH⁴⁹. La chambre sociale est elle aussi appelée à statuer sur la conformité du droit français à l'aune des dispositions de la CEDH⁵⁰.

61.- Charte sociale européenne. Du côté de la Charte sociale européenne, plusieurs de ces dispositions mentionnent la répression de la discrimination.

⁴⁶ En ce sens, CEDH, 28 nov. 1984, Rasmussen, série A n° 87 ; CEDH, 28 mai 1985, Abdulaziz, Cabales et Balkandali, série A n° 94. Pour une appréciation conforme des critères de remboursement des allocations de chômage tenant à l'ancienneté du salarié et à la taille de l'entreprise au regard de l'article 14 de la CEDH, Cass. soc., 18 janv. 1989, SGCA, n° 87-44.285, *Bull. civ.* V, n° 47, p. 27, *Dr. ouvrier* 1989, pp. 300-306, note M. Richevaux, ainsi que Cass. soc., 18 janv. 1989, Société Leroy Merlin, n° 87-45.596, *Bull. civ.* V, n° 48, p. 28, appliquant – semble-t-il – l'article 14 de la CEDH de manière autonome.

⁴⁷ Cf. Baugard (D.), « L'utilité de la Convention européenne des droits de l'homme en droit du travail », *Dr. & patr.* n° 194, sept. 2010, pp. 34-46 ; Marguénaud (J.-P.), Mouly (J.), « Les incursions de la Cour européenne des droits de l'homme en droit du travail : une oeuvre en demi-teinte », *RDT* n° 1, janv. 2008, pp. 16-21 ; Marguénaud (J.-P.), Mouly (J.), « La Chambre sociale de la Cour de cassation, pionnière de la diffusion de la convention EDH en France », *JCP S* n° 1, 6 janv. 2009, pp. 12-18 ; Marguénaud (J.-P.), Mouly (J.), « La jurisprudence sociale de la Cour européenne des droits de l'homme : Bilan et perspectives », *Dr. soc.* sept.-oct. 2010, pp. 883-892.

⁴⁸ Com. EDH, 4 nov. 1986, Anderson et Kullman c/ Suède ; Com. EDH, 17 févr. 1996, Ergül c/ Turquie.

⁴⁹ Par ex., CEDH, 27 oct. 1975, Synd. nat. de la police belge c/ Belgique, série A, n° 19 ; CEDH, 5^e sect., 30 juill. 2009, Danilenkov c/ Russie, Req. n° 67336/01. V. également Fr. Tulkens, « La clémence pénale et les droits de l'homme », in *La peine dans tous ses états. Hommage à Michel van de Kerchove*, Bruxelles (Belgique) : Larcier, 2011, pp. 125-147, spéc. pp. 146-147.

⁵⁰ Cass. soc., 14 avr. 2010, Sté SDMO Industries, n° 09-60.426, *Bull. civ.* V, n° 100. Pour une confirmation : Cass. soc., 23 mai 2011, GIE des laboratoires, n° 10-60185, inédit.

Charte sociale européenne

Article 20 – Droit à l'égalité de chances et de traitement en matière d'emploi et de profession, sans discrimination fondée sur le sexe

En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à l'égalité de chances et de traitement en matière d'emploi et de profession sans discrimination fondée sur le sexe, les Parties s'engagent à reconnaître ce droit et à prendre les mesures appropriées pour en assurer ou en promouvoir l'application dans les domaines suivants:

- accès à l'emploi, protection contre le licenciement et réinsertion professionnelle;
- orientation et formation professionnelles, recyclage, réadaptation professionnelle;
- conditions d'emploi et de travail, y compris la rémunération;
- déroulement de la carrière, y compris la promotion.

Article E – Non-discrimination

La jouissance des droits reconnus dans la présente Charte doit être assurée sans distinction aucune fondée notamment sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'ascendance nationale ou l'origine sociale, la santé, l'appartenance à une minorité nationale, la naissance ou toute autre situation.

Article 27 – Droit des travailleurs ayant des responsabilités familiales à l'égalité des chances et de traitement

En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à l'égalité des chances et de traitement entre les travailleurs des deux sexes ayant des responsabilités familiales et entre ces travailleurs et les autres travailleurs, les Parties s'engagent:

- à prendre des mesures appropriées:
 - pour permettre aux travailleurs ayant des responsabilités familiales d'entrer et de rester dans la vie active ou d'y retourner après une absence due à ces responsabilités, y compris des mesures dans le domaine de l'orientation et la formation professionnelles;
 - pour tenir compte de leurs besoins en ce qui concerne les conditions d'emploi et la sécurité sociale;
 - pour développer ou promouvoir des services, publics ou privés, en particulier les services de garde de jour d'enfants et d'autres modes de garde;
- à prévoir la possibilité pour chaque parent, au cours d'une période après le congé de maternité, d'obtenir un congé parental pour s'occuper d'un enfant, dont la durée et les conditions seront fixées par la législation nationale, les conventions collectives ou la pratique ;
- à assurer que les responsabilités familiales ne puissent, en tant que telles, constituer un motif valable de licenciement.

Annexes à la Charte sociale révisée

Article 20

- 1.- Il est entendu que les matières relevant de la sécurité sociale, ainsi que les dispositions relatives aux prestations de chômage, aux prestations de vieillesse et aux prestations de survivants, peuvent être exclues du champ d'application de cet article.
- 2.- Ne seront pas considérées comme des discriminations au sens du présent article les dispositions relatives à la protection de la femme, notamment en ce qui concerne la grossesse, l'accouchement et la période postnatale.
- 3.- Le présent article ne fait pas obstacle à l'adoption de mesures spécifiques visant à remédier à des inégalités de fait.
- 4.- Pourront être exclues du champ d'application du présent article, ou de certaines de ses dispositions, les activités professionnelles qui, en raison de leur nature ou des conditions de leur exercice, ne peuvent être confiées qu'à des personnes d'un sexe donné. Cette disposition ne saurait être interprétée comme obligeant les Parties à arrêter par la voie législative ou réglementaire la

liste des activités professionnelles qui, en raison de leur nature ou des conditions de leur exercice, peuvent être réservées à des travailleurs d'un sexe déterminé.

Article E

Une différence de traitement fondée sur un motif objectif et raisonnable n'est pas considérée comme discriminatoire.

Texte méconnu, la Charte sociale européenne n'a suscité un engouement que très récemment.⁵¹ Cette évolution s'explique par la reconnaissance récente de l'effet direct de la Charte sociale par la chambre sociale de la Cour de cassation. Effectivement, le statut juridique de la Charte sociale européenne a été renforcé et a acquis, consécutivement, une certaine force contraignante avec un arrêt rendu le 14 avril 2010 par la Cour de cassation puisque la chambre sociale a reconnu l'effet direct des articles 5 et 6 de la Charte⁵² respectivement relatifs à la liberté syndicale et au droit à la négociation collective⁵³. Cette jurisprudence a été confirmée par des décisions du 9 novembre⁵⁴ et 10 novembre 2010⁵⁵. Devant cet intérêt venant de naître, il n'est pas étonnant que la Charte sociale brille par sa quasi absence dans le contentieux des cours d'appel⁵⁶. C'est surtout

⁵¹ Cf. Akandji-Kombé (J.-Fr.), « L'application de la Charte sociale européenne : la mise en œuvre de la procédure de réclamations collectives », *Dr. soc.* 2000, p. 888 ; Grévisse, « Le renouveau de la Charte sociale européenne », *Dr. soc.* 2000, p. 884 ; plus récemment, Akandji-Kombé (J.-Fr.), « La justiciabilité des droits sociaux et de la charte sociale européenne n'est pas une utopie », *Mélanges Paul Tavernier*, Bruxelles : Bruylant, 2013, pp. 475-504, ainsi que RosenberG n° (D.), « La renaissance du droit des peuples à l'autodétermination économique », *Mélanges Paul Tavernier*, Bruxelles : Bruylant, 2013, pp. 333-358.

⁵² Pour le droit belge, en faveur du caractère *self-executing* de l'article 6 § 4 de la Charte sociale européenne, V. M. Jamouille, *Seize leçons sur le droit du travail*, Faculté de droit de Liège, 1994, pp. 260-261. Cet ancien membre du CEDS a été entendu car l'article 6 § 4 de la Charte sociale européenne a été reconnu d'applicabilité directe en droit belge par le Conseil d'Etat (CEB, 22 mars 1995, n° 52.424, C.D.S., 1996, p. 442, obs. J. Jacquain) et indirectement par la Cour constitutionnelle (CCB, 6 avril 2000, n° 42/2000, Arr. CA, 2000, p. 595). Cette reconnaissance de l'effet direct ne concerne que le contentieux objectif.

⁵³ Cass. soc., 14 avril 2010, préc. ; pour des confirmations : Cass. soc., 16 févr. 2011, Sté Robert Bosch France, n° 10-60.189 et 10-60.191, inédit, ainsi que Cass. soc., 23 mai 2011, GIE des laboratoires, n° 10-60185, inédit.

⁵⁴ Cass. soc., 9 nov. 2010, Institut français du pétrole, n° 09-42.064, inédit.

⁵⁵ Cass. soc., 10 nov. 2010, Syndicat des cheminots Force ouvrière de la Loire, n° 09-72.856, *Bull. civ.* V, n° 257.

⁵⁶ CA Toulouse, 4^e ch., 2^e sect., 25 sept. 2009, SAS Société du Grand hôtel Capoul, RG n° 08/032431, inédit : « Si un employeur dispose du droit de décider des horaires de travail des salariés dans les limites du contrat les liant, ce droit trouve sa limite dans le droit au respect de la vie privée et familiale des salariés, protégé par l'article 8 de la CEDH, ainsi que dans le droit des titulaires de responsabilités familiales d'entrer et de rester dans la vie active, protégé par l'article 27 de la Charte sociale européenne. Dès lors, confronté à une demande présentée par un salarié en vue d'un aménagement de ses horaires de travail en raison de ses responsabilités familiales, l'employeur ne peut se borner à maintenir les horaires précédents et a au contraire le devoir de procéder à une recherche effective des aménagements pouvant être envisagés ».

la mise en œuvre du système de contrôle de la Charte sociale européenne qui « témoigne de l'influence grandissante de cet instrument⁵⁷. »

62.- Autres conventions du Conseil de l'Europe. D'autres conventions internationales ont été rédigées par le Conseil de l'Europe.

Liste des conventions internationales du Conseil de l'Europe en matière sociale

012	Accord intérimaire européen concernant les régimes de sécurité sociale relatifs à la vieillesse, à l'invalidité et aux survivants
012A	Protocole additionnel à l'Accord intérimaire européen concernant les régimes de sécurité sociale relatifs à la vieillesse, à l'invalidité et aux survivants
013	Accord intérimaire européen concernant la sécurité sociale à l'exclusion des régimes relatifs à la vieillesse, à l'invalidité et aux survivants
013A	Protocole additionnel à l'Accord intérimaire européen concernant la sécurité sociale à l'exclusion des régimes relatifs à la vieillesse, à l'invalidité et aux survivants
014	Convention européenne d'assistance sociale et médicale
014A	Protocole additionnel à la Convention européenne d'assistance sociale et médicale
048	Code européen de sécurité sociale
048A	Protocole au Code européen de sécurité sociale
078	Convention européenne de sécurité sociale
078A	Accord complémentaire pour l'application de la Convention européenne de sécurité sociale
093	Convention européenne relative au statut juridique du travailleur migrant
139	Code européen de sécurité sociale (révisé)
154	Protocole à la Convention européenne de sécurité sociale
165	Convention sur la reconnaissance des qualifications relatives à l'enseignement supérieur dans la région européenne

Ces textes n'envisagent pas la question de la discrimination mais celle de l'égalité de traitement, ce qui explique leur absence dans le contentieux des discriminations devant les juridictions d'appel.

b.- Le droit de l'Union européenne

63.- Charte communautaire. Tout d'abord, pour la Charte communautaire de 1989, il est prévu que « *pour assurer l'égalité de traitement, il convient de lutter contre les discriminations sous toutes leurs formes, notamment celles fondées sur le sexe, la*

⁵⁷ Lhernould (J.-Ph.), « Conseil de l'Europe, Conventions en matière sociale », *J.-Cl. Europe Traité*, Fasc. 6310, n° 38.

couleur, la race, les opinions et les croyances, et que, dans un esprit de solidarité, il importe de lutter contre l'exclusion sociale ».

64.- Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Ensuite, pour la dernière née des instruments de protection des droits fondamentaux, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne énonce, en son article 21 qu' *« est interdite toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. »* Le fait que la chambre sociale de la Cour de cassation n'est reconnu que dans un arrêt du 14 avril 2010⁵⁸, l'effet direct de l'article 28 de la Charte des droits fondamentaux relatif au droit à la négociation collective et au droit de grève, est une raison évidente pour comprendre l'absence de ce texte dans le contentieux traité par la présente étude.

65.- Traités européens. Puis, les traités européens sont les plus grands pourvoyeurs de normes concernant les discriminations. Tandis que les articles 2 et 3 du Traité sur l'Union européenne énoncent respectivement que les *« valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités »* *« sont communes aux États membres dans une société caractérisée »* notamment par *« la non-discrimination »* et que l'Union européenne *« combat les discriminations »*, le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne affirme que *« dans la définition et la mise en œuvre de ses politiques et actions, l'Union cherche à combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle⁵⁹. »* Le même traité prévoit qu' *« est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité⁶⁰. »* Enfin, au

⁵⁸ Cass. soc., 14 avr. 2010, préc.

⁵⁹ Art. 10, TFUE.

⁶⁰ Art. 18, TFUE. L'article 19 du TFUE précise également les modalités de la procédure législative en la matière : *« 1.- Sans préjudice des autres dispositions des traités et dans les limites des compétences que ceux-ci confèrent à l'Union, le Conseil, statuant à l'unanimité conformément à une procédure législative spéciale, et après approbation du Parlement européen, peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique,*

terme de l'article 45 du TFUE, le principe de la libre circulation des travailleurs « implique l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des États membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail. »

66.- Directives. Jusqu'en 2000, la législation de l'Union européenne en matière de non-discrimination s'appliquait exclusivement aux domaines de l'emploi et de la sécurité sociale, et prohibait uniquement la discrimination fondée sur le sexe. Cette période est marquée notamment par la mise en place de la Directive du 15 décembre 1997⁶¹ relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe. Au cours des années 90, l'interdiction de la discrimination s'est largement étendue à d'autres motifs de discrimination, tels que la race et l'origine ethnique, l'orientation sexuelle, les convictions religieuses, l'âge et le handicap. Le point d'orgue se situe au moment de l'adoption de deux directives phares : la Directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail⁶², qui a interdit toute discrimination fondée sur les convictions religieuses, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, dans le domaine de l'emploi, et la Directive 2000/43/CE sur l'égalité entre les races⁶³, qui interdit toute discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique dans le domaine de l'emploi, mais aussi en matière d'accès à la protection et à la sécurité sociales ainsi qu'aux biens et aux services. A également été adoptée une la directive 2002/73/CE du 23 septembre 2002⁶⁴ (égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, la formation,

la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. 2.- Par dérogation au paragraphe 1, le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, peuvent adopter les principes de base des mesures d'encouragement de l'Union, à l'exclusion de toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres, pour appuyer les actions des États membres prises en vue de contribuer à la réalisation des objectifs visés au paragraphe 1. »

⁶¹ Dir. 97/80/CE du Conseil du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe, JOCE n° L. 014, 20 janv. 1998, p. 6.

⁶² Dir. 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, JOCE n° L. 303, 2 déc. 2000, p. 16.

⁶³ Dir. 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, JOCE n° L. 180, 19 juill. 2000, p. 22.

⁶⁴ Dir. 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, JOCE n° L. 269, 5 oct. 2002, p. 15.

la promotion professionnelle et les conditions de travail). Enfin, la directive du 5 juillet 2006⁶⁵ relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'embauche et de travail, qui procède à la refonte des directives européennes antérieures.

67.- Egalité de traitement entre hommes et femmes. En matière d'égalité sexuelle, l'arsenal législatif issu du droit international est pourtant particulièrement fourni. A titre d'exemple, Le Traité CE, dès sa création consacre l'égalité entre les hommes et les femmes. Ainsi, l'article 2 du TCE donne pour mission à la communauté européenne de garantir l'égalité entre les hommes et les femmes. L'article 3 de ce même traité envisage, parmi les objectifs de la Communauté, l'élimination des inégalités, et la promotion de l'égalité entre les hommes et les femmes. Actuellement, l'article 157 du TFUE dispose que « *chaque État membre assure l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins pour un même travail ou un travail de même valeur* ». Ce texte ajoute que, « *aux fins du présent article, on entend par rémunération, le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum, et tous autres avantages payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier* ».

Dès lors, « *l'égalité de rémunération, sans discrimination fondée sur le sexe, implique :*
a. que la rémunération accordée pour un même travail payé à la tâche soit établie sur la base d'une même unité de mesure ; b. que la rémunération accordée pour un travail payé au temps soit la même pour un même poste de travail ». Enfin, pour mieux entériner ce principe d'égalité entre hommes et femmes, ce texte ouvre la voie aux mesures de discriminations positives en indiquant que « *pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des*

⁶⁵ Dir. 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail, JOCE n° L. 204, 26 juill. 2006, p. 23.

désavantages dans leur carrière professionnelle ».

Ce principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes est envisagé avec tellement de fermeté sur le plan européen qu'une directive du 10 février 1975 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité de rémunération entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins⁶⁶, permet d'accroître la force d'attraction de ce principe et que la CJCE par une décision datée du 8 avril 1976⁶⁷ reconnaît l'effet direct de l'article 119 du traité CEE. Dans cette décision, la Cour affirme notamment qu'« *on ne saurait tirer argument des lenteurs et résistances qui ont retardé l'application effective de ce principe essentiel dans certains États membres* ». Elle en conclut que « *la directive du conseil n° 75/117 ne porte pas préjudice à l'effet direct de l'article 119 et le délai fixé par cette directive est sans effet sur les échéances déterminées, respectivement, par l'article 119 du traité CEE et le traité d'adhésion* ». Cette disposition peut donc faire l'objet d'une application verticale, l'État devant assurer par tout moyen la mise en œuvre de ce principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes ; et d'une application horizontale, un particulier, en l'occurrence un salarié, pouvant invoquer cette disposition envers un autre particulier, à savoir, son employeur. Toutefois, et comme l'indique le point 20 de cette décision, il apparaît nécessaire de mettre en œuvre l'article 119 dans le sens d'un élargissement du critère strict d'un « même travail », en conformité notamment avec les dispositions de la convention OIT n° 100 sur l'égalité de rémunération.

La CJCE accentue encore son approche par un arrêt du 26 juin 2001⁶⁸ dans lequel elle rappelle que la directive 75/117/CEE était « *destinée essentiellement à faciliter l'application concrète du principe d'égalité des rémunérations qui figure à l'article 119 du traité et n'affecte en rien le contenu ni la portée du principe tel que défini par cette disposition en sorte que les notions utilisées tant par celle-ci que par la directive ont la*

⁶⁶ Dir., 75/117/CEE du Conseil, du 10 février 1975 *concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins*, JOCE n° L. 45, 19 févr. 1975, p. 19.

⁶⁷ CJCE, 8 avr. 1976, aff. C-43/75, Defrenne c/ Sté anonyme belge de navigation aérienne Sabena, *Rec. CJCE*, p. 455.

⁶⁸ CJCE, 26 juin 2001, Brunnhofer, aff. C-381/99, *Rec. CJCE*, p. I-4961.

même signification ». La CJCE profite de cette décision pour encore étirer les frontières du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes et apporter un peu plus d'objectivité dans l'application de ce principe en affirmant, *in fine*, que « *le principe fondamental énoncé à l'article 119 du traité et précisé par la directive s'oppose en principe à toute inégalité de rémunération entre un travailleur féminin et un travailleur masculin pour un même poste de travail ou un travail de valeur égale, quel que soit le mécanisme qui détermine cette inégalité, à moins que la différence de rémunération ne soit justifiée par des facteurs objectifs étrangers à toute discrimination liée à la différence de sexe* ». Les termes employés apportent la démonstration d'une volonté claire et sans équivoque des instances internationales et des juridictions européennes d'assurer l'application de ce principe dans l'ensemble des États membres.

Toutefois, cette bonne volonté implique également l'emmêlement de termes employés de façon désordonnée. Ainsi, parle-t-on aléatoirement d'égalité de traitement et de discrimination sans que la définition juridique de ces termes ne soit clairement posée. La directive du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail permet de remettre les choses à plat. Ainsi, on entend par « principe de l'égalité de traitement » l'absence de toute discrimination directe ou indirecte, fondée sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, en ce qui concerne l'emploi et le travail, en vue de mettre en œuvre, dans les États membres, le principe de l'égalité de traitement.

Dans l'ensemble des décisions, ni les parties au procès ni les juges du fond ne se réfèrent aux sources communautaires, telle par exemple la directive 2000/78/CE⁶⁹. La meilleure connaissance des directives communautaires dont celle de 2000 aurait peut-être donné lieu à des condamnations pour harcèlement discriminatoire.

⁶⁹ Dans un arrêt de la cour d'appel de Montpellier du 9 décembre 2009 (CA Montpellier, 9 déc. 2009, RG n° 09/02316), la directive 2000/78/CE est seulement évoquée parce que l'article L. 5213-6 du Code du travail l'a en partie transposée. Par ailleurs, la directive est citée deux fois mais à propos du harcèlement moral dans les arrêts de la cour d'appel d'Amiens du 3 novembre 2010 (CA Amiens, 3 nov.2010, RG n° 10/01362) et dans celui de la cour d'appel de Nîmes du 8 mars 2011 (CA Nîmes, 8 mars 2011, RG n° 09/03676).

68.- Discrimination fondée sur l'âge. L'interdiction des discriminations en raison de l'âge est affirmée expressément, tant en droit de l'Union européenne qu'en droit français. Concernant ce dernier, l'interdiction des discriminations en raison de l'âge a été proclamée par la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 *relative à la lutte contre les discriminations*.

Dans le cadre de l'Union européenne, la directive n° 2000/78 du 27 novembre 2000 interdit les différences de traitement fondées sur l'âge. Mieux, il est considéré par la Cour de justice de l'Union européenne comme un principe général du droit de l'Union. La solution a été affirmée pour la première fois dans l'arrêt « Mangold » en date du 22 novembre 2005⁷⁰. Dans cette affaire, la Cour de justice a censuré une réglementation allemande qui autorisait la conclusion de contrats à durée déterminée, sans condition, ni restriction, pour les salariés de plus de 52 ans. La différence de traitement opérée entre les salariés reposait donc directement sur l'âge. La solution a été confirmée le 19 janvier 2010 par l'arrêt « Küçükdeveci⁷¹ ». Le débat porte une nouvelle fois sur un texte allemand qui excluait du calcul de la durée du préavis de licenciement, les périodes d'emploi accomplies par les salariés avant l'âge de 25 ans. Ce dispositif crée manifestement une différence de traitement en fonction de l'âge du salarié.

Pourquoi l'âge est-il considéré par la Cour de justice comme un principe général de droit ? Cela signifie que la discrimination en raison de l'âge n'est pas posée, mais seulement concrétisée, par la directive du 27 novembre 2000. On sait qu'un principe général trouve sa source dans les instruments internationaux (la charte de l'Union européenne prohibe dans son article 21 les discriminations fondées sur l'âge) et les traditions constitutionnelles communes aux Etats membres. Par ailleurs, le principe général du droit de l'Union bénéficie d'un effet direct tant vertical qu'horizontal.

C'est dans le cadre des discriminations fondées sur l'âge que les juridictions d'appel font le plus usage des directives européennes.

69.- Discrimination syndicale. Par ailleurs, pour finir, l'analyse des arrêts rendus par

⁷⁰ CJUE, 22 nov. 2005, Mangold, aff. C-144/04, *Rec. CJCE* 2005, I, p. 998, *Dr. ouvr.* 2007, p. 362, obs. M. Bonnechère, *Europe* 2006, n° 1, p. 20, obs. L. Idot, *LSE* 2006, n° 141, obs. J.-P. Lhernould, *JCP G* 2006, II, 10107, note O. Dubos, *D.* 2006, p. 557, note Leclerc.

⁷¹ CJUE, 19 janv. 2010, Küçükdeveci, aff. C-555/07, *JCP S* 2010, 1082, note J. Cavallini, *RDT* 2010, p. 237, note M. Schmitt

les Cours d'appel a permis de mettre en exergue le fait que la discrimination syndicale constitue une sorte de passager clandestin. En effet, alors même que la discrimination syndicale n'est aucunement protégée par le droit de l'Union européenne, ce qui est logique puisque l'Union européenne ne dispose d'aucune compétence dans ce domaine⁷², ce motif de discrimination a bénéficié de la jurisprudence développée par la Cour de justice en matière de discrimination sexuelle⁷³. Effectivement, par analogie, la Cour de cassation a purement et simplement appliqué les mêmes méthodes de raisonnement au contentieux de la discrimination syndicale⁷⁴, et ce, avant l'adoption des directives 2000/43 et 2000/78 et leur transposition en droit interne français. Ce faisant, la discrimination syndicale a profité de procédés nouveaux sans véritable fondement juridique. Ces solutions ont finalement été consacrées par le législateur en 2001⁷⁵.

B.- Des sources internes déficitaires à l'usage

70.- Sans entrer dans une présentation statistique des normes internes utilisées par les plaideurs et appliquées par les cours d'appel, l'étude de la jurisprudence des arrêts rendus par ces dernières a été l'occasion de s'interroger sur les dispositions du Code du travail et sur leurs articulations. Il en ressort deux enseignements.

D'un côté, il apparaît que les normes issues du Code du travail comporte quelques écueils structurels, c'est-à-dire des malfaçons propres à rendre obscur le dispositif de lutte contre les discriminations instauré par le législateur français.

D'un autre côté, le contenu du Code du travail est altéré par des écueils conjoncturels. En d'autres termes, dans la mesure où les règles relatives à la lutte contre les discriminations dans les relations de travail ont été transformées à de nombreuses reprises depuis la recodification du Code du travail en 2008, il semble que la nature de la discrimination a subi certaines évolutions notables.

⁷² Art. 153, TFUE (ex-Art. 137, TCE).

⁷³ Par ex., CJCE, 27 mars 1980, aff. 129/79, *Rec. CJCE*, p. 1275 ; CJCE, 13 mai 1986, aff. 170/84, *Rec. CJCE*, p. 1607.

⁷⁴ Cass. soc., 9 avr. 1996, *RJS* 5/96, comm. n° 550 ; Cass. soc., 23 nov. 1999, *RJS* 5/00 n° 498 ; Cass. soc., 28 mars 2000, Fluchère, Dick et Syndicat CFDT c/ SNCF, n° 97-45.258 et 97-45.259, *Bull. civ. V*, n° 126, p. 95.

⁷⁵ L. n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 *relative à la lutte contre les discriminations*, *JO* n° 267, 17 nov. 2001, p. 18311.

1.- Des écueils structurels

71.- Textes internes. Applicables aux employeurs de droit privé ainsi qu'à leurs salariés et au personnel des personnes publiques employé dans les conditions du droit privé⁷⁶, les dispositions générales visant à interdire les discriminations en droit du travail sont situées aux articles L. 1132-1 et suivants du Code du travail, les inspecteurs et contrôleurs du travail veillant au respect de l'application de ces dispositions⁷⁷. Dans un premier temps, la structure du Code semble parfaite. Du plan du Code du travail émerge la structure des règles relatives à la discrimination. En effet, la lecture du plan du Code du travail fait apparaître dans le titre III du Livre 1^{er} de la première partie du Code les règles essentielles relatives aux discriminations.

TITRE III : DISCRIMINATIONS

Chapitre Ier : Champ d'application. (Article L1131-1)

Chapitre II : Principe de non-discrimination. (Articles L1132-1 à L1132-4)

Chapitre III : Différences de traitement autorisées. (Articles L1133-1 à L1133-5)

Chapitre IV : Actions en justice. (Articles L1134-1 à L1134-5)

PRINCIPE DE NON-DISCRIMINATION

Article L. 1132-2

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

Article L. 1132-3

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

Article L. 1132-3-1

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

Article L. 1132-3-2

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

Article L. 1132-3-3

Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire

⁷⁶ Art. L. 1131-1, *C. trav.*

⁷⁷ Art. L. 8113-5, *C. trav.*

l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat, pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions.

En cas de litige relatif à l'application du premier alinéa, dès lors que la personne présente des éléments de fait qui permettent de présumer qu'elle a relaté ou témoigné de bonne foi de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime, il incombe à la partie défenderesse, au vu des éléments, de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à la déclaration ou au témoignage de l'intéressé. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.

Article L1132-4

Toute disposition ou tout acte pris à l'égard d'un salarié en méconnaissance des dispositions du présent chapitre est nul.

Article L1133-1

L'article L. 1132-1 ne fait pas obstacle aux différences de traitement, lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée.

ACTIONS EN JUSTICE

Article L1134-1

Lorsque survient un litige en raison d'une méconnaissance des dispositions du chapitre II, le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.

Article L1134-2

Les organisations syndicales représentatives au niveau national, au niveau départemental ou de la collectivité dans les départements d'outre-mer, à Saint-Barthélemy et à Saint-Martin, ou dans l'entreprise peuvent exercer en justice toutes les actions résultant de l'application des dispositions du chapitre II.

Elles peuvent exercer ces actions en faveur d'un candidat à un emploi, à un stage ou une période de formation en entreprise, ou d'un salarié, dans les conditions prévues par l'article L. 1134-1.

L'organisation syndicale n'a pas à justifier d'un mandat de l'intéressé. Il suffit que celui-ci ait été averti par écrit de cette action et ne s'y soit pas opposé dans un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle l'organisation syndicale lui a notifié son intention d'agir.

L'intéressé peut toujours intervenir à l'instance engagée par le syndicat.

Article L1134-3

Les associations régulièrement constituées depuis cinq ans au moins pour la lutte contre les discriminations ou oeuvrant dans le domaine du handicap peuvent exercer en justice toutes actions résultant de l'application des dispositions du chapitre II.

Elles peuvent exercer ces actions en faveur d'un candidat à un emploi, à un stage ou une période de formation en entreprise ou d'un salarié dans les conditions prévues à l'article L. 1134-1, sous réserve de justifier d'un accord écrit de l'intéressé.

L'intéressé peut toujours intervenir à l'instance engagée par l'association et y mettre un terme à tout moment.

Article L1134-4

Est nul et de nul effet le licenciement d'un salarié faisant suite à une action en justice engagée par ce salarié ou en sa faveur, sur le fondement des dispositions du chapitre II, lorsqu'il est établi que le licenciement n'a pas de cause réelle et sérieuse et constitue en réalité une mesure prise par l'employeur en raison de cette action en justice. Dans ce cas, la réintégration est de droit et le salarié est regardé comme n'ayant jamais cessé d'occuper son emploi.

Lorsque le salarié refuse de poursuivre l'exécution du contrat de travail, le conseil de prud'hommes lui alloue :

1° Une indemnité ne pouvant être inférieure aux salaires des six derniers mois ;

2° Une indemnité correspondant à l'indemnité de licenciement prévue par l'article L. 1234-9 ou par la convention ou l'accord collectif applicable ou le contrat de travail.

L'article L. 1235-4, relatif au remboursement à l'institution mentionnée à l'article L. 5312-1, pour le compte de l'organisme mentionné à l'article L. 5427-1, des indemnités de chômage payées au salarié en cas de licenciement fautif, est également applicable.

Article L1134-5

L'action en réparation du préjudice résultant d'une discrimination se prescrit par cinq ans à compter de la révélation de la discrimination.

Ce délai n'est pas susceptible d'aménagement conventionnel.

Les dommages et intérêts réparent l'entier préjudice résultant de la discrimination, pendant toute sa durée.

De même, la notion de discrimination semble délimitée avec des contours très clairs. Au titre du principe de non-discrimination, tel qu'énoncé à l'article L. 1132-1 du Code du travail⁷⁸, « aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1^{er} de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses moeurs, de son orientation ou identité sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de

⁷⁸ Dans son dernier état après modifications apportées par la loi n° 2014-173 du 21 février 2014 (Art. 15).

ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille, de son lieu de résidence ou en raison de son état de santé ou de son handicap.. ».

Cependant, ce plan très lisible cache la forêt des dispositions traitant de la matière et n'évite pas des problèmes structurels qui affectent la lisibilité du texte, notamment la confusion entre l'égalité de traitement et la non-discrimination, la redondance des textes et leur dispersion.

a.- Confusion des principes

73.- Textes constitutionnels. Le terme discrimination est absent des normes constitutionnelles françaises. Lui est privilégié, ce qui constitue une passion bien française, le terme d'égalité. Tandis qu'au fronton de la République, l'égalité fait le lien entre la liberté et la fraternité (Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958), l'article 1^{er} de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 affirme que les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune.

Toutefois, l'absence de distinction entre citoyens n'est jamais bien loin. Innommée, la discrimination se rencontre au travers des dispositions constitutionnelles. Ainsi, le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 énonce en son alinéa 1^{er}, qu' « *au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés.* » Dans cette optique, l'article 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958 précise que « *la France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée. La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités*

professionnelles et sociales. »

Il est dommage que la Constitution française ne soit pas plus explicite sur la prohibition des discriminations. Ainsi, par exemple, hormis le Préambule de la Constitution de 1946 protégeant la liberté syndicale, la Constitution française ne mentionne en aucune façon la lutte contre la discrimination syndicale⁷⁹ alors même qu'elle en constitue l'une des conséquences.

74.- Confusion des principes. La bonne structure du Code du travail, notamment avec la scission entre un Chapitre dédié aux discriminations et un autre dédié à l'égalité professionnelle ne suffit pas à éviter toute confusion entre le principe d'égalité de traitement et le principe de non-discrimination.

Là encore plusieurs illustrations émergent du Code.

75.- Egalité de rémunération. Tout d'abord, le droit français concernant l'égalité de rémunération s'appuie sur deux règles. Les dispositions relatives à l'égalité de rémunérations entre hommes et femmes sont codifiées aux articles L. 3221-2 et suivants du Code du travail et celles de l'article L. 1142-1 et suivants du Code du travail.

Par ailleurs, le principe de non-discrimination de l'article L. 1132-1 vise également la discrimination en matière de rémunération même s'il trouve une application plus générale au regard du nombre de motifs envisagés par le texte. Ainsi, la confusion entre règle d'égalité et règle de non-discrimination est latente en droit français. Cette confusion était d'ailleurs entretenue par la Cour de cassation qui, dans un arrêt du 29 octobre 1996 indique que la règle d'égalité des rémunérations entre hommes et femmes est une application de la règle à travail égal, salaire égal, ce dont il faut déduire que l'employeur est tenu d'assurer l'égalité des rémunérations entre tous les salariés de l'un ou l'autre sexe pour autant que les salariés sont placés dans une situation identique⁸⁰. Toutefois, et à l'heure actuelle, « *la jurisprudence tend à bien distinguer les deux*

⁷⁹ Sur les motifs de discrimination, Lanquetin (M.-Th.), « Discrimination », *Rép. Dalloz Dr. trav.*, 2013, spéc. n° 93-149.

⁸⁰ Cass. soc., 29 octobre 1996, n° 92-43.680, *Bull. civ. V*, n° 359.

*régimes juridiques, sans préciser quel est le rapport entre ces deux règles*⁸¹ ». Dès lors, il est possible de rattacher de principe d'égalité de traitement homme-femmes tant au principe de non-discrimination qu'au principe à travail égal, salaire égal. La lecture du rapport annuel 2003 de la Cour de cassation nous permet de faire la démonstration de cette évolution notionnelle expliquant dans certaines décisions de Cours d'appel l'utilisation aléatoire des principes d'égalité de traitement hommes-femmes et de non-discrimination fondée sur le sexe par les Cours d'appel. Ainsi, M. Pierre Bailly, conseiller à la Cour de cassation envisage-t-il l'égalité de traitement entre hommes et femmes sous l'angle de la discrimination. Cette situation s'expliquait largement à cette période par l'absence de distinction notionnelle.

Par la suite, le rapport annuel 2008 de la Cour de cassation⁸² a parfaitement envisagé la distinction entre les discriminations et les règles d'égalité. Ainsi, le double rattachement qui créait une certaine confusion entre discriminations et règles d'égalité semble aujourd'hui sujet à moins de difficultés.

76.- Travailleurs handicapés. Ensuite, l'article L. 5213-6 du Code du travail mêle ces deux principes, le non-respect du principe d'égalité de traitement entraînant une discrimination.

En ce sens, il énonce que :

« Afin de garantir le respect du principe d'égalité de traitement à l'égard des travailleurs handicapés, l'employeur prend, en fonction des besoins dans une situation concrète, les mesures appropriées pour permettre aux travailleurs mentionnés aux 1° à 4° et 9° à 11° de l'article L. 5212-13 d'accéder à un emploi ou de conserver un emploi correspondant à leur qualification, de l'exercer ou d'y progresser ou pour qu'une formation adaptée à leurs besoins leur soit dispensée. Ces mesures sont prises sous réserve que les charges consécutives à leur mise en oeuvre ne soient pas disproportionnées, compte tenu de l'aide prévue à l'article L. 5213-10 qui peuvent compenser en tout ou partie les dépenses supportées à ce titre par l'employeur. Le refus de prendre des mesures au sens du premier alinéa peut être constitutif d'une discrimination au sens de l'article L. 1133-3. »

Dans la même veine, parmi dispositions fixant les autorisations de différence de

⁸¹ Lanquetin (M.-Th.), *op. cit.*, n° 263.

⁸² Cour de cassation, *Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation, Rapport annuel 2008*, Paris : La Documentation française, 2009, 482 p.

traitement, les articles L. 1133-4 et L. 1133-5 du Code du travail favorisent une certaine confusion des notions. Ils énoncent respectivement que « *les mesures prises en faveur des personnes handicapées et visant à favoriser l'égalité de traitement, prévues à l'article L. 5213-6 ne constituent pas une discrimination* » et que « *les mesures prises en faveur des personnes résidant dans certaines zones géographiques et visant à favoriser l'égalité de traitement ne constituent pas une discrimination.* »

77.- Discrimination sexuelle. La même difficulté se retrouve avec l'article L. 6112-1 du Code du travail (modifié par la loi n° 2014-288 du 5 mars 2014, Art. 2) qui organise l'égalité d'accès entre femmes et hommes à la formation. Ainsi, pour l'application de la partie VI du code, aucune distinction entre les femmes et les hommes ne peut être faite. Toutefois, « *le principe de non-discrimination énoncé à l'article L. 6112-1 ne fait pas obstacle à l'intervention, à titre transitoire, par voie réglementaire ou conventionnelle, de mesures prises au seul bénéfice des femmes en vue d'établir l'égalité des chances entre les femmes et les hommes en matière de formation. Ces mesures sont destinées notamment à corriger les déséquilibres constatés au détriment des femmes dans la répartition des femmes et des hommes dans les actions de formation et à favoriser l'accès à la formation des femmes souhaitant reprendre une activité professionnelle interrompue pour des motifs familiaux*⁸³. »

b.- Redondance

78.- Redondance. Par ailleurs, il existe dans le Code du travail quelques dispositions redondantes. Logiquement, plutôt que de citer les textes spéciaux, il paraît plus simple de se référer aux textes généraux.

79.- Motifs prohibés de discrimination. Outre l'article L. 1132-1 du Code du travail, les textes faisant référence aux motifs de discrimination sont assez nombreux et parfois contradictoires. Ainsi, certains textes n'énoncent pas la totalité des motifs envisagés par

⁸³ Art. L. 6112-2, C. trav.

l'article L. 1132-1 du Code du travail. On peut citer comme exemple le contenu négatif du règlement intérieur qui ne peut contenir « *des dispositions discriminant les salariés dans leur emploi ou leur travail, à capacité professionnelle égale, en raison de leur origine, de leur sexe, de leurs mœurs, de leur orientation ou identité sexuelle, de leur âge, de leur situation de famille ou de leur grossesse, de leurs caractéristiques génétiques, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales ou mutualistes, de leurs convictions religieuses, de leur apparence physique, de leur nom de famille ou en raison de leur état de santé ou de leur handicap*⁸⁴. ». De même, s'agissant des élections prud'homales, sont irrecevables les listes présentées par une organisation prônant des discriminations fondées notamment sur l'origine, le sexe, les mœurs, l'orientation ou identité sexuelle, l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, ou les convictions religieuses⁸⁵.

80.- Aménagement de la charge de la preuve. En dépit de leur place dans le Code du travail (Egalité professionnelle Homme/Femme), l'article L. 1144-1 du Code du travail reprend le même schéma que l'article L. 1134-1 du même code⁸⁶. Il en est de même lorsque le salarié subit une mesure discriminatoire pour ne pas s'être tu en présence de faits constitutifs d'une corruption⁸⁷.

81.- Autorisation de différence de traitement. Les autorisations de différence de traitement comportent également quelques redondances au sein du Code, notamment l'article L. 1133-3 et l'article L. 5213-6 du Code du travail au sujet des travailleurs handicapés.

⁸⁴ Art. L. 1321-3, C. trav.

⁸⁵ Art. L. 1441-23, C. trav.

⁸⁶ « Lorsque survient un litige relatif à l'application des dispositions des articles L. 1142-1 et L. 1142-2, le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation ou le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination, directe ou indirecte, fondée sur le sexe, la situation de famille ou la grossesse.

« Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

« Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. »

⁸⁷ Art. L. 1161-1, C. trav.

Différences de traitement autorisés

Article L. 1133-2

Les différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un but légitime, notamment par le souci de préserver la santé ou la sécurité des travailleurs, de favoriser leur insertion professionnelle, d'assurer leur emploi, leur reclassement ou leur indemnisation en cas de perte d'emploi, et lorsque les moyens de réaliser ce but sont nécessaires et appropriés.

Ces différences peuvent notamment consister en :

1° L'interdiction de l'accès à l'emploi ou la mise en place de conditions de travail spéciales en vue d'assurer la protection des jeunes et des travailleurs âgés ;

2° La fixation d'un âge maximum pour le recrutement, fondée sur la formation requise pour le poste concerné ou la nécessité d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite.

Article L. 1133-3

Les différences de traitement fondées sur l'inaptitude constatée par le médecin du travail en raison de l'état de santé ou du handicap ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectives, nécessaires et appropriées.

82.- Salariés grévistes. Enfin, en matière de grève, l'article L. 1132-2 du Code du travail trouve un écho à l'article L. 2511-1 du même code.

c.- Dispersion des textes

83.- Définition de la notion. La dispersion des textes favorisent aussi le manque de lisibilité des règles. La plus évidente des illustrations est celle tenant à la définition de la notion de discrimination. L'article L. 1132-1 du Code du travail renvoie lui-même à l'article 1^{er} 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* pour établir ce que sont les discriminations directes et indirectes.

84.- Discrimination syndicale. Du point de vue de la législation et de la réglementation française, la répression de la discrimination syndicale, bénéficie d'un régime juridique dédié mentionné aux articles L. 2141-5 et suivants du Code du travail.

Article L. 2141-5

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

et d'octroi d'avantages sociaux, de mesures de discipline et de rupture du contrat de travail.
Un accord détermine les mesures à mettre en œuvre pour concilier la vie professionnelle avec la carrière syndicale et pour prendre en compte l'expérience acquise, dans le cadre de l'exercice de mandats, par les représentants du personnel désignés ou élus dans leur évolution professionnelle.

Article L. 2141-6

Il est interdit à l'employeur de prélever les cotisations syndicales sur les salaires de son personnel et de les payer au lieu et place de celui-ci.

Article L. 2141-7

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

Article L. 2141-8

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 dommages et intérêts.

« S'y ajoute l'article L. 2141-1 du Code du travail qui prévoit que tout salarié peut librement adhérer au syndicat de son choix et qu'il ne peut être écarté en raison de son activité syndicale⁸⁸. »

85.- Fondements pénaux. Enfin, les fondements pénaux sont répartis dans différents codes, notamment le Code du travail et le Code pénal. Ainsi, l'article 225-1 du Code pénal prohibe, par principe, toute discrimination, l'article 225-2 du même code prévoyant des peines maximales de trois ans d'emprisonnement et de 45.000 euros d'amende.

En revanche, en ce qui concerne la discrimination syndicale, aux termes de l'article L. 2146-2 du Code du travail, *« le fait pour l'employeur de méconnaître les dispositions des articles L. 2141-5 à L. 2141-8, relatives à la discrimination syndicale, est puni d'une amende de 3 750 euros [al. 1^{er}]. »* En outre, *« la récidive est punie d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 7 500 euros [al. 2]. »* il est à noter que l'infraction de discrimination syndicale est distincte de celle de délit d'entrave⁸⁹.

⁸⁸ Brissy (S.), « Discriminations », *J.-Cl. Travail Traité*, Fasc. 17-11, 2014, n° 14.

⁸⁹ Coeuret (A.), Fortis (E.), *Droit pénal du travail*, 2^e éd., 2004, Paris : Litec, n° 631, p. 267 ; pour la 3^e éd. de 2008, Paris : Litec, n° 508, p. 297.

2.- Des écueils conjoncturels

86.- Modifications. Sous l'impulsion du droit de l'Union européenne, la législation portant sur les discriminations en droit du travail se sont affinées. Cependant, les modifications répétées du contenu du Code du travail masquent certaines évolutions de la nature de la discrimination.

87.- Harcèlement discriminatoire. Elles masquent tout d'abord le fait que le régime juridique de la discrimination recoupe largement celui du harcèlement que ce dernier soit moral ou sexuel.

Harcèlement moral

Article L. 1152-2

Aucun salarié, aucune personne en formation ou en stage ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat pour avoir subi ou refusé de subir des agissements répétés de harcèlement moral ou pour avoir témoigné de tels agissements ou les avoir relatés.

Harcèlement sexuel

Article L. 1153-2

Aucun salarié, aucune personne en formation ou en stage, aucun candidat à un recrutement, à un stage ou à une formation en entreprise ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat pour avoir subi ou refusé de subir des faits de harcèlement sexuel tels que définis à l'article L. 1153-1, y compris, dans le cas mentionné au 1° du même article, si les propos ou comportements n'ont pas été répétés.

Article L. 1153-3

Aucun salarié, aucune personne en formation ou en stage ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné de faits de harcèlement sexuel ou pour les avoir relatés.

88.- Mesures de rétorsion. Ensuite, le Code du travail invite à ne prendre aucune mesure discriminatoire à l'encontre des salariés. Les mesures discriminatoires ne sont plus réprimées uniquement parce qu'un motif illégitime fonde la décision de l'employeur

à l'encontre du salarié mais parce que ces mesures discriminatoires constituent des mesures de rétorsion contre un refus de la part du salarié. Les exemples sont très nombreux. Ainsi, « *un salarié ne peut [...] faire l'objet d'une mesure discriminatoire* » :

- pour avoir refusé une proposition de mise à disposition⁹⁰ ;
- pour avoir relaté ou témoigné de faits de corruption dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions⁹¹ ;
- l'exercice du droit de grève⁹² ;
- les salariés volontaires pour travailler le dimanche ayant donné leur accord par écrit à leur employeur⁹³ ;
- les salariés compétents pour s'occuper des activités de protection et de prévention des risques professionnels de l'entreprise désignés par l'employeur dans le cadre de l'article L. 4644-1 du Code du travail⁹⁴ ;
- les salariés en insertion professionnelle ayant refusé d'effectuer une période d'immersion ou pour avoir décidé d'y mettre fin⁹⁵.

⁹⁰ Art. L. 8241-2, *C. trav.*

⁹¹ Art. L. 1161-1, *C. trav.*

⁹² Art. L. 2511-1, *C. trav.* ; « *Son exercice ne peut donner lieu à aucune mesure discriminatoire telle que mentionnée à l'article L. 1132-2, notamment en matière de rémunérations et d'avantages sociaux.* »

⁹³ Art. L. 3132-25-4, *C. trav.*

⁹⁴ Art. R. 4644-1, *C. trav.*

⁹⁵ Art. D. 5132-10-2, D. 5132-26-2, D. 5132-43-2 et D. 5134-50-2, *C. trav.*

PARAGRAPHE 2.- LES CONCEPTS ET LES FRONTIÈRES

89.- La discrimination est un continent. On peut tenter de comprendre comment il s'est formé et construit. On peut également en dessiner les contours. En somme, pour être comprise, la discrimination suppose de l'appréhender comme concept – pour en saisir les caractéristiques – et de circonscrire les frontières qui la sépare des notions connexes.

A.- Les concepts

90.- Selon les dictionnaires classiques, le concept est une « *idée générale et abstraite que se fait l'esprit humain d'un objet de pensée concret ou abstrait, et qui lui permet de rattacher à ce même objet les diverses perceptions qu'il en a, et d'en organiser les connaissances*⁹⁶ ». Pour déterminer ce qu'est le concept de discrimination, il est nécessaire de présenter les notions qui s'y rattachent et les types de discrimination mises en oeuvre.

1.- Présentation des notions

91.- **Définition.** La discrimination est fréquemment présentée comme une distinction fondée sur un motif prohibé par la loi.⁹⁷ La prohibition des discriminations ne s'oppose donc pas aux distinctions entre les individus mais sanctionne celles qui sont considérées comme illégitimes par le droit⁹⁸. L'employeur peut donc, dans le cadre de son pouvoir de direction, opérer des distinctions entre ses salariés. Ainsi, la Cour de cassation reconnaît à l'employeur le droit de sanctionner différemment les auteurs d'une même faute. Dans un arrêt en date du 15 mai 1991, elle affirme que « *s'il est interdit à l'employeur, à peine de nullité de la mesure, de pratiquer une discrimination, au sens de*

⁹⁶ « Concept », *Dictionnaire Larousse*.

⁹⁷ Lochack (D.), « Réflexions sur la notion de discrimination », *Dr. soc.* 1987, p. 778

⁹⁸ Manigot (V.), *Le traitement juridique de la discrimination dans l'entreprise*, Paris : LexisNexis, Coll. *Planète social*, 2012, n° 12.

l'article L. 122-45 du Code du travail, il lui est permis, dans l'exercice de son pouvoir d'individualisation des mesures disciplinaires et dans l'intérêt de l'entreprise, de sanctionner différemment des salariés qui ont participé à une même faute⁹⁹». Par ailleurs, tous les salariés ne souhaitent pas forcément être traités de façon identique. On peut comprendre que le travailleur qui s'investit souhaite obtenir une rémunération supérieure au collègue peu enclin à faire des efforts. La discrimination est donc chargée d'une connotation négative : on prive, pour un motif illicite, de ce à quoi une personne a normalement droit.

92.- Dignité humaine. La prohibition des discriminations renvoie directement au concept de dignité humaine : en défavorisant une personne en raison de ses caractéristiques propres, on remet en cause son appartenance à l'humanité¹⁰⁰. La dignité humaine appartient à toute personne indépendamment de sa couleur de peau, de ses origines, de ses opinions... Cette analyse est consacrée par le Code pénal qui fait de la discrimination une atteinte expresse à la dignité¹⁰¹. Les distinctions ne peuvent reposer sur des critères qui constituent la personnalité de l'individu. En d'autres termes, on ne peut pas séparer l'autre de soi au motif que sa différence est perçue comme un mal : celui-ci a droit à l'indifférence¹⁰².

93.- Motifs prohibés. Mais quels sont les critères sur lesquels un employeur ne peut pas s'appuyer pour opérer une distinction entre ces salariés ? La liste des motifs mis hors du champ d'application du décideur varie dans l'espace et le temps. Ainsi, la plupart des sociétés archaïques ont accordé aux hommes un pouvoir de domination sur les femmes. Aujourd'hui encore, dans de nombreux pays, l'égalité entre les hommes et les femmes est méconnue¹⁰³. La liste des motifs varie donc en fonction de l'évolution de la société. Elle s'exprime dans un ensemble disparate de dispositions nationales et internationales.

⁹⁹ Cass. soc., 15 mai 1991, *Dr. soc.* 1991, p. 619, rapp. Ph. Waquet et note P. Franck.

¹⁰⁰ Van-Rompu (B.), *La dignité de la personne humaine dans les relations de travail*, Thèse dr. privé, Université de Lille 2, 2006, n° 172, B. Bossu (dir.).

¹⁰¹ Les textes interdisant les discriminations sont insérés dans le Code pénal au sein d'un chapitre V intitulé : « Des atteintes à la dignité de la personne ».

¹⁰² Koering-Joulin (R.), « La dignité de la personne humaine en droit du travail », in *La dignité de la personne humaine*, Paris : Economica, Coll. *Etudes Juridiques*, 1999, p. 69 ; X. Bioy, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Paris : Montchrestien, Coll. *Cours*, 2011, p. 407.

¹⁰³ Manigot (V.), *op. cit.*, n° 5

En droit français, c'est l'article L. 1132-1 du Code du travail qui contient la liste la plus complète des motifs prohibés.

Il résulte de l'article L. 1132-1 du Code du travail moult fois modifié qu' « *aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1^{er} de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat...en raison de son état de santé ou de son handicap* ». Le législateur a donc envisagé tous les stades du contrat de travail y compris en amont lors de la phase de recrutement.

2.- Types de discriminations

94.- Au sujet des différents types de discrimination, le droit opère une distinction entre la discrimination directe et la discrimination indirecte et prend acte des phénomènes nouveaux tel que le harcèlement discriminatoire.

a.- La distinction entre la discrimination directe et la discrimination indirecte

95.- Imposée par le droit de l'Union européenne, et précisée par la Cour de justice de l'Union européenne, la distinction entre discrimination directe et discrimination indirecte demande quelques explications quant à sa mise en oeuvre.

aa.- Une distinction imposée par le droit de l'Union européenne

96.- Origine. La distinction entre les discriminations directes et indirectes trouve son origine dans le droit de l'union européenne. La notion de discrimination indirecte a d'abord été dégagée par la Cour de justice de l'Union européenne avant d'être reprise par la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000.¹⁰⁴ Selon ce texte, « *une discrimination directe se produit lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable, sur la base de l'un des motifs visés à l'article 1er* ». Les motifs discriminatoires visés par cet article sont la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. Par ailleurs, « *une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une religion ou de convictions, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle donnés, par rapport à d'autres personnes* ».

97.- Transposition en droit français. Le droit français va transposer progressivement la distinction entre discrimination directe et indirecte. C'est d'abord la loi du 16 novembre 2001 qui a inséré dans le code du travail un article L. 1134-1 créant une présomption simple de discrimination en faveur salarié dès lors qu'il « *présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte* ». Mais si ce texte évoque bien la distinction entre la discrimination directe et la discrimination indirecte, il ne définit pas pour autant les concepts¹⁰⁵. Pour remédier à cette lacune et répondre aux mises en demeure de la Commission européenne, 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 va définir les notions de discrimination directe et indirecte. Mais ces définitions n'ont pas été intégrées dans le Code du travail, l'article L. 1132-1 du Code précité se contentant d'un

¹⁰⁴ Dir. 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000, préc. *supra*.

¹⁰⁵ Peru-Pirotte (L.), « La lutte contre les discriminations : La loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 », *JCP S* 1314, n° 4.

renvoi à la loi du 27 mai 2008. Pour justifier l'absence de codification, on invoque le fait que les notions de discrimination ne sont pas spécifiques au Code du travail¹⁰⁶. Par ailleurs, le texte français ne reprend pas littéralement les dispositions communautaires relatives à la discrimination directe¹⁰⁷. En effet, la commission paritaire mixte a préféré substituer un futur antérieur au conditionnel¹⁰⁸. Certains sénateurs ont en effet considéré l'usage du conditionnel comme dangereux car autorisant toutes sortes de procès d'intention aux employeurs.¹⁰⁹ Ainsi, le texte français fait référence à la situation d' « *une personne [...] traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable* ».

Plus précisément, l'article 1^{er} de la loi du 27 mai 2008 dispose :

« *Constitue une **discrimination directe** la situation dans laquelle, 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 sexuelle ou son sexe, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable* ». On peut remarquer que certains critères ne sont pas visés par la loi tout comme ils ne l'étaient pas par la directive 2000/70/CE. Néanmoins il résulte de la lettre de l'article L. 1132-1 que, quelle que soit la cause de la discrimination, la mesure discriminatoire, directe ou indirecte, est définie en référence à l'article 1^{er} de la loi de 2008.

L'article 1^{er} affirme ensuite : « *Constitue une **discrimination indirecte** une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés* ».

¹⁰⁶ Radé (Ch.), « La nouvelle approche des discriminations en droit du travail », *Lexbase Hebdo éd. soc.* n° 309, 19 juin 2008.

¹⁰⁷ Manigot (V.), *op. cit.*, n° 198.

¹⁰⁸ Lanquetin (M.-Th.), *op. cit.*, p. 780.

¹⁰⁹ Radé (Ch.), *Discriminations et inégalité de traitement dans l'entreprise*, Paris : Ed. Liaisons, 2011, n° 66.

La discrimination inclut :

1° Tout agissement lié à l'un des motifs mentionnés au premier alinéa et tout agissement à connotation sexuelle, subis par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement hostile, dégradant, humiliant ou offensant ; ». Il y a donc discrimination dès lors qu'il y a un seul agissement. Par ailleurs, en ce qui concerne le second pan de la phrase, il y a consécration du harcèlement discriminatoire qui, à l'inverse, du harcèlement moral classique, est caractérisé sans qu'il y ait besoin d'une répétition des actes¹¹⁰.

« 2° *Le fait d'enjoindre à quiconque d'adopter un comportement prohibé par l'article 2* ».

ab.- Les précisions apportées par la Cour de justice de l'Union européenne

98.- Discrimination par association. La Cour de justice de l'Union européenne a précisé dans plusieurs décisions le champ d'application de la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000. D'abord, dans un arrêt du 17 juillet 2008, la CJCE a consacré la discrimination par association en affirmant que « *la directive 2000/78* » doit être interprétée « *en ce sens que l'interdiction de discrimination directe* » « *n'est pas limitée aux seules personnes qui sont elles-mêmes handicapées. Lorsqu'un employeur traite un employé n'ayant pas lui-même un handicap de manière moins favorable qu'un autre employé ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable et qu'il est prouvé que le traitement défavorable dont cet employé est victime est fondé sur le handicap de son enfant auquel il dispense l'essentiel des soins dont celui-ci a besoin, un tel traitement est contraire à l'interdiction de discrimination directe*¹¹¹ » (pt 56). Cette solution a été reprise par certains juges du fond. Ainsi, se rend coupable d'une **discrimination par association** l'employeur qui licencie un salarié en raison des activités syndicales de son concubin¹¹². En revanche, la loi du 27 mai 2008 n'a pas

¹¹⁰ « *Aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel* » (Art.L.1152-1, C. trav.).

¹¹¹ CJCE, 17 juill. 2008, aff. C- 303/06, S. Coleman c/ ATTRIDGE Law, Steve Law, Rec. I-05603.

¹¹² CPH Caen, 21 oct. 2008, Dr. ouv. 2009, p. 553, note E. Prado.

consacré la notion de discrimination par association.

99.- Maladie du salarié. Ensuite, par deux autres arrêts, la CJUE tranche sur l'intégration ou non de la maladie dans le champ d'application de la directive. Le premier, celui de la CJCE du 11 juillet 2006, considère que la maladie n'y entre pas. En effet, « *en tant que telle* », la maladie « *ne peut être considérée comme un motif venant s'ajouter à ceux au titre desquels la directive* » « *interdit toute discrimination* » (pt.58), « *en utilisant la notion de "handicap"...le législateur a délibérément choisi un terme qui diffère de celui de "maladie"* », excluant ainsi, « *une assimilation pure et simple des deux notions* » (pt.44)¹¹³. Le second, celui de la CJUE du 11 avril 2013, joignant deux demandes de décisions préjudicielles, revient sur le refus d'une telle assimilation, considérant, à l'inverse, que « *la notion de "handicap" visée par la directive 2000/78/CE...doit être interprétée en ce sens qu'elle inclut un état pathologique causé par une maladie médicalement constatée comme curable ou incurable dès lors que cette maladie entraîne une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques, dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à la pleine et effective participation de la personne concernée à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs, et que cette limitation est de longue durée* »¹¹⁴.

ac.- Mise en œuvre de la distinction

100.- Discrimination indirecte liée à l'état de santé. Dans un arrêt rendu le 30 septembre 2009, la Cour d'appel de Douai reconnaît la notion de discrimination indirecte¹¹⁵.

En l'espèce, un salarié reconnu travailleur handicapé est embauché en qualité d'équipier de vente, le 9 mars 2004, pour une durée déterminée, en remplacement d'un salarié

¹¹³ CJCE, 11 juill. 2006, Sonia Chacon Navas c/ Euresť Colectividades SA, aff. C-13/05, *Rec. CJCE*, p. I-0647.

¹¹⁴ CJUE, 11 avr. 2013, HK Danmark c/Dansk almennyttigt Boligselskab et Dansk Arbejdsgiverforening, aff. C-335/11 et C-337/11.

¹¹⁵ CA Douai, 30 sept. 2009, RG n° 08/02988.

absent pour maladie. Son contrat est régulièrement prorogé pour pourvoir au remplacement de différents salariés jusqu'au 14 mars 2005, date à laquelle il conclut un contrat à durée indéterminée. Il est absent pour deux arrêts de travail, l'un pour maladie, du 19 mai 2006 au 26 juin 2006, l'autre pour accident du travail, du 10 novembre 2006 jusqu'au 2 janvier 2007, les deux ayant été contrôlés médicalement à l'initiative de l'employeur et se sont avérés à chaque fois médicalement justifiés. Le 3 janvier 2007, le jour de sa reprise, suite à ce second arrêt, il reçoit de l'employeur une **lettre dite de sensibilisation** par laquelle l'employeur lui indique clairement qu'il ne tolérera plus d'absences et demandant au salarié d'être assidu au travail. Il démissionne de son poste, le 7 mars 2007, en arguant du fait que, depuis mars 2004, il est harcelé en raison de ses absences. Le 22 juin 2007, estimant que **son état dépressif a altéré son jugement**, il saisit le CPH en demandant la **requalification** de sa démission en licenciement sans cause réelle et sérieuse (CRS) qu'il obtient et pour laquelle lui sont octroyés 16.000 euros de dommages et intérêts. La société fait appel considérant que la lettre de démission de son salarié doit s'analyser en une prise d'acte valant démission dès lors que les faits de harcèlement moral invoqués par le salarié ne sont pas fondés.

L'argumentation de la société n'est pas critiquable. En effet, il n'y a pas de harcèlement moral car l'article L. 1152-1 du Code du travail le définit comme des « *agissements répétés* » « *qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible* » notamment « *d'altérer sa santé physique ou mentale* ». Or, les seuls agissements qui ont été répétés dans cette espèce sont les contrôles médicaux réalisés durant les arrêts de travail, actes qui ne peuvent être reprochés en droit à l'employeur, même s'ils ont été perçus comme relevant d'un harcèlement moral par le salarié. Par ailleurs, à elle seule, la lettre de sensibilisation ne semblait pas pouvoir remplir cette caractéristique. Néanmoins, la cour d'appel, d'un revers de main, écarte la problématique de ce prétendu harcèlement moral et choisi « *de se prononcer préalablement sur l'existence d'un vice du consentement* » invoqué par le salarié, utilisant ainsi un moyen de défense tiré du droit commun des contrats. En effet, s'il y a un vice affectant la démission, il permettra sa requalification en prise d'acte de la rupture de la part du salarié aux torts de l'employeur, laquelle produit les « effets » d'un licenciement sans

CRS conformément à la jurisprudence de la cour de cassation¹¹⁶.

101.- La cour d'appel caractérise un vice du consentement en se basant quasiment exclusivement sur les conséquences liées à l'envoi de la lettre de sensibilisation. En effet, elle énonce que « *si l'état dépressif d'un salarié n'est pas en soi suffisant à démontrer l'existence d'un vice du consentement de ce dernier* », contrairement à ce qu'énonce le CPH, « *il est néanmoins de nature à expliquer le retentissement chez le salarié de certains actes imputables à l'employeur* ». Elle relève que « *si un employeur a la faculté de faire procéder à des contrôles médicaux durant un arrêt de travail...il ne peut en revanche, comme* » il l'a fait dans sa lettre du 3 janvier 2007, « *indiquer clairement à un salarié qu'il ne tolérera plus d'absences et demander à ce dernier d'être assidu à son travail alors même que lesdites absences sont imputables à l'état de santé du salarié* ». En « *envoyant cette lettre* » qu'elle qualifie de « sensibilisation », « *la société a exercé à l'encontre du salarié des pressions de nature à susciter chez lui des craintes, quant au devenir de son emploi dans l'hypothèse d'une poursuite de ses problèmes de santé* ». Les juges du fond caractérisent ainsi, sans la nommer expressément, la violence au sens de l'article 1113 du Code civil.

102.- Cette motivation était suffisante en elle-même pour caractériser un vice du consentement et donc requalifier la démission en licenciement sans CRS. La cour d'appel semble pourtant avoir besoin de conforter son argumentation juridique. Elle ajoute que l'avertissement donné dans la lettre de sensibilisation l'avait été en parfaite connaissance de l'état de santé du salarié et par la même du caractère involontaire de ses absences imputables audit état, les deux contrôles médicaux ayant confirmé le bien fondé des arrêts de travail. Elle en conclut qu'en conséquence « *de tels agissements qui s'apparentent à de la discrimination fondée sur l'état de santé* » du salarié, ont incité ce dernier, « *souffrant en outre de dépression, à démissionner* ». Pour la cour d'appel, « *la démission de ce salarié est donc entachée d'un vice du consentement* ». Ce complément de motivation suscite néanmoins deux réflexions. Tout d'abord, **si ces agissements s'apparentent à de la discrimination cela signifie qu'ils ne sont pas constitutifs**

¹¹⁶ Cass. soc., 15 mars 2006, *JCP S* 2006, 1356, note P.-Y. Verkindt.

d'une discrimination au sens des dispositions du Code du travail qui ne sont d'ailleurs aucunement citées. Ensuite, les contrôles médicaux qui sont un droit pour l'employeur sont utilisés contre lui au titre de la « discrimination » alors qu'ils ne pouvaient pas l'être en tant qu'agissements répétitifs caractérisant un harcèlement moral. Le fait d'englober une discrimination non réellement caractérisée en droit dans l'appréciation du vice du consentement affaiblit en définitive la motivation de la cour d'appel de Douai. Cette dernière ne pouvant caractériser ni harcèlement moral ni réelle discrimination utilise le vice du consentement. Elle confirme ainsi le jugement du CPH, requalifiant la démission du salarié en licenciement sans CRS, mais en étoffant sa motivation.

103.- On s'interroge sur le caractère précurseur de cette jurisprudence caractérisant maladroitement une discrimination, qui ne paraît pas en être réellement une tant au regard des dispositions du Code du travail que de l'état de la jurisprudence à l'époque des faits et de la décision, en se fondant notamment sur la lettre de sensibilisation. En effet, la chambre sociale de la cour de cassation, par une décision du 12 février 2013¹¹⁷, caractérise une discrimination indirecte dans le fait pour un employeur d'avoir « *mis en œuvre une méthode dite de "sensibilisation" aux enjeux de la désorganisation de la production* » qui consistait à réaliser « *dans ce cadre* » « *des entretiens "retour d'absence" quels que soient la durée et le motif de l'absence, y compris en cas de maladie ou d'accident du travail, au cours desquels étaient évoquées les perturbations de l'organisation de l'entreprise résultant de l'absence, cet entretien donnant lieu* » par ailleurs « *à l'établissement d'un document signé par le salarié concerné* ». Pour la Haute cour, il y a discrimination « *malgré le caractère apparemment neutre du dispositif* », la cour d'appel de Nancy, le 30 mai 2011, ayant à bon droit, ordonné qu'il y soit mis fin. A n'en pas douter, si la cour d'appel de Douai s'était prononcée après cet arrêt de la cour de cassation, sa motivation aurait été toute autre.

104.- Discrimination indirecte liée à l'âge. S'agissant de la **discrimination indirecte**, on sait qu'elle est constituée lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique

¹¹⁷ Cass. soc., 12 févr. 2013, Société Sovab, n° 11-27689, *Bull. civ.* V, n° 36, *RJS* 2013, comm. n° 255, *JCP S* 2013, 1398, note J. B. Cottin et A. Martinon.

apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'un âge par rapport à d'autres personnes. Souvent, les données statistiques vont être un outil efficace pour prouver qu'une mesure est défavorable à une classe d'âge¹¹⁸. A titre d'illustration, on peut s'intéresser à un arrêt rendu par la Cour de cassation le 30 avril 2009¹¹⁹. En l'espèce, un salarié licencié soutenait que le plafonnement d'une indemnité conventionnelle de licenciement, à partir de douze ans d'ancienneté, constituait une discrimination indirecte en raison de l'âge. Selon lui, il existe un rapport entre l'âge et l'ancienneté qui fait que les salariés les plus anciens sont souvent les moins jeunes. La Cour de cassation rejette son argumentation au motif qu'il ne résultait pas des constatations de la Cour d'appel que ce plafonnement avait pour effet de désavantager les salariés en fonction de leur âge. La haute juridiction invite donc à distinguer entre le critère de l'ancienneté et l'âge. L'employeur peut, dans le cadre de son pouvoir d'individualisation, tenir compte de l'ancienneté¹²⁰. La solution aurait pu être différente si le salarié avait démontré qu'en application de la convention collective d'entreprise, les plus anciens étaient aussi en proportion les plus âgés et subissaient de ce fait un désavantage¹²¹.

Cette approche est partagée par la CJUE. Dans l'arrêt *Cadman* du 3 octobre 2006, elle a ainsi considéré que l'ancienneté pouvait être un critère d'ajustement des rémunérations : « constitue un but légitime de politique salariale le fait de récompenser notamment, l'expérience acquise qui met le travailleur en mesure de mieux s'acquitter de ses prestations »¹²². Dans le même ordre d'idée, la Cour de cassation s'est prononcée le 19 octobre 1990 sur une éventuelle discrimination indirecte dans l'établissement d'un ordre des licenciements¹²³. En l'occurrence, l'ordre des licenciements a été appliqué à l'intérieur de catégories professionnelles distinctes constituées, d'un côté, par les directeurs artistiques « seniors », de l'autre, par des directeurs « juniors ». Ne faut-il pas y voir une discrimination fondée sur l'âge puisque le terme senior s'applique à un âge

¹¹⁸ Michéa (F.), « Le traitement judiciaire du critère discriminatoire de l'Age », *Dr. soc.* 2010, p. 1060.

¹¹⁹ Cass. soc., 30 avr. 2009, FDSEA de la Marne, n° 07-43.945, *Bull. civ.* V, n° 118.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ Bailly (P.), Lhernould (J.-Ph.), « Discrimination en raison de l'âge : sources européennes et mise en œuvre du droit interne », *Dr. soc.* 2012, p. 223.

¹²² CJUE, 3 oct. 2006, *Cadman*, aff. C-17/05, *RDT* 2006, p. 395 ; *RJS* 2007, note H. Tissandier.

¹²³ Cass. soc., 19 oct. 2010, Société Lintas, n° 08-45.254, inédit.

élevé ? ¹²⁴ Le grief de discrimination invoquée par une directrice âgée de 40 ans est toutefois écarté car l'employeur a précisé que le rattachement du salarié à l'une ou l'autre des catégories dépendait seulement de la mise en œuvre d'un critère lié à l'expérience professionnelle. La discrimination aurait pu être constituée si la salariée avait produit des éléments établissant qu'en fait la catégorie des seniors comprenait un grand nombre de salariés âgés ou si elle avait démontré que les éléments déterminant l'intégration des salariés dans la catégorie des « seniors » étaient susceptibles de désavantager les salariés les plus âgés¹²⁵.

105.- Discrimination indirecte liée à l'activité syndicale. Un nombre très restreint des décisions d'appel envisage la discrimination syndicale dans son acception indirecte. Toutefois, un arrêt rendu par la Cour d'appel de Rouen¹²⁶ sort du lot et reconnaît – sans la nommer expressément- l'existence d'une discrimination indirecte. L'espèce visait les modalités de détermination de la partie variable de la rémunération du salarié et les modalités de calcul de la compensation de la perte subie sur cette partie variable de la rémunération consécutivement à l'exercice de ses fonctions de représentant du personnel.

b.- Le harcèlement discriminatoire

106.- Evolution. La loi n° 2008-496 du 27 mai 2008¹²⁷ a, d'une part, défini la notion de discrimination, jusqu'alors uniquement définie légalement en droit français à l'article L. 225-1 du Code pénal modifié par la loi du 6 août 2012¹²⁸ et d'autre part, créé le

¹²⁴ Bailly (P.), Lhernould (J.-Ph.), *loc. cit.*

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ CA Rouen, 10 avr. 2007, RG n° 06/04080.

¹²⁷ L. n° 2008-496 du 27 mai 2008 *portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations*, JO, 28 mai 2008, p. 8801 ; V. Lanquetin (M.T.), « Discriminations : la loi d'adaptation au droit communautaire du 27 mai 2008 », *Dr. soc.* n° 7-8 juillet-août 2008, p. 778.

¹²⁸ L. n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel, JO, 7 août 2012, p. 12921. Selon l'article L. 225-1 du Code pénal : « Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation ou identité sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-

harcèlement discriminatoire. Jusqu'en 2008, les dispositions du Code du travail ne considéraient pas le harcèlement comme une discrimination. De son côté, la Commission européenne « estimait que les directives 2000/42, 2000/78 et 2002/73 imposent de considérer le harcèlement dans tous les cas comme une discrimination et qu'un acte même non répété est constitutif d'un harcèlement, dès lors que les conditions prévues par les directives sont réunies¹²⁹ ». On peut donner l'exemple de la lettre de l'article 2.3 de la directive 2000/78/CE qui est claire : « le harcèlement est considéré comme une forme de discrimination...lorsqu'un comportement indésirable lié à l'un des motifs visé par l'article 1^{er} se manifeste ».

107.- La position de la France s'expliquait d'abord par le fait que le harcèlement peut exister sans lien avec un motif discriminatoire. Ainsi, un salarié qui affiche son homosexualité peut être victime d'insultes et de menaces dans son emploi sans que pour autant son orientation sexuelle soit à l'origine de ses comportements répréhensibles. Inversement, le harcèlement moral peut aussi s'expliquer par l'homosexualité du salarié¹³⁰. On peut évidemment opérer, pour le harcèlement sexuel, un constat identique. L'hostilité la France à toute assimilation du harcèlement à la discrimination était particulièrement vive en matière de harcèlement sexuel. Pour le législateur français, la discrimination s'explique d'abord par l'appartenance à un groupe ou une catégorie (les hommes ou les femmes). Or le harcèlement n'est pas seulement fonction du sexe de la victime, il dépend également de l'aspect physique et éventuellement des qualités intellectuelles.

A la différence du droit français, l'union européenne a toujours considéré que le harcèlement sexuel constitue une discrimination car le sexe de la personne est le facteur déterminant du harcèlement. Devant la menace d'une condamnation pour mauvaise transposition des directives communautaires, la France a décidé de modifier sa législation en édictant un nouveau texte qui reprend les exigences communautaires. La loi du 27 mai 2008 prévoit à l'article premier, alinéa 3 que la discrimination inclut « tout

appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée ».

¹²⁹ Cour de cassation, *Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation, Rapport annuel 2008*, Paris : La Documentation française, 2009, Cf. 1.1.1.5.1.1.2. « Les notions assimilées à la discrimination ».

¹³⁰ CA Bordeaux, 11 juin 2009, RG n° 08/6832.

agissement lié à l'un des motifs mentionnés au premier alinéa et tout agissement à connotation sexuelle, subis par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement hostile, dégradant, humiliant ou offensant ».

Ce texte, qui concerne à la fois le harcèlement moral et le harcèlement sexuel, assimile le harcèlement à une discrimination lorsqu'il se trouve fondé par l'un des motifs prohibés par la directive (race, religion, sexe, orientation sexuelle, etc.). On notera que la loi se contente ici d'un agissement unique et pas nécessairement répété. Mais le harcèlement peut toujours exister en l'absence de toute discrimination.

108.- Par ailleurs, depuis la loi du 6 août 2012¹³¹ qui a réformé la notion de harcèlement sexuel suite à la décision du Conseil constitutionnel en date du 4 mai 2012¹³², deux autres hypothèses de harcèlement sexuel doivent être envisagées. En premier lieu, le harcèlement sexuel est constitué par le fait d'imposer à une personne des propos ou des comportements à connotation sexuelle répétés qui, soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante¹³³. Peuvent ainsi tomber sous le coup de la loi des propos, gestes, envois ou remises de courriers ou d'objets ou autres attitudes ayant une connotation sexuelle. Pour caractériser cette situation, on parle de « harcèlement d'ambiance ou d'environnement hostile » car le climat devient malsain ou déplaisant. En second lieu, le harcèlement sexuel se traduit par le fait, même non répété, d'user de toute forme de pression grave dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers (article L. 1153-1, 2° du Code du travail). Le harcèlement sexuel suppose donc ici une pression grave qui peut revêtir la forme d'un acte unique. La victime doit par exemple consentir à un acte de nature sexuelle pour obtenir un emploi ou éviter son licenciement.

109.- Harcèlement discriminatoire. On reviendra dans la suite de nos développements sur les questions de frontières entre le harcèlement et la discrimination en analysant

¹³¹ L. n° 2012-954 du 6 août 2012 *relative au harcèlement sexuel*, JO n° 182, 7 août 2012, p. 12921.

¹³² Cons. Const., Décision n° 2012-240 QPC du 4 mai 2012, JO, 5 mai 2012, p. 8015 [Définition du délit de harcèlement sexuel].

¹³³ Art. L. 1151-1, 1°, *C. trav.*

diverses décisions des juges du fond. On notera simplement que le concept de « harcèlement discriminatoire » est sans doute insuffisamment mobilisé par les Cours d'appels. Ainsi, en matière d'activités syndicales, il existe quelques décisions très éparpillées qui, sans utiliser le terme de harcèlement discriminatoire, mentionnent des faits et des circonstances correspondant à la définition donnée par l'article 1^{er} de la loi de 2008¹³⁴. Ce constat est encore particulièrement vrai en matière d'état de santé : aucune décision ne se base sur le harcèlement discriminatoire. Il est cité une fois par un arrêt de la cour d'appel d'Aix en Provence du 7 janvier 2010 mais dans le cadre d'une énumération de textes dont celui du harcèlement moral *stricto sensu*¹³⁵.

Plusieurs éléments peuvent être avancés pour expliquer la faible mobilisation du concept de harcèlement discriminatoire. Tout d'abord, les praticiens, en particulier les avocats n'osent pas utiliser la notion car elle est trop récente et peu maîtrisée. Par ailleurs, il semble qu'il y ait déjà une grande confusion chez certains juges du fond qui n'arrivent pas à distinguer précisément la discrimination du harcèlement moral *stricto sensu*, au sens de l'article L. 1152-1 du Code du travail, comme l'illustre notamment l'arrêt précité de la Cour d'appel d'Aix en Provence du 7 janvier 2010¹³⁶.

Ensuite, si les praticiens ne connaissent pas cette notion, c'est sans doute en raison de son absence de codification dans le code du travail. Cette explication permet de comprendre l'arrêt de la cour d'appel de Lyon du 30 septembre 2009 lorsqu'il énonce à propos d'une lettre de sensibilisation¹³⁷ que « *cet agissement est isolé, et ne peut à lui seul laisser présumer un harcèlement moral* ».

B.- Les frontières

110.- Complexe en tant que concept, la discrimination ne l'est pas moins lorsqu'il s'agit d'en saisir les contours et donc de tracer les frontières de ce concept, le but étant de la distinguer d'autres concepts. De l'analyse de la jurisprudence et des textes, il ressort

¹³⁴ CA Douai, 30 mai 2008, RG n° 0700463 ; CA Douai, 30 nov. 2006, RG n° 0403258 ; CA Metz, 20 oct. 2009, RG n° 0700829 ; CA Colmar, 22 sept. 2009, RG n° 0806090.

¹³⁵ CA Aix-en-Provence, 7 janv. 2010, RG n° 08/03695.

¹³⁶ CA Aix-en-Provence, 7 janv. 2010, RG n° 08/03695.

¹³⁷ CA Lyon, 30 sept. 2009, RG n° 08/02988.

plusieurs frontières internes. La première vise l'orientation sexuelle, le harcèlement sexuel et le harcèlement moral, tandis que la seconde concerne l'état de santé et le harcèlement. Enfin, peut être mise en évidence une distanciation des notions en matière de discrimination sexuelle.

1.- Orientation sexuelle, harcèlement sexuel et harcèlement moral

111.- Sexualité sur le lieu de travail. Le lieu de travail est un endroit où la sexualité est présente, notamment au travers des conversations touchant la vie privée. C'est aussi un lieu où circulent les émotions, les idées et les opinions. Dans ce contexte, l'orientation sexuelle d'un salarié peut être le prétexte à des commentaires, des insultes, des hostilités ou encore des humiliations. Cet environnement hostile est susceptible de tomber sous le coup de la loi réprimant le harcèlement. Dans une recommandation du 27 novembre 1991¹³⁸, la Commission européenne a ainsi condamné tout comportement à connotation sexuelle dès lors qu'il est intempestif, abusif ou blessant ainsi que tout comportement qui crée un climat d'intimidation, d'hostilité ou d'humiliation à l'encontre de la personne qui en fait l'objet. Mais où commence le harcèlement ? S'agit-il simplement d'une forme particulière de discrimination ? La lecture des arrêts de Cours d'appel montrent que le salarié invoque souvent à la fois la discrimination et le harcèlement. Pourtant, en droit français, ces deux notions ne se confondent pas nécessairement. Pour mieux comprendre les frontières, il convient de raisonner d'abord sur le harcèlement sexuel puis sur le harcèlement moral.

a.- Orientation sexuelle et harcèlement sexuel

112.- Harcèlement et relations homosexuelles. La plupart des décisions rendues en matière de harcèlement sexuel sont relatives à des comportements qui se déroulent dans le cadre de relations hétérosexuelles. Mais bien évidemment, si un hétérosexuel harcèle

¹³⁸ Recommandation de la Commission, du 27 novembre 1991, *sur la protection de la dignité des femmes et des hommes au travail*, JOCE n° L. 049, 24 févr. 1992, p. 1.

un salarié en raison de son homosexualité réelle ou supposée, on se trouve en présence d'un harcèlement discriminatoire. Le harcèlement sexuel est aussi susceptible d'être retenu pour des comportements qui se manifestent dans le cadre de relations homosexuelles. Pour illustrer ces différentes situations, on peut s'appuyer sur quelques décisions des juges du fond. Dans un arrêt en date du 6 janvier 2001, la Cour d'appel de Colmar a ainsi estimé qu'un opérateur sur presse s'est rendu coupable de harcèlement sexuel sur la personne d'un jeune intérimaire au cours de sa mission dans l'entreprise, ce qui justifie son licenciement pour faute grave.

Pour caractériser le harcèlement, la Cour d'appel s'est appuyée sur une lettre adressée par l'intérimaire à l'employeur et qui décrit les propos à caractère sexuel de l'opérateur, son attitude provocante pendant le temps de travail ainsi que les propositions et avances qu'il lui faisait par téléphone. Par ailleurs, au cours de l'instruction, l'opérateur a admis sa proximité physique avec l'intérimaire mais en raison de l'exiguïté du poste. Il a aussi reconnu avoir demandé à l'intérimaire de venir avec lui dans un sauna naturiste en Allemagne et lui avoir téléphoné à plusieurs reprises, notamment pour lui proposer de venir boire un verre à son domicile. Enfin plusieurs salariées de l'entreprise ont reçu les confidences de l'intérimaire, et notamment son embarras et ses craintes au moment de dénoncer les faits. Il a notamment exposé que l'opérateur lui a fait des avances, lui a montré des photos de jeunes hommes dénudés et a procédé à des attouchements.

L'ensemble de ces éléments a conduit la Cour d'appel de Colmar à valider le licenciement pour faute grave. Dans le cadre de son pourvoi, l'employeur fait valoir que la Cour d'appel s'est fondée sur des attestations relatant des faits auxquels leurs auteurs n'avaient pu assister. Mais la Cour de cassation considère que le moyen n'est pas fondé car il « ne tend qu'à mettre en discussion devant la Cour de cassation l'appréciation par les juges du fond des éléments de fait et de preuve qui leur étaient soumis »¹³⁹. Cette affaire montre que le harcèlement sexuel peut être reconnu entre deux personnes de même sexe. En revanche, on peut ne pas être convaincu sur les éléments de preuve avancés pour caractériser le harcèlement sexuel.

¹³⁹ Cass. soc., 25 sept. 2012, Société Striebel et John France, n° 11-12962, inédit.

113.- Détermination des frontières. Un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris en date du 8 octobre 1993 montre qu'il est parfois difficile de tracer la frontière entre la discrimination en raison de l'orientation sexuelle et le harcèlement sexuel¹⁴⁰. En l'espèce, au cours d'une surveillance de nuit, un salarié a demandé avec insistance à un collègue de lui pratiquer une fellation. Par ailleurs, en fin de service dans les vestiaires, ce même salarié a demandé à un autre collègue qu'il lui montre ses poils pubiens pour voir s'ils étaient du même blond que ses cheveux. L'employeur décide alors de licencier l'auteur des propos pour le motif suivant : « comportement contraire aux bonnes mœurs pendant vos heures de travail vis-à-vis de vos collègues de travail ». Devant la Cour d'appel de Paris, le salarié précise qu'il ressort de l'audition de deux témoins que les conversations des personnels de nuit au cours de leur service portent fréquemment sur la sexualité des uns et des autres et qu'il se fait fréquemment des propositions homosexuelles ou hétérosexuelles. Et même si certains personnels sont choqués, l'employeur, qui a connaissance des faits, n'a jamais réagi. La sanction qui lui a été infligée s'explique en réalité par son orientation sexuelle. Le salarié ajoute qu'il n'a exercé aucune contrainte sur ces deux collègues et qu'en conséquence, le harcèlement sexuel n'est pas caractérisé. L'ensemble de l'argumentation est rejeté par la Cour d'appel au motif que « la sanction infligée n'est pas fondée sur le harcèlement sexuel mais sur un comportement contraire aux bonnes mœurs qui doit s'entendre comme contraire à la pudeur ».

De plus, « *la société ne réserve pas les sanctions disciplinaires aux seules personnes ayant un comportement homosexuel ni qu'elle tolère et reste indifférente aux actes contraires aux bonnes mœurs dont elle a connaissance* ». Par ailleurs, il n'apparaît pas que le licenciement du salarié « *soit motivé par son homosexualité mais seulement parce qu'il a fait des propositions contraires aux bonnes mœurs durant le temps et sur les lieux du travail à des collègues qui affirment en avoir été choqués, propositions étrangères à l'activité professionnelle et de nature à perturber la bonne exécution du travail* ». Plusieurs enseignements peuvent être tirés de cette décision. En premier lieu, elle conduit à s'interroger sur la notion de harcèlement sexuel.

¹⁴⁰ CA Paris, 8 oct. 1993, Sté Euro Disney, RG n° 93/34/34.331, *JurisData* n° 023467, *JCP E*, 17 fév. 1994, *Act.* 219.

Comme nous l'avons vu précédemment, depuis la loi du 6 août 2012, il existe plusieurs définitions légales du harcèlement sexuel. De façon classique, celui-ci peut tout d'abord être constitué en présence de pression grave dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle¹⁴¹. Mais il faut dans ce cas caractériser clairement l'intention du harceleur d'obtenir des faveurs de nature sexuelle¹⁴². Par conséquent, des gestes déplacés, des propos inconvenants, ayant pourtant une connotation sexuelle, échapperont à la qualification de harcèlement sexuel dès lors que l'intention de l'auteur n'est pas d'obtenir des faveurs de nature sexuelle¹⁴³. On notera aussi que la loi du 6 août 2012 condamne le harcèlement d'ambiance qui se traduit par le fait d'imposer à une personnes des propos ou des comportements à connotation sexuelle répétés qui, soit porte atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante (article L. 1153-1, 1° du Code du travail). C'est dans cette seconde perspective que se situe la décision en évoquant « des propositions contraires aux bonnes mœurs durant le temps et sur les lieux du travail à des collègues qui affirment en avoir été choqués ».

Il n'en reste pas moins vrai que l'arrêt soulève deux interrogations majeures. Où commence le harcèlement d'ambiance ? Et l'employeur fait-il preuve de la même sévérité pour tous les auteurs des mêmes faits ? Certes, la Cour de cassation pose en principe que l'employeur peut, « dans l'exercice de son pouvoir d'individualisation des mesures disciplinaires et dans l'intérêt de l'entreprise » sanctionner différemment des salariés qui ont participé à une même faute mais sous réserve de l'absence de discrimination¹⁴⁴. Or, dans cette affaire, le salarié invoque l'existence d'une discrimination en raison de son homosexualité. Par ailleurs, s'agissant de la faute disciplinaire, on sait que les mêmes faits seront appréciés plus ou moins sévèrement selon le niveau socioculturel des salariés et l'ambiance dans l'entreprise. La tolérance de l'employeur est aussi un élément qui atténue la responsabilité du salarié.

¹⁴¹ Art. L. 1153-1, 2°, *C. trav.*

¹⁴² Leborgne-Ingelaere (C.), « Harcèlement et stress au travail », *J.-Cl. Travail Traité*, Fasc. 20-50, 2012, n° 65.

¹⁴³ Cass. soc., 28 nov. 1989, *Bull. civ.*, V, n° 684.

¹⁴⁴ Cass. soc., 15 mai 1991, *Dr. soc.* 1991, p. 619, Rapp. Ph. Waquet, concl. P. Franck.

La Cour d'appel de Paris s'est penchée de nouveau sur la question du harcèlement sexuel dans un arrêt en date du 13 novembre 2008¹⁴⁵. En l'espèce, un salarié engagé dans le cadre d'un contrat à durée déterminée, a été licencié pour faute grave. Pour justifier la rupture du contrat de travail, l'employeur s'appuie notamment sur une attestation rédigée par un collègue de travail. Celle-ci indique que, dans le cadre d'une réunion de région, le salarié a tenté de l'embrasser de force, puis a été très persévérant pour le faire monter dans sa chambre avant d'essayer de le caresser. La Cour d'appel de Paris rejette clairement l'idée d'un harcèlement sexuel en s'appuyant sur divers éléments. En premier lieu, la prétendue victime dit s'être clairement opposée et avoir souffert intérieurement. Pourtant, les deux salariés ont continué à entretenir de bons rapports pendant plusieurs mois. De nombreux mails montrent une relation amicale ou affectueuse. Par ailleurs, plusieurs témoins parlent d'un « petit bisou » au cours d'un « chahut » qui a eu lieu dans le cadre d'une soirée amicale entre collègues de travail, où visiblement l'alcool faisait partie des invités. La Cour d'appel en déduit qu'il y a doute sur l'existence « d'attouchements sexuels » et qu'en conséquence le licenciement n'est pas justifié. L'analyse des juges du fond doit être approuvée car la caractéristique essentielle du harcèlement sexuel est d'être un comportement non souhaité par son destinataire et dans l'affaire commentée, la prétendue victime a un comportement particulièrement ambigu. La Cour d'appel souligne aussi à juste titre que les faits ne se sont pas déroulés à un moment de travail.

Faut-il aller plus loin et considérer que cette soirée se rattache à la vie personnelle ? Une telle qualification n'est pas neutre car les faits commis dans le cadre de la vie personnelle ne peuvent en principe être invoqués à l'appui d'un licenciement. Les contacts entretenus par un salarié avec ses collègues de travail peuvent être rattachés soit à la vie professionnelle soit à la vie personnelle. Ainsi, lorsqu'un salarié organise une soirée festive à son domicile avec des collègues de travail (qui peuvent être aussi des amis), il s'agit par principe d'un événement qui relève de la vie personnelle.

¹⁴⁵ CA Paris, 21^e ch., 13 nov. 2008, RG n° 07/00294.

En revanche, si lors de cette soirée, le salarié se comporte comme un supérieur hiérarchique, il fait entrer la vie professionnelle dans la sphère privée. Il en va ainsi par exemple dans l'hypothèse où il fait pression en tant que supérieur hiérarchique pour obtenir des faveurs de nature sexuelle. Comme l'a affirmée la Cour de cassation le 11 janvier 2012, « *le fait pour un salarié d'abuser de son pouvoir hiérarchique dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle constitue un harcèlement sexuel même si les agissements ont lieu en dehors du temps et du lieu de travail* »¹⁴⁶.

b.- Orientation sexuelle et harcèlement moral

114.- Notion de harcèlement moral. Pour comprendre les développements qui vont suivre, il convient de rappeler que le harcèlement moral peut prendre deux formes. Transposant les directives communautaires, la loi du 27 mai 2008¹⁴⁷, qui n'a pas été intégrée dans le Code du travail, réprime le harcèlement discriminatoire, c'est-à-dire tout agissement qui trouve sa cause dans l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une race, une religion, les convictions, l'âge, le handicap, l'orientation sexuelle ou le sexe de la victime et qui a pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement hostile, dégradant, humiliant, offensant ou intimidant¹⁴⁸. On notera que la loi se contente ici d'un agissement unique et pas nécessairement répété. Mais il y a aussi des pratiques harcelantes qui ne reposent pas sur l'un des motifs illicites précités et dans ce cas, on ne peut pas parler de harcèlement discriminatoire. C'est deuxième forme de harcèlement moral est réprimé par l'article L. 1152-1 du Code du travail. Le texte affirme : « *aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou morale ou de compromettre son avenir professionnel* ». On notera que le harcèlement suppose dans ce deuxième cas que les agissements coupables soient répétés.

¹⁴⁶ Cass. soc., 11 janv. 2012, *RJS* 2012, comm. n° 218.

¹⁴⁷ L. n° 2008-496 du 27 mai 2008 *portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations*, *JO* n° 123, 28 mai 2008, p. 8801.

¹⁴⁸ Art. 3, al. 1^{er}, L. n° 2008-496 du 27 mai 2008.

115.- Dégradation des conditions de travail. L'orientation sexuelle d'un salarié peut évidemment être à l'origine d'une dégradation de ses conditions de travail. Les homosexuels peuvent être victimes de blagues ou de railleries de la part de dirigeants ou de collègues, mais aussi de d'insultes, de menaces, de chantages à l'emploi, d'attouchements ou encore d'agressions physiques. L'atmosphère de travail est rendu pesante par des réflexions, des questions incessantes ou des rumeurs sur l'orientation sexuelle de tel collègue. Ces comportements vont entraîner un mal de vivre, un stress et parfois une dépression¹⁴⁹. A titre d'illustration, on peut s'appuyer sur un arrêt rendu par la Cour d'appel de Bordeaux le 11 juin 2009¹⁵⁰. En l'espèce, un salarié employé comme chef de rang dans un établissement d'hôtellerie et de restauration a été licencié en raison de son inaptitude physique et de l'impossibilité de procéder à son reclassement. Le salarié décide alors de saisir le conseil de prud'hommes pour obtenir des dommages-intérêts pour harcèlement moral. Pour démontrer celui-ci, le demandeur produit des attestations qui affirment qu'il recevait régulièrement des injures ou des critiques mettant en cause son orientation sexuelle. Par ailleurs, outre divers incidents avec des collègues en raison de son orientation sexuelle, son courrier personnel a été ouvert avant de lui être remis. Enfin, le salarié a écrit à l'employeur pour obtenir son soutien mais ce dernier s'est contenté de lire aux membres du personnel les passages essentiels de cette lettre. La Cour d'appel considère que l'employeur n'apporte aucune justification sérieuse permettant de remettre en cause les faits répétés de manque de respect envers la personne du salarié en raison de son orientation sexuelle. « Pour la plupart d'entre eux, ces faits ne trouvent aucune explication fondée sur les contraintes nécessaires, dans un établissement d'hôtellerie et restauration, au travail en équipe des salariés placés sous les ordres d'un chef d'entreprise exerçant normalement son pouvoir de direction et d'organisation du travail ».

¹⁴⁹ V. sur l'ensemble de la question, Borillo (D.), *Homosexualité et discriminations en droit privé*, Paris : La documentation française, 2007, p. 72 et suiv., Fonteneau (B.), Lamberts (M.), Debonne (S.), *Situations au travail des personnes homosexuelles exerçant une fonction manuelle, technique ou ouvrière, Etude réalisée pour le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme*, 2010, p. 23 et suiv.

¹⁵⁰ CA Bordeaux, 11 juin 2009, RG n° 08/6832.

Contrairement aux exigences de la loi, la société n'a mis en œuvre aucune disposition pour prévenir les agissements de harcèlement moral portés à sa connaissance. Atteint dans sa dignité et dans sa santé physique et mentale, au point de faire l'objet d'une inaptitude médicale à son poste après 8 ans et 6 mois d'ancienneté, la Cour d'appel condamne la société à verser à son salarié 10.000 € à titre de dommages-intérêts pour harcèlement moral. A juste titre, l'arrêt met en relief que l'employeur est responsable des conditions d'exécution du travail et qu'il lui appartient de réagir, au besoin en utilisant son pouvoir disciplinaire, lorsque certains salariés ont un comportement homophobe.

116.- Souffrance au travail. Même en l'absence de harcèlement moral stricto sensu, lorsqu'un salarié fait l'objet de railleries régulières de la part de ses collègues de travail, l'employeur doit intervenir pour mettre un terme à cette situation qui peut déboucher sur une véritable souffrance au travail. Certes, par le passé, la jurisprudence n'a pas toujours compris qu'une remise en cause systématique de l'orientation sexuelle, même sous la forme de plaisanteries répétées, pouvait nuire à la santé physique et mentale d'un salarié. Ainsi, dans une affaire où un employeur avait licencié une salariée au motif qu'elle tenait à ses collègues des propos ayant trait à l'homosexualité de l'un de ses subordonnés, la Cour d'appel, après avoir considéré que la faute grave n'était pas constituée, a condamné l'employeur pour licenciement sans cause réelle et sérieuse¹⁵¹. Dans le cadre de son pourvoi, l'employeur fait valoir que « *comme une faute grave le salarié qui tient à des collègues de travail et à l'intérieur de l'entreprise des propos qui, parce qu'ils ont trait à l'homosexualité d'un de ses subordonnés, portent atteinte à l'intimité de la vie privée de celui-ci* ». L'argumentation est rejetée par la Cour de cassation au motif que « *les propos tenus par la salariée s'inscrivaient dans un milieu professionnel où la familiarité et la plaisanterie facile étaient coutumières et qu'il n'était pas établi que l'autorité de la salariée sur ses subordonnés en avait été affectée* »¹⁵².

Mais il ne faut pas oublier que « la plaisanterie facile » peut déboucher sur une véritable souffrance au travail. Fort heureusement, le juge est aujourd'hui plus sensible aux « dégâts » que peuvent engendrer certains comportements au travail sur la santé

¹⁵¹ CA Paris, 21^e ch., 16 mai 1991.

¹⁵² Cass. soc., 8 oct. 1992, Société Serco, n° 91-43.526, inédit.

physique et mentale d'une personne. Ainsi, dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Versailles le 10 janvier 2012¹⁵³, les juges relèvent que le salarié produit plusieurs courriers électroniques émanant de collègues de travail mais aussi de son supérieur hiérarchique qui démontrent qu'à plusieurs reprises le salarié s'est vu affublé d'un surnom à consonance féminine, et que les propos qui lui ont été adressés dépassaient le ton de « l'amicale plaisanterie » par leur caractère homophobe. La Cour d'appel relève également que le salarié n'a jamais participé à ces « plaisanteries » mais a au contraire exprimé sa désapprobation et sa lassitude face à cette situation. Selon les juges du fond, ces comportements injurieux entretenus y compris par la hiérarchie ne constituent pas des discriminations mais sont des manquements à l'obligation de sécurité qui impose à l'employeur de veiller à la sécurité des travailleurs.

2.- Etat de santé et harcèlement

117.- Les relations entre les notions de harcèlement et de discrimination apparaissent obscures, d'autant plus lorsqu'elles portent sur l'état de santé ou le handicap. Effectivement, l'étude des arrêts d'appel fait émerger une variation des articulations entre discrimination et harcèlement moral. A l'inverse, peut se poser le problème de la qualification de discrimination en raison de l'état de santé ou du handicap écartée au profit de la qualification de harcèlement moral.

a.- De la variation des articulations entre discrimination et harcèlement moral

118.- Un double fondement juridique : discrimination fondée sur le handicap et le harcèlement moral. Dans un arrêt du 24 juin 2008¹⁵⁴, la Cour d'appel de Versailles a caractérisé l'existence d'une discrimination fondée sur le handicap car l'employeur n'est pas parvenu à renverser la présomption de discrimination établie par le salarié : en 26 ans de carrière, le salarié n'a eu qu'un seul entretien d'évaluation et son employeur l'a

¹⁵³ CA Versailles, 10 janv. 2012, RG n° 10/04996.

¹⁵⁴ CA Versailles, 24 juin 2008, RG n° 07/03619.

incité à quitter l'entreprise dans un cadre transactionnel. De plus, la cour d'appel retient que « ***l'attitude discriminatoire adoptée par l'employeur [...] non justifiée par des éléments objectifs, est également constitutive de harcèlement*** ». Elle précise en effet que « ***l'employeur par ses actions répétitives, multiples ayant perduré de nombreuses années, l'ayant conduit à isoler, marginaliser, dévaloriser le salarié, à exercer des pressions pour inciter ce dernier à solliciter sa mise en invalidité et ainsi à quitter l'entreprise, s'est rendu coupable de harcèlement*** ». En conséquence, la cour d'appel infirme le jugement rendu par le conseil de prud'hommes. Elle attribue rétroactivement au salarié, à effet du 1^{er} mars 1999, la classification de niveau V, échelon 1, coefficient 305 de la convention collective de la métallurgie mais renvoie les parties à faire leurs comptes sur la base de cette nouvelle classification. La cour d'appel fixe également à 75.000 euros le montant des dommages et intérêts **réparant la discrimination et le harcèlement moral** dont le salarié a été victime.

119.- La condamnation successive pour harcèlement moral et discrimination. La cour d'appel d'Agen, par un arrêt du 10 février 2009¹⁵⁵ condamne successivement un employeur pour harcèlement moral et discrimination.

La salariée, née en 1967, a été embauchée le 13 décembre 2004 en qualité de secrétaire la Confédération de l'artisanat et par contrat à durée indéterminée et à temps partiel de 20 heures par semaine, porté le 1^{er} mars 2005 à 27 heures. Elle a été mise en arrêt maladie du 17 août 2005 au 5 septembre 2005 puis à compter du 4 février 2006. Elle a reçu une lettre recommandée en date du 10 mai 2006 par laquelle elle a été convoquée à un entretien préalable et le 26 mai 2006 lui a été notifié sa lettre de licenciement dont il ressort que les motifs de la rupture du contrat de travail sont « *absence entraînant de graves perturbations dans le fonctionnement du secrétariat (une seule personne pour assurer le travail de deux) et paralysant le service formation dont vous vous occupez. Cette absence nous impose votre remplacement définitif (nous vous rappelons que ce poste nécessite une formation particulière que seule vous avez)* ».

¹⁵⁵ CA Agen, 10 févr. 2009, RG n° 08/00018.

La salariée conteste son licenciement devant le conseil des prud'hommes d'Agen qui le déclarait abusif et dénué de cause réelle et sérieuse. L'employeur est condamné à payer à la salariée les sommes de 227,29 euros brut à titre de solde d'indemnité compensatrice de congés payés, de 994,50 euros à titre d'indemnité compensatrice de préavis, de 99,45 euros au titre de congés payés y afférents, de 150 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile mais le conseil de prud'hommes se déclare en partage de voix sur la demande de dommages et intérêts pour licenciement discriminatoire et sans cause réelle et sérieuse. Il semble donc que, sur le principe, le licenciement est abusif et dénué de cause réelle et sérieuse ce qui signifie pour les juges de première instance qu'il est, en l'espèce, un licenciement discriminatoire et sans cause réelle et sérieuse.

La sanction d'un licenciement discriminatoire, pour ce CPH, est donc l'absence de cause réelle et sérieuse conformément à une jurisprudence ancienne de la cour de cassation¹⁵⁶. On peut signaler que, depuis 2012, la cour de cassation a opté pour la sanction de la nullité du licenciement lié à l'état de santé du salarié¹⁵⁷. L'employeur fait appel de ce jugement car il considère que la salariée n'a pas été licenciée en raison de sa maladie mais uniquement, ainsi que le précise la lettre de licenciement, en raison des perturbations qu'elles engendrent pour l'entreprise. L'intimée Ounissa Morant demande la confirmation du jugement déféré et sollicite que la cour utilise son pouvoir d'évocation afin de condamner son employeur à lui payer la somme de 12.000 euros à titre de dommages et intérêts pour licenciement discriminatoire et sans cause réelle et sérieuse. La cour d'appel énonce que selon les termes de l'article L. 132-1 (*sic*) (anciennement L. 122-45 de ce code), aucun salarié ne peut être licencié en raison de son état de santé, sauf inaptitude constatée par le médecin du travail. Elle vérifie que les conditions pour un tel licenciement avec cause réelle et sérieuse sont réunies. Elle énonce que le licenciement « *est bien fondé sur les conséquences que l'absence de la salariée engendre dans l'entreprise et non pas sur le seul état de santé de cette dernière, la seule mention par l'employeur sur l'attestation Assedic d'un licenciement "pour longue maladie" ne permettant pas de retenir un licenciement reposant sur la seule*

¹⁵⁶ Cass. soc., 26 nov. 2012, n° 00-44517, *Bull. civ.*, V, n° 353.

¹⁵⁷ Cass. soc., 11 juill. 2012, n° 10-15905, *Bull. civ.*, V, n° 218 ; Cass. soc., 29 mai 2013, n° 11-28734, Publié.

maladie de la salariée » mais l'employeur n'apporte pas « la preuve du caractère effectif et définitif » de son remplacement. La cour d'appel en conclut « qu'il s'ensuit que le licenciement dont » la salariée « a fait l'objet ne peut être considéré que comme étant dépourvu de cause réelle et sérieuse ». On remarquera qu'hormis le visa à l'article L. 132-1 du Code du travail, vraisemblablement L. 1132-1, à aucun moment les juges du fond ne précisent que ce licenciement est discriminatoire.

On relèvera que **le harcèlement moral a été établi notamment par la production d'un devoir scolaire effectué par le fils de l'intimée** « *alors élève en 3^e relatant spontanément dans le cadre d'une narration de français dans laquelle il s'agissait pour ce dernier, de raconter un souvenir d'enfance mettant en scène un adulte de son entourage que le comportement de l'employeur a indéniablement eu un impact négatif sur la santé de Ounissa Morant en raison notamment de sarcasmes répétés proférés à son encontre sur lieu de son travail, le narrateur précisant notamment " ma mère allait travailler après m'avoir déposé à l'école...Lorsqu'elle arrivait à son travail, elle ne pouvait cesser d'être angoissée car son patron lui faisait vivre un enfer. Quelques mois plus tard, ma mère tomba dans une grave dépression. Mon père et moi essayâmes de faire sortir ma mère du cercle de la maladie. Ma mère se mit en arrêt maladie parce que son patron faisait de la discrimination raciale en l'appelant Oussama Benladen. Peu après elle fut licenciée. Son docteur lui prescrit une tonne de médicaments" ».*

Pour la cour « **de tels faits** », elle n'a évoqué que le devoir scolaire à ce stade des motifs (p.5) **caractérisent, suffisamment de la part de l'employeur un harcèlement moral ayant contribué à l'apparition d'une affection ayant justifié les arrêts maladie invoqués au soutien du licenciement ce qui permet de retenir que l'inexécution du préavis était bien imputable à l'employeur** lequel se contente d'indiquer que lors de l'embauche et sans aucune malice les collègues de la salariée ont eu quelques difficultés à assimiler la prononciation exacte de son prénom qu'ils ont parfois égratigné et qu'une seule fois en janvier 2005, le secrétaire général de l'association qui une fois de plus s'était trompé, a fait un jeu de mot stupide associant maladroitement Monsieur Ben Laden au patronyme qu'il avait égratigné une nouvelle fois, ce dont il

s'est excusé immédiatement et à la suite de quoi, il s'est appliqué à ne jamais recommencer. Que dans ces conditions, il convient de faire droit à la demande d'indemnité compensatrice de préavis et de congés payés y afférent ».

La cour a donc bien statué sur le licenciement qu'elle considère, sans le dire, discriminatoire mais que « *s'agissant de la demande de dommages et intérêts pour licenciement discriminatoire et sans CRS, le CPH a sursis à statuer* » en raison d'un « *partage de voix, la cour d'appel n'est pas saisie* ».

120.- « Une discrimination qui, à force, prend la tournure du harcèlement moral ».

L'arrêt de la cour d'appel d'Orléans du 10 juillet 2007¹⁵⁸ concerne quatre salariés qui, suite à leur licenciement, ont fait un recours devant le conseil de prud'hommes où étaient mêlés à la fois du harcèlement moral et de la discrimination liée aux absences durant l'exécution du contrat de travail. C'est l'employeur qui fait le recours devant la cour d'appel. Ils accusent leur employeur notamment « *de discrimination en matière d'indemnisation des absences pour maladie* ». La subrogation ayant été refusée à un des intimés, Madame Treboscen, alors que deux autres salariés en ont bénéficié. En ce qui concerne cette intimée, les juges du fond relèvent que « *les arrêts maladie de 2002 à 2005 démontrent une inégalité quant à la subrogation accordée ou non, et même s'il s'agit d'une faculté pour l'employeur, l'inégalité affichée entre salariés* »...« *aux mêmes époques, s'analyse comme une discrimination qui, à force, prend la tournure du harcèlement moral* ». La cour a relevé d'autres faits « *que la directrice a qualifié ses arrêts maladie comme arrêts de complaisance, ce qui s'avère blessant et humiliant, ou son attitude de "manque de conscience professionnelle" devant l'ensemble du personnel, le 19 mai 2005, car elle désirait prendre ses vacances en juillet. A cela s'ajoute l'interdiction de déjeuner avec certaines collègues, qui reste inadmissible, quelle qu'en soit la cause* ». Cette salariée obtient en définitive, n'ayant pas en été concernée par le travail "illégitime" du nettoyage des sols imposés à d'autres intimés, 5.000 euros pour harcèlement moral. **Si la discrimination n'est pas, en définitive, retenue pour la condamnation, elle semble l'être sans ambiguïté pour l'appréciation des faits et la qualification de harcèlement moral.**

¹⁵⁸ CA Orléans, 10 juill. 2007, RG n° 06/02955.

121.- « Le harcèlement » est «, de par la loi, inclus dans la discrimination ». L'arrêt de la cour d'appel d'Aix en Provence¹⁵⁹ a retenu notre attention et nous avons décidé de l'inclure dans les cas atypiques. En effet, certes, en l'espèce, il y a condamnation pour discrimination néanmoins la cour d'appel énonce que « *le harcèlement* » est « *de par la loi inclus dans la discrimination* ».

Il convient d'explicitier cette espèce. La salariée avait été embauchée par une SA sous contrat à durée déterminée à compter du 20 février 1978 en qualité de visiteur médical exclusif, le contrat ayant été transformé en contrat à durée indéterminée à compter du 20 janvier 1979. Elle a été absente de l'entreprise entre septembre 1993 et novembre 1996 pour avoir subi deux interventions chirurgicales en raison d'une hernie discale. Le 9 septembre 1996, lui a été attribuée définitivement une pension d'invalidité réduisant d'au moins 66,66 % sa capacité de travail ou de gain. Le 4 octobre 1996, le médecin du travail rend un avis d'aptitude à la reprise : apte dans le cadre d'un temps partiel comportant un nombre d'heures hebdomadaires compatibles avec la mise en invalidité catégorie 1 et une activité limitée sur Marseille. S'en sont suivis d'autres avis dont celui du 10 janvier 1997 : apte, peut assister aux réunions professionnelles organisées hors Marseille, de façon exceptionnelle et en utilisant de préférence le transport ferroviaire en cas de longs déplacements. En définitive, elle a été licenciée pour motif économique le 3 mai 2005. Elle saisissait le conseil des prud'hommes le 21 septembre 2005 afin de faire condamner son employeur notamment pour harcèlement moral, licenciement sans cause réelle et sérieuse, non respect de l'ordre des licenciements qui l'a déboutée de l'ensemble de ses demandes le 7 février 2008. Elle a fait appel et a renouvelé l'ensemble de ses demandes.

La Cour, dans ses motifs, lorsqu'elle aborde la discrimination, au préalable à tout autre développement, crée un II intitulé « Sur la discrimination et le harcèlement moral ». Il semble qu'elle décide de globaliser les deux mécanismes de protection du salarié. En effet, elle dispose :

« II - Sur la discrimination et le harcèlement moral :

Aux termes de l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions

¹⁵⁹ CA Aix-en-Provence, 9^e ch., RG n° 08/03695.

d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, 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 sexuelle ou son sexe, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable et la discrimination inclut tout agissement lié à l'un des motifs mentionnés ci-dessus subis par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement hostile, dégradant, humiliant ou offensant » (al. 1^{er}).

« En outre, selon l'article L. 122-49 du Code du travail, devenu l'article L. 1152-1, aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel et, selon l'article L. 122-49 alinéa 2 du même code, devenu L. 1152-2, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation, de renouvellement de contrat pour avoir subi ou refusé de subir, les agissements définis à l'alinéa précédent ou pour avoir témoigné de tels agissements ou les avoir relatés » (al. 2).

« Enfin, selon les articles L. 122-45 alinéa 4 et L. 122-52 du Code du travail, devenus respectivement L. 1134-1 et L. 1154-1, en cas de litige lié à une méconnaissance des dispositions relatives à la discrimination et au harcèlement, il appartient au salarié de présenter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte ou d'un harcèlement et, au vu de ces éléments, il incombe à l'employeur de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination et à tout harcèlement » (al. 3).

*« **Le harcèlement étant, de par la loi, inclus dans la discrimination, les prétentions de » la salariée « qui se dit avoir été victime de l'une et de l'autre, seront réunies** » (al. 4).*

Si à la lecture du premier paragraphe, on s'attendait à ce que les juges du fond utilisent la notion de harcèlement discriminatoire¹⁶⁰, dès lors qu'ensuite, il cite le texte sur le harcèlement moral, cette première notion ne va pas du tout être envisagée. Par ailleurs, les juges du fond citent les règles probatoires en particulier, celles permettant d'obtenir une présomption simple soit de discrimination soit de harcèlement moral qui sont effectivement en droit identiques. Et finalement, on comprend où ils veulent en venir à l'alinéa 4 : pour eux **le harcèlement, sous-entendu moral étant donné les textes précités, est inclus dans la discrimination et ils décident de réunir les deux types de prétentions dans la suite de leur motivation**. Certes nous avons comptabilisé cette décision au titre des discriminations retenues mais il est indéniable qu'il y a un problème de motivation révélant une erreur de droit, qui aurait pu, à notre sens, faire l'objet d'une cassation par la cour de cassation.

La cour relève qu' *« il est établi que la salariée n'a pas subi de déclassement hiérarchique et qu'elle a accepté compte tenu de ses problèmes de santé, ses nouvelles*

¹⁶⁰ Cf. *supra*.

*conditions de travail s'exerçant exclusivement en milieu hospitalier et à hauteur de 13h par semaine. Concernant sa pathologie dépressive sévère, seul le certificat médical d'un médecin psychiatre en date du 24 10 2006 révèle qu'elle était suivie pour un état dépressif majeur dont le 1° épisode remonte à l'automne 1993 et qu'elle avait été revue par ce médecin en juin 2005 en état de récurrence, donc postérieurement à son licenciement ; toutefois, il n'est versé au dossier aucun document, notamment d'ordre médical, qui puisse permettre de relier, ne serait-ce que de manière ténue, son état dépressif de l'année 1993 -contemporain des lourdes interventions chirurgicales qu'elle a dû subir- à ses conditions de travail de l'époque. **Concernant les autres faits dénoncés par la salariée, l'employeur rapporte la preuve que la majeure partie de ses décisions ont été justifiées par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement.***

Ainsi, bien que destinataire d'une multitude-assez exceptionnelle-de LRAR dont 65 sont communiquées par la salariée, adressées à tout niveau hiérarchique, il ne pouvait pas répondre à chacune séparément et il était légitime qu'il rappelle parfois à la salariée, ce qu'il a fait toujours avec courtoisie, qu'elle devait respecter un circuit de transmission allant de la base au sommet de la hiérarchie, son supérieur direct devant être principalement destinataire de ses courriers de réclamation ;

Contrairement à ce qu'elle prétend, aucune des lettres qu'elle produit au débat, ne prend en dérision son état de santé, sauf à considérer que toute allusion, toute sollicitude, tout encouragement ou soulagement manifestés, expriment une moquerie, une suspicion voire un mépris à son égard.

*Il est cependant incontestable que la salariée a fait l'objet à partir de 1996 d'un **traitement discriminatoire**, qu'elle a d'ailleurs dénoncé dans de nombreux courriers adressés à la direction notamment les 9 déc. 2000 et 19 avril 2002, **et qui n'est pas toujours objectivement justifié par la nature du poste spécifique** que la société lui a créé sur mesure compte tenu des avis du médecin du travail.*

En effet, si l'on peut admettre, en raison de sa zone d'activité géographiquement restreinte, voire de l'obligation de sécurité de résultat qui pèse sur l'employeur, que celui-ci n'a pas voulu mettre un véhicule automobile à la disposition de l'intéressés, les explications qu'il donne pour avoir refusé de la doter comme les autres déléguées

*médicales d'un téléphone mobile et d'un ordinateur, ce dernier lui ayant pourtant été promis par lettre du 26 août 1999, ne sont pas convaincantes : certes la salariée avait moins de relations professionnelles à gérer que ses collègues mais elle avait néanmoins besoin d'un téléphone pour mener à bien ses missions de représentation ; ...l'ordinateur est un outil de travail indispensable pour toutes les déléguées médicales ne serait-ce que pour la rédaction et la transmission de leurs rapports d'activité ; or, cette privation inutile des moyens de communication modernes, ajoutée à son incontestable mise à l'écart de la formation ordinairement dispensée à ses collègues de travail, comme cela est établi mais non réellement justifiée par les courriers de son supérieur en date des 4 décembre 1996, 2 avril 1997, 12 mars 1998 et 18 août 1998, ont abouti à une marginalisation au sein de la société voire à une forme d'exclusion de la vie sociale de l'entreprise qui s'est manifestée de manière éclatante et certainement douloureuse pour l'intéressée lorsque le reportage réalisé en mars 2002 par « Grand large » le journal de la société, sur les déléguées médicales exerçant à Marseille a occulté totalement son activité et ne l'a même pas comprise dans les effectifs marseillais de la société. La salariée a donc bien fait l'objet d'une **discrimination en raison de son handicap et de son activité atypique au sein de l'entreprise** ».*

On relèvera que cette discrimination s'est manifestée durant l'exécution du contrat et non lors de sa rupture ultérieure. Par ailleurs, si l'on suit l'argumentation juridique précitée des juges du fond, on s'étonne qu'ils n'aient en définitive caractérisés que la discrimination et non pas le harcèlement moral alors que, selon eux, « *le harcèlement est inclus dans la discrimination* » (!) La cour d'appel a finalement condamné l'employeur à 3.000 euros pour discrimination à partir de l'année 1996. Parallèlement, ce dernier est également condamné à 30.000 euros de dommages et intérêts pour licenciement (économique) sans cause réelle et sérieuse en raison de l'absence de recherche de reclassement. Cette somme s'explique en raison de la grande ancienneté de la salariée, soit 27 ans et 2 mois, et de son âge, 56 ans, la cour précisant d'ailleurs qu'« *elle ne produit aucun document permettant d'apprécier sa situation socio-professionnelle depuis son licenciement mais compte tenu de son âge et de son statut*

d'handicapée, il lui sera désormais difficile de retrouver un emploi », ce qui laisse supputer que le montant aurait pu être supérieur à cette somme.

Cet arrêt de la cour d'appel d'Aix en Provence met en lumière la difficulté pour certains juges du fond de distinguer la discrimination du harcèlement moral. L'introduction du harcèlement discriminatoire dans notre droit positif ayant obscurci la compréhension de la distinction.

b.- Qualification de discrimination en raison de l'état de santé ou du handicap écartée au profit de la qualification de harcèlement moral

122.- Par un arrêt du 17 mai 2011¹⁶¹, la cour d'appel de Rennes écarte la qualification de discrimination en raison de l'état de santé au profit de la qualification de harcèlement moral. Le 11 octobre 1988, un salarié a été embauché d'abord en qualité de fraiseur, puis en septembre 1992 en qualité d'érodeur. Ce dernier a saisi le 22 avril 2008 le conseil des prud'hommes de Saint-Brieuc d'une demande de résiliation judiciaire de son contrat aux torts de l'employeur en invoquant l'attitude discriminatoire et blessante de l'employeur depuis qu'il a connu des problèmes de santé en 2004. La société employeur a été placée en redressement judiciaire le 26 janvier 2009. Le 11 juin 2009, le conseil des prud'hommes a débouté le salarié de ses demandes. Le salarié a interjeté appel de ce jugement aux termes d'un courrier recommandé du 10 juillet 2009. Le 29 juillet 2009, le tribunal de commerce de Saint-Brieuc a autorisé la cession des actifs à la société repreneuse et autorisé le licenciement des personnes non reprises dont le salarié. Après un entretien préalable le 12 août 2009, il a été licencié pour motif économique le 20 août 2009 par le mandataire judiciaire.

Devant la cour d'appel, l'appelant, c'est-à-dire le salarié, a demandé à ce que la cour d'appel réforme le jugement en toutes ses dispositions, en se fondant sur les articles L. 1132-1 et suivants, L. 1152-1 et suivants ainsi que L. 1233-4 et suivants du Code du

¹⁶¹ CA Rennes, 17 mai 2011, RG n° 09/050057.

travail. Sur la qualification juridique de la résiliation judiciaire, le salarié a sollicité à titre principal sur le fondement de l'article L. 1132-1 du Code du travail, à ce que la cour d'appel retienne que celle-ci produise les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse en raison de l'attitude discriminatoire de l'employeur. En réparation, il a demandé à ce que la cour condamne l'employeur à indemniser le licenciement illicite (indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, indemnité de préavis, prime d'ancienneté, prime d'intéressement, indemnité au titre de l'article 700 du Code de procédure civile, et condamnation de l'employeur aux entiers dépens). A titre subsidiaire, le salarié a demandé sur le fondement de l'article L. 1152-1 du Code du travail à ce que la cour d'appel retienne que la résiliation judiciaire produise les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse en raison du harcèlement qu'il a subi et qui l'a plongé dans une profonde dépression. L'intimé, c'est-à-dire le liquidateur de la société employeur, a demandé à la cour d'appel de confirmer le jugement en ce qu'il a débouté le salarié de ses demandes.

Avant de statuer sur la nature juridique de la rupture, la cour d'appel relève plusieurs éléments relatifs aux problèmes de santé du salarié et à leurs incidences sur l'entente entre le salarié et l'employeur. La décision des juges du fond nous informe que le salarié a été reconnu travailleur handicapé en juillet 1999 et que le médecin du travail l'a déclaré apte à la reprise de son travail avec un aménagement des horaires sur cinq jours et une pause déjeuner d'une heure trente. En 2004, le salarié a reçu un traitement après avoir déclaré une pathologie anxio-dépressive. Le 3 février 2005, il a été mis en arrêt maladie car une nouvelle pathologie lui a été diagnostiquée. Pendant son arrêt maladie, son employeur lui a adressé un courrier recommandé dans lequel était précisé que « *la désorganisation subie dans le service [ne pouvait] perdurer* ». Ce dernier le priait de lui faire parvenir un écrit de son médecin traitant lui indiquant « *[s'il devait] espérer où non une reprise au terme de l'arrêt de travail en cours, et si non, sous quel délai une consolidation pourrait intervenir* ». La visite médicale de reprise du 18 avril 2005 conclue à l'aptitude du salarié avec maintien de ses horaires de travail. Le 20 avril 2005 l'employeur présente à la signature du salarié un avenant à son contrat de travail en vue que celui-ci accepte un poste de fraisage ou tout autre poste correspondant à ses

compétences. Le salarié n'a pas accepté ce déclassement. Le 21 avril 2005, soit le lendemain, le salarié a été placé en arrêt maladie pour syndrome anxio-dépressif réactionnel et ce, jusqu'à son licenciement pour motif économique le 20 août 2009.

Le salarié expose devant la cour d'appel les éléments de fait, qui selon lui, permettent d'établir une présomption de discrimination. L'attitude discriminatoire et blessante de son employeur serait liée à son état de santé. Il avance que son employeur l'aurait convoqué le 8 juillet 2004 pour le menacer de diminuer ses salaires et grade. Considérant que les faits rapportés par le salarié permettaient de présumer l'existence d'une discrimination dans le cadre de l'évolution de carrière, la Halde avait proposé une médiation, sans pour autant procéder à l'audition de l'employeur. En revanche, la cour d'appel considère que le salarié ne rapporte pas des éléments de faits susceptibles de caractériser une atteinte au principe d'égalité de traitement, il n'a pas établi avoir subi un ralentissement de carrière ou un sort différent des autres salariés en raison de son état de santé. Ainsi, en ne retenant pas la discrimination, la cour d'appel ne considère pas que la résiliation judiciaire produise les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse sur ce fondement.

Après avoir refusé de faire droit à la demande principale du salarié, la cour d'appel examine sa demande subsidiaire selon laquelle la résiliation judiciaire résulterait du harcèlement dont il a été victime. Appréciant souverainement les faits, les juges du fond relèvent que la pression énorme de l'employeur à l'encontre du salarié n'a cessé d'augmenter depuis 2004. Les menaces régulièrement de licenciement ou de modification du contrat de travail sont, pour les juges, inexplicables et inexplicables. Les juges du fond indiquent par ailleurs que la demande, en cours d'arrêt maladie, d'un certificat du médecin traitant, ne peut être justifiée par un souci d'organiser la production car il était établi que l'entreprise avait trouvé une organisation permettant de poursuivre l'activité du salarié à compter du 3 février 2005. La résiliation s'analyse ainsi en un licenciement sans cause réelle et sérieuse car l'employeur a eu, selon les juges, un comportement humiliant ou blessant à l'égard du salarié et a usé de son pouvoir dans des conditions caractérisant un harcèlement moral. Après avoir relevé que la rupture du

contrat du salarié a privé le salarié d'une ancienneté de près de 21 ans et de son salaire mensuel, la cour d'appel retient que sera fixée au passif de la liquidation de la société, la somme de 38.000 euros à titre de dommages et intérêts pour harcèlement moral.

S'il est nécessaire de distinguer la notion de discrimination de la notion de harcèlement moral, nous pouvons souligner qu'en l'espèce, l'issue du procès n'aurait pas été la même si le salarié n'avait pas en appel demandé à ce que la résiliation judiciaire soit, à titre subsidiaire, prononcée aux torts de son employeur sur le fondement du harcèlement moral. En effet, si le salarié avait fondé sa demande de résiliation judiciaire sur le seul fondement de la discrimination en raison de l'état de santé –comme tel fut le cas devant le conseil des prud'hommes- alors la rupture du contrat de travail aurait été analysée comme une démission et il n'aurait eu droit à aucune indemnité. Dès lors, on comprend davantage pourquoi tant les salariés que les employeurs sont tentés de multiplier les demandes dans l'espoir que le juge accède à l'une d'entre elles.

3.- Distanciation des notions en matière de discrimination sexuelle

123.- Egalité entre les hommes et les femmes et principe de non discrimination. Depuis la directive du 27 novembre 2000, le droit interne français n'a cessé d'évoluer. Notamment, en matière d'égalité hommes-femmes, les dispositions se sont multipliées. Initialement, le droit communautaire a construit le principe de non-discrimination à partir de l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes sur le fondement de l'article 119 du traité CEE. Selon la CJCE, ce principe d'égalité de rémunération est l'expression particulière du principe de non-discrimination. En effet, dans un arrêt du 16 septembre 1999¹⁶², il est avancé que « *conformément à la jurisprudence de la Cour, ce principe d'égalité des rémunérations, tout comme le principe général de non-discrimination dont il est une expression particulière, présuppose que les travailleurs masculins et les travailleurs féminins qui en bénéficient se trouvent dans des situations comparables* ».

¹⁶² CJCE, 16 sept. 1999, Abdoulaye, aff. C-218/98, *Rec. CJCE*, p. I-5723.

Actuellement, dans le Code du travail français, nombreuses sont les dispositions qui peuvent être mises en concurrence. D'ailleurs, les arrêts de Cours d'appel ne se privent d'utiliser conjointement, aléatoirement et, parfois un peu maladroitement l'ensemble du *corpus* juridique envisageant le principe plus général d'égalité entre hommes et femmes. En effet, l'invitation, faite par les instances internationales, de protéger par tout moyen le principe d'égalité hommes-femmes dans les rapports de travail conduit bien souvent le juge du fond, lorsqu'il constate effectivement une entrave à ce principe, à proposer un dispositif tous azimuts de reconnaissance d'une discrimination fondée sur le sexe. Pourtant, il ne fait aucun doute à l'heure actuelle que le droit français souhaite proposer une distinction entre le principe d'égalité de traitement hommes-femmes, le principe à « travail égal, salaire égal » et le principe de non-discrimination.

Ainsi, le Code du travail dispose dans son article L. 1132-1 qu' « aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation ou identité sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille, de son lieu de résidence ou en raison de son état de santé ou de son handicap ». De cette manière, la discrimination sexuelle dispose d'un fondement textuel, lequel doit logiquement être envisagé lorsqu'une discrimination de ce type cherche à être démontrée.

124. – Egalité de rémunération entre les hommes et les femmes. D'un autre point de vue, le principe d'égalité hommes-femmes s'envisage restrictivement sous l'angle du principe à travail égal, salaire égal. Ainsi, l'égalité de rémunération entre hommes et femmes, qui est particulièrement envisagé dans le contentieux lié à la discrimination sexuelle, est abordé à l'article L. 3221-2 du Code du travail qui dispose que « *tout employeur assure, pour un même travail ou pour un travail de valeur égale, l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes* ». Ce principe d'égalité hommes-femmes est apprécié de façon beaucoup plus étendue par l'article L. 1142-1 du Code du travail qui dispose que « *sous réserve des dispositions particulières du présent code, nul ne peut : 1° Mentionner ou faire mentionner dans une offre d'emploi le sexe ou la situation de famille du candidat recherché. Cette interdiction est applicable pour toute forme de publicité relative à une embauche et quels que soient les caractères du contrat de travail envisagé ; 2° Refuser d'embaucher une personne, prononcer une mutation, résilier ou refuser de renouveler le contrat de travail d'un salarié en considération du sexe, de la situation de famille ou de la grossesse sur la base de critères de choix différents selon le sexe, la situation de famille ou la grossesse ; 3° Prendre en considération du sexe ou de la grossesse toute mesure, notamment en matière de rémunération, de formation, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle ou de mutation* ».

Suivant les dispositions européennes sur la question, l'article L. 1142-2 alinéa 1 précise que « *lorsque l'appartenance à l'un ou l'autre sexe répond à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée, les interdictions prévues à l'article L. 1142-1 ne sont pas applicables* ». Proche des attentes de l'article L. 1132-1 du Code du travail, ce texte aborde de façon très spécifique le principe d'égalité de traitement hommes-femmes à cette différence près que les dispositions des articles L. 1142-1 et suivants du Code du travail n'envisagent pas la nullité des mesures prises à l'encontre du salarié. Ainsi, peut-on envisager l'aspect répressif du principe d'égalité entre hommes et femmes posé par les articles L. 1142-1 et suivants du Code du travail et l'aspect curatif à ce même principe par le biais des articles L. 1132-1 et suivants du même Code.

A ce titre, une décision de la Cour d'appel de Montpellier¹⁶³, rendue en matière de licenciement discriminatoire démontre parfaitement le cadre restrictif dans lequel l'aspect curatif du principe d'égalité de traitement trouve à s'appliquer. En l'espèce, un salarié, serveur dans un restaurant, décide de porter des boucles d'oreilles pendant l'exécution de sa prestation de travail. Il est licencié en raison du fait qu'il refuse de les retirer pendant le service. Contestant son licenciement, il invoque une discrimination fondée sur sexe et sur son apparence physique. Débouté par le conseil de Prud'hommes de Perpignan, il interjette appel devant la Cour d'appel de Montpellier. Cette dernière, au visa des articles 1132-1, 1134-1 et 1132-4 du Code du travail estime que « le licenciement du salarié fondé sur un motif discriminatoire doit être déclaré nul et de nul effet ». Elle relève, en effet, que les termes de la lettre de licenciement qui indique que le statut du salarié, au service de la clientèle au quotidien, ne permettait pas de tolérer le port de boucles d'oreilles sur l'homme qu'il est. Se fondant sur cette phrase contenue dans la lettre de rupture, la Cour d'appel note « une référence au sexe du salarié laissant supposer l'existence d'une discrimination directe par rapport aux autres membres du personnel de sexe féminin et laissant entendre qu'il ne serait pas un homme en portant des boucles d'oreilles ». L'employeur ne donne aucun « élément objectif justifiant que le licenciement est étranger à toute discrimination en raison du sexe et de l'apparence du salarié ». Pour cette raison, la Cour reconnaît l'existence d'une discrimination fondée sur le sexe du salarié et n'hésite pas à prononcer la nullité du licenciement.

L'utilisation systématique des dispositions de l'article L. 1132-1 du Code du travail dès lors qu'une rupture est envisagée est confortée par d'autres décisions¹⁶⁴ au détriment de l'interdiction existant à l'article L. 1142-1 du même Code de procéder à une distinction entre hommes et femmes. Toutefois, on constate que les décisions antérieures à la loi du 27 mai 2008¹⁶⁵, qui a largement modifié les structures du Code du travail en matière d'égalité de traitement en procédant un nouveau cloisonnement, offre une vision

¹⁶³ CA Montpellier, 27 oct. 2010, RG n° 10/01174.

¹⁶⁴ V. en ce sens CA Metz, 13 déc. 2010, RG n° 08/00701 ; CA Rennes, 15 mars 2011, RG n° 09/05255.

¹⁶⁵ L. n° 2008-496 du 27 mai 2008 *portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations*, JO n° 123, 28 mai 2008, p. 8801.

nettement plus déstructurée des dispositifs issus du principe d'égalité hommes-femmes. Ainsi, un arrêt du 26 octobre 2007 de la Cour d'appel de Douai¹⁶⁶ opère, sur le fondement des articles L. 140-2 (devenu L. 3221-2) et L. 122-45 (devenu L. 1132-1 et suivants), une conjonction, de notre point de vue, particulièrement hasardeuse entre le principe d'égalité de rémunération entre hommes et femmes et le principe de non-discrimination à raison du sexe pour aboutir à la reconnaissance d'un licenciement nul ou plus précisément, d'une prise d'acte requalifiée en licenciement nul. Soit le salarié prétend être victime d'une discrimination et, dans ce cas, il peut prétendre obtenir la nullité du licenciement. Soit il se fonde sur l'égalité de rémunération hommes-femmes et, dans ce cas de figure, il ne peut prétendre obtenir qu'une indemnité pour le préjudice qu'il a subi. L'utilisation des deux dispositifs rend plus flou la distinction entre discrimination et égalité de traitement, chose qui, semble-t-il, est aujourd'hui acquise et appréhendée comme tel par la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation.

125.- Des décisions peu orthodoxes. Par ailleurs, on observe encore, de la part de certaines Cours d'appel, et même si le nombre de ces décisions demeure particulièrement faible, un certain laxisme juridique concernant l'application des différents dispositifs encadrant l'égalité homme-femmes. Ainsi, dans un arrêt du 5 novembre 2009, la Cour d'appel de Rennes explique « *qu'il appartient au salarié qui se prétend lésé par une mesure discriminatoire de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de caractériser une atteinte au principe d'égalité de traitement* ». Or, qu'il s'agisse de l'article L. 1134-1 du Code du travail en matière de preuve de la discrimination ou de l'article L. 1144-1 du même Code en matière de preuve d'une inégalité de traitement homme-femmes, il est affirmé de toute part que le salarié est tenu de présenter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination, directe ou indirecte. Sur ce point, on notera d'ailleurs toute la contradiction des textes qui, alors qu'ils envisagent deux choses bien distinctes, se voient faire l'objet d'un inexplicable rapprochement dès lors que sont abordées les modalités de la preuve.

¹⁶⁶ CA Douai, 26 oct. 2007, RG n° 05/02867.

Qui peut le plus, peut le moins : les spécificités accordées aux articles L. 1142-1 et suivants ne modifient en rien l'application tout aussi valable des articles L. 1132-1 et suivants en matière de discrimination sexuelle. Dans la décision précitée, et puisque le juge statuait sur un éventuel cas de nullité du licenciement, il convient d'en déduire qu'il fait application des dispositions de l'article L. 1134-1. Toutefois, les termes employés par le juge rendent l'hypothèse très incertaine car l'utilisation du principe d'égalité de traitement pourrait tout aussi bien renvoyer à la règle fixant les modalités de preuve en matière d'égalité homme-femmes de l'article L. 1144-1.

Cette ambivalence n'est pas sans répercussions puisque le mauvais usage des textes par le juge peut permettre l'ouverture facilitée d'un pourvoi en cassation sur la base d'un défaut de base légale. En tout état de cause, il apparaît nécessaire d'user des textes en matières d'égalité homme-femmes avec beaucoup de prudence car, leur diversité, qui est incontestablement une source de protection des salariés, est aussi une source de confusion et, par voie de conséquence, une source de contentieux à porter devant le juge du droit.

Dans le même ordre d'idée, une décision de la Cour d'appel de Toulouse du 6 juillet 2011, indique, au visa de l'article L. 3221-2 du Code du travail que « l'employeur est tenu d'assurer pour un même travail ou un travail de valeur égale, l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes ; selon l'article L. 3221-4 du même code, sont considérés comme ayant une valeur égale les travaux qui exigent des salariés un ensemble comparable de connaissances professionnelles consacrées par un titre, un diplôme ou une pratique professionnelle, de capacités découlant de l'expérience acquise, de responsabilité et de charge physique ou nerveuse ». Partant, elle en déduit que « la salariée doit présenter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination, directe ou indirecte.

Au vu de ces éléments, l'employeur doit de son côté prouver que la situation ou que sa décision sont justifiées par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ». Une nouvelle fois, la Cour d'appel lie des dispositifs dont l'objet est sensiblement

différent. En effet, soit il s'agit d'une discrimination sexuelle, et l'article L. 1132-1 du Code du travail suffit à envisager l'hypothèse. Soit il s'agit d'une rupture du principe à travail égal, salaire égal et, dans ce cas, les articles L. 3221-2 et suivants du Code du travail sont applicables au litige. Ceci est d'autant plus vrai que, s'agissant de la preuve, l'article L. 3221-8 du Code du travail renvoie aux dispositions de l'article L. 1144-1 du Code du travail et non aux dispositions applicables en matière de discrimination à l'article L. 1134-1 du même Code.

Un tel choix a pour conséquence de proposer une conjonction qui n'est pas envisagée par les textes induisant une confusion dans les fondements juridiques et disjonction dans les conséquences juridiques. Une seconde décision rendue par la Cour d'appel de Douai¹⁶⁷ propose également, dans les visas de la décision de lier les articles L. 1132-1 du Code du travail concernant le principe de non-discrimination et L. 3221-2 du même Code consacrant le principe « à travail égal, salaire égal ». Dans la même veine, un arrêt de la Cour d'appel de Paris¹⁶⁸ propose d'étudier l'existence d'une discrimination salariale fondée sur le sexe en se référant uniquement au principe « à travail égal, salaire égal ». Un dernier exemple apporte la démonstration d'une certaine incertitude textuelle. Ainsi, dans un arrêt du 7 octobre 2010, la Cour d'appel de Paris, statuant initialement sur le discrimination salariale dont serait victime une salariée en raison de sexe, décide de reconnaître l'absence de discrimination aux visas des articles L. 1132-1, L. 1332-4, L. 1134-1, L. 3221-2 à L. 3221-4 et L. 1144-1. Si l'utilisation de l'article L. 114-1 peut s'expliquer par le renvoi effectué à cette disposition par l'article L. 3221-8, on comprend un peu moins le rapprochement des disposition des articles L. 1132-1 et suivants et L. 3221-2 et suivants du Code du travail d'autant plus que la demande de la requérante est effectuée au titre d'une violation de la règle à travail égal, salaire égal.

Ce flou artistique pouvait encore planer avec une certaine accréditation avant la loi de 2008. Ainsi, dans un arrêt du 11 septembre 2007 rendu par la Cour d'appel de Colmar, il est relevé d'office un moyen tiré du fait que la demande de la salariée est en réalité

¹⁶⁷ CA Douai, 28 oct. 2011, RG n° 10/02405.

¹⁶⁸ CA Paris, 20 déc. 2007, RG n° 05/00409. Dans le même sens, V. CA Paris 11 janv. 2007, RG n° 06/06771.

fondée sur le principe à travail égal, salaire égal, et non sur le principe de non-discrimination¹⁶⁹ marquant bien l'usage aléatoire des textes qui pouvait être opéré. En revanche, plus étrange est la décision du 21 juin 2011 de la Cour d'appel de Bordeaux, postérieure à l'entrée en vigueur de la loi de 2008, qui énonce qu' « *aux termes de l'article L. 3221-2 du Code du travail, tout employeur assure, pour un même travail ou pour un travail de valeur égale, l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes. En outre, en application de l'article L. 1134-1 du Code du travail, s'il appartient au salarié qui s'estime victime d'une discrimination ou d'une inégalité de traitement d'apporter les éléments susceptibles de caractériser une atteinte à celle-ci et il incombe à l'employeur d'établir que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* ». Une nouvelle fois, se fondant sur le principe d'égalité de rémunération entre hommes et femmes, la Cour s'appuie sur le mécanisme institué par l'article L. 1134-1 du Code du travail alors que l'article L. 3221-8 évoque expressément l'application de l'article L. 1144-1. En théorie, la chambre sociale de la Cour de Cassation ne confond pas l'égalité de rémunération entre hommes et femmes et le principe de non-discrimination fondé sur le sexe. Dans un arrêt du 5 juillet 2005, elle retient que la cour d'appel « *qui était saisie du seul point de savoir si le principe "à travail égal, salaire égal" avait été méconnu par l'employeur, n'avait pas à se prononcer sur une discrimination en raison de l'un des cas énumérés par l'article L. 122-45 (devenu L. 1132-1) du Code du travail*¹⁷⁰ ».

Cette confusion des différents textes ouvre une nouvelle fois la porte à un défaut de base légale de la décision rendue par la Cour d'appel. Le rapport annuel 2008 de la Cour de cassation confirme cette approche en indiquant qu' « *on voit ainsi que des porosités et des interactions existent entre les deux notions ; elles sont à la source de malentendus. Sur le plan technique, la confusion est en partie entretenue par un système de preuve souvent présenté comme commun. En vérité, il ne l'est pas ou du moins peut l'être en partie seulement* ». Toutefois, et pour tempérer le propos, il convient de noter que ce même rapport exprime d'idée que « *l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe est difficile à combattre parce que les comportements condamnables sont diffus.*

¹⁶⁹ CA Colmar, 11 sept. 2007, RG n° 06/00161.

¹⁷⁰ Cass. soc., 5 juill. 2005, n° 03-44.281, *Bull. civ.* V, n° 231.

L'inégalité des salaires, notamment, est persistante et on postule que cette inégalité est en partie imputable à une discrimination rampante. L'idée est alors la suivante : s'il n'y avait pas de discrimination, les salaires seraient égaux, il convient donc de poser cette égalité comme un résultat à atteindre, et de condamner l'employeur qui ne l'atteint pas, à moins qu'il ne justifie le décalage observé par des raisons objectives ». Ainsi appréhendé, on peut comprendre le relatif laxisme juridique du juge du fond à procéder à une confusion en matière d'égalité homme-femmes. Peut-être est-ce pour pallier à la faiblesse et à l'imprécision des textes que le juge du fond s'autorise ce genre d'excentricité lorsqu'il tente de qualifier juridiquement une rupture du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes. De plus, l'article L. 3221-8 du Code du travail, procédant à un renvoi spécifique aux dispositions de l'article L. 1144-1 du même Code, lequel apparaît comme un succédané de l'article L. 1134-1 uniquement applicable en matière d'égalité de traitement hommes-femmes, permet de relier le premier et le dernier de ces textes. Ainsi, il est possible d'admettre le raccourci pris par les Cours d'appel qui, traitant d'une question relative à l'application du principe à travail égal, salaire égal, aboutissent, en matière de preuve, sur le régime applicable aux discriminations sexuelles et posées à l'article L. 1134-1 du Code du travail.

Cependant, si l'on suit le découpage technique actuellement proposé dans le Code du travail, lequel permet, selon nous, une meilleure, ou du moins, une plus précise qualification juridique de l'égalité hommes-femmes, alors, il convient de souligner certaines viscosités des textes. L'étude des arrêts rendus par les Cours d'appel française nous permettent de mettre en relief les craintes qui ont pu être soulevées dans le rapport annuel 2008 de la Cour de cassation. Par exemple, et si l'on se cantonne à l'étude des décisions qui ont entrevu la possibilité d'un licenciement discriminatoire, alors, on observe que, bien qu'elle soit également envisagée par l'article le 2° de L. 1142-1 du Code du travail, la possibilité d'invoquer une résiliation du contrat de travail en raison d'une rupture du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes ne fait l'objet d'aucune décision recensée par nos soins.

La raison s'explique tout à fait simplement : alors que le dispositif figurant aux articles

L. 1132-1 et suivants du Code du travail envisage la nullité du licenciement et donc la possible réintégration ou indemnisation spéciale du salarié¹⁷¹, l'article L. 1142-1 n'entrevoit aucune sanction spécifique. En d'autres termes, l'article L. 1142-1 du Code du travail n'a pas vraiment lieu d'être au regard de la surenchère proposée par l'article L. 1132-1 s'agissant des sanctions applicables. De notre point de vue, il serait préférable, pour limiter une confusion déjà grande entre le principe à travail égal, salaire égal et le principe de non-discrimination de maintenir vif les dispositifs des articles L. 1132-1 et suivants et L. 3221-2 du Code du travail au détriment des dispositions envisagées aux articles L. 1142-1 et suivants. En effet, les articles L. 1132-1 et suivants et L. 3221-2 et suivants suffisent à envisager l'ensemble des cas relatifs à une inégalité de traitement entre hommes et femmes, qu'il s'agisse d'une effective discrimination sexuelle ou d'une inégalité salariale inhérente au sexe du salarié.

126.- Confusion terminologique et preuve. L'équilibre instable des dispositions des articles L. 1132-1 et suivants et 1142-1 et suivants du Code du travail se confirme, par ailleurs, lorsque l'on appréhende les mécanismes institués en matière de preuve. L'article L. 1134-1 du Code du travail dispose que « *lorsque survient un litige en raison d'une méconnaissance des dispositions du chapitre II, le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte* ».

De son côté, l'article L. 1144-1 dispose que « *lorsque survient un litige relatif à l'application des dispositions des articles L. 1142-1 et L. 1142-2, le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation ou le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination, directe ou indirecte* ». En somme, mis à part le caractère spécifique de la discrimination sexuelle envisagé par l'article L. 1144-1, type de discrimination d'ailleurs envisagé par les dispositions plus générales prévues aux articles L. 1132-1 et suivants, il convient, pour le salarié

¹⁷¹ Art. L. 1235-3 C. trav., « *Si le licenciement d'un salarié survient pour une cause qui n'est pas réelle et sérieuse, le juge peut proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise, avec maintien de ses avantages acquis. Si l'une ou l'autre des parties refuse, le juge octroie une indemnité au salarié. Cette indemnité, à la charge de l'employeur, ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois. Elle est due sans préjudice, le cas échéant, de l'indemnité de licenciement prévue à l'article L. 1234-9* ».

d'apporter des éléments laissant supposer l'existence d'une discrimination, soit, en définitive, d'invoquer, dans tous les cas de figure, l'existence d'une discrimination. Dès lors, s'il incombe, au salarié de démontrer l'existence d'une discrimination fondée sur le sexe, alors, il devient d'autant plus logique de s'emparer du mécanisme institué en matière de discrimination aux articles L. 1132-1 et suivants du Code du travail : les dispositions des articles L. 1142-1 et suivants font très nettement doublons.

Ce manque de différenciation du principe de non-discrimination fondée sur le sexe et du principe générale d'égalité de traitement entre hommes et femmes posé aux articles L. 1142-1 et suivants du Code travail se fait ressentir dans les décisions rendues par les Cours d'appels. Ainsi, un arrêt du 13 octobre 2009 par la Cour d'appel de Nîmes indique que l'article 119 du Traité de Rome interdit toute discrimination en matière de rémunération entre travailleurs masculins et travailleurs féminins. Ainsi, en application du principe de primauté du droit communautaire, tant les dispositions issues des accords collectifs de travail que l'article L. 3141-9 du Code du travail, ne peuvent faire obstacle à l'application du principe d'égalité de traitement entre les travailleurs masculins et féminins résultant des dispositions du traité précité et mis en œuvre par la directive 76/207/CEE du 9 février 1976¹⁷².

La juxtaposition des deux notions rend peu intelligible le prononcé de la décision qui, en définitive, semble pencher davantage sur l'examen d'une discrimination que sur l'étude d'une éventuelle rupture dans le principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes. Tout ceci laisse donc supposer une confusion toujours existante entre ces dispositifs distincts que la loi de 2008 n'a pas véritablement résolu d'où notre scepticisme quant à l'application des dispositions des articles L. 1142-1 et suivants du Code du travail.

Pour résumer l'étude des quelques décisions d'appel entrevues en matière d'égalité de traitement entre hommes et femmes, il convient de constater que pour une large partie des décisions rendues par les Cours d'appel françaises, la distinction notionnelle a

¹⁷² CA Nîmes, 13 oct. 2009, RG n° 08/03542.

nettement été intégrée par le juge d'appel depuis l'entrée en vigueur de la loi de 2008 puisque ce dernier s'applique fortement aujourd'hui, mis à part quelques décisions relativement à la marge, à bien distinguer la discrimination fondée sur le sexe du principe d'égalité de traitement hommes-femmes. Cette idée est confortée par le processus d'objectivation des méthodes de comparaisons utilisées devant les Cours d'appel.

PARAGRAPHE 3.- DES MOTIFS DE DISCRIMINATION EN EXPANSION

127.- Considérations générales. Le contentieux traité par les juridictions d'appel judiciaires en matière sociale n'ayant pas recours – ou si peu – aux fondements internationaux et européens du droit de la discrimination, les motifs de discrimination dont il est question dans les développements qui vont suivre sont ceux issus de l'article L. 1132-1 du Code du travail. Pour rappel, celui-ci vise les motifs subis par une personne « *en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation ou identité sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille, de son lieu de résidence ou en raison de son état de santé ou de son handicap.* » Dernièrement¹⁷³, a été introduit parmi les motifs de discrimination le lieu de résidence par la loi du 21 février 2014¹⁷⁴.

Toutefois, il convient de signaler l'existence des dispositions de la loi du 27 mai 2008¹⁷⁵ qui sont redondants avec ceux de l'article L. 1132-1 du Code du travail. Tout irait pour le mieux si des différences de rédaction entre ces deux blocs textuels n'avaient pas lieu. Par exemple, la loi du 27 mai 2008 vise à la fois la grossesse et la maternité comme

¹⁷³ Pour l'évolution des motifs, Lanquetin (M.-Th.), « Discrimination », n° 85 et suiv.

¹⁷⁴ Art. 15, L. n° 2014-173 du 21 févr. 2014 *de programmation pour la ville et la cohésion urbaine*, JO n° 45, 22 févr. 2014, p. 3138 ; Cf. Péru-Pirotte (L.), « Les discriminations à raison du lieu de résidence désormais interdites », *JCP S* n° 20, 20 mai 2014, 1195.

¹⁷⁵ L. n° 2008-496 du 27 mai 2008 *portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations*, JO n° 123, 28 mai 2008, p. 8801.

motifs de discrimination¹⁷⁶ tandis que l'article L. 1132-1 du Code du travail cite la situation de famille et la grossesse.

De manière générale, les contentieux des juridictions judiciaires portant sur les contours des motifs de discrimination sont extrêmement rares. A ce sujet, il semblerait que les débats notionnels soient plus souvent portés devant les juridictions européennes, notamment la CJUE¹⁷⁷, ce qui est logique puisque la totalité du droit de la discrimination actuelle repose sur des bases du droit de l'Union européenne. Cela étant, nous espérons un peu plus de hardiesse de la part des plaideurs et des juridictions sur ces questions car beaucoup restent sans réponse. Pourtant, ce sont souvent les silences qui sont les plus parlants. L'analyse des motifs de discrimination énoncés par l'article L. 1132-1 du Code du travail offre l'opportunité de systématiser un classement des différentes catégories de motifs de discrimination, ce que peu d'auteurs ont tenté de faire.

Deux catégories de motifs peuvent être mises en exergue. En premier lieu, certains motifs disposent d'une identité propre en ce sens qu'il matérialise effectivement un motif prohibé qui se suffit à lui-même. Par contre, d'autres motifs ne sont que ce qu'on peut qualifier de motifs « gigognes » en ce sens qu'ils expriment un ou plusieurs motifs ayant une identité propre. Enfin, des perspectives d'évolution peuvent être tracées.

A.- Des motifs avec une identité propre

128.- Certains des motifs de discrimination renvoient à une seule réalité, plus ou moins bien exprimée. Ce sont les motifs qui peuvent être qualifier d'unitaire. D'autres renvoient à des réalités multiples parce qu'ils explicitent ce qui, normalement, ne relève que d'un seul motif. Ce sont les motifs « démultipliés ».

¹⁷⁶ Art. 2, L. n° 2008-496 du 27 mai 2008.

¹⁷⁷ Par ex., sur la notion de handicap, CJCE, 11 juill. 2006. Sonia Chacón Navas c/ Euresst Colectividades SA, Aff. C-13/05, *Rec. CJCE* I-6467.

1.- Les motifs unitaires

129.- Ces motifs unitaires sont ceux de l'âge, les opinions politiques, le motif « syndical » de discrimination, les convictions religieuses et le lieu de résidence.

a.- L'âge

130.- Notion d'âge. L'appréhension de l'âge est particulièrement complexe¹⁷⁸. Que faut-il entendre par cette notion ? Selon le *Vocabulaire juridique*, l'âge se définit, pour une personne physique, comme le nombre d'années d'existence (réel ou par référence à la loi, minimum ou maximum) auquel sont attachées certaines conséquences juridiques¹⁷⁹. L'âge est aussi une notion relative : est jeune (ou vieux) celui qui est traité comme tel en droit¹⁸⁰.

131.- Age et ancienneté. L'âge ne doit pas être confondu avec l'ancienneté qui correspond à l'expérience dans l'entreprise mais ne constitue aucunement une prise en compte de l'âge¹⁸¹. En d'autres termes, « l'ancienneté se rapporte à la présence du salarié dans l'entreprise ou dans la branche et par là à son expérience professionnelle, quel que soit son âge »¹⁸². Aucune jurisprudence ne permet de circonscrire cette notion. On notera qu'une ancienneté ou une expérience différente peut justifier une différence de traitement¹⁸³.

b.- Les opinions politiques

¹⁷⁸ Manigot (V.), *Le traitement juridique de la discrimination en entreprise*, Paris : LexisNexis, Planete social, 2012, n° 311.

¹⁷⁹ Cornu (G.), *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris : PUF, 2014, p. 44.

¹⁸⁰ Dupeyroux (J.-J.), « L'âge en droit du travail », *Dr. soc.* 2003, p. 1033.

¹⁸¹ En ce sens, Lyon-Caen (G.), « Différence de traitement ou discrimination selon l'âge », *Dr. soc.* 2003, p. 1048.

¹⁸² Brissy (S.), « Discrimination : condition d'identification d'une discrimination indirecte en raison de l'âge », *JCP S* 2007, 1417.

¹⁸³ Cass. soc., 15 mai 1991, *RJS* 1991, n° 841.

132.- Notion. Le motif des opinions politiques demeure assez mystérieux et sa délimitation demeure ardue. Le Défenseur des droits rapporte ce motif à « *l'appartenance ou la non appartenance à une tendance politique* », ce qui est une déformation de la lettre de l'article L. 1132-1 du Code du travail. A notre sens, cette notion doit s'entendre largement. Opinion sur la manière d'organiser la vie en société, l'opinion politique vise également l'expression et la manifestation des idées politiques de la part du salarié. L'opinion politique est difficile à déceler et apparaît peu dans la jurisprudence¹⁸⁴. Cela étant, il a été jugé que la rupture du contrat de travail au cours de la période d'essai est considérée comme discriminatoire lorsqu'elle repose sur le fait que l'employeur a tenu compte de l'ancienne appartenance du salarié à un organe de presse proche des partis d'extrême droite¹⁸⁵.

c.- Le motif « syndical » de discrimination

133.- Notion de discrimination syndicale. Deux sortes de discrimination syndicale sont instituées par le Code du travail. Tandis que la première concerne les organisations syndicales, la seconde vise les salariés syndiqués ou titulaires de mandats représentatifs. La première de ces situations est régie par l'article L. 2141-7 du Code du travail : « *Il est interdit à l'employeur ou à ses représentants d'employer un moyen quelconque de pression en faveur ou à l'encontre d'une organisation syndicale* ». Nous n'étudierons ici que la seconde situation, seule concernée par l'objet de la présente rubrique.

Il est fait référence dans l'article L. 1132-1 du Code du travail à l'appartenance syndicale et, aux termes de l'article L. 2141-5 du même Code, aux notions d' « appartenance à un syndicat » et à « l'exercice d'une activité syndicale », alors que l'article 225-1 du Code pénal ne vise que la seule « activité syndicale¹⁸⁶ ».

Strictement entendues, ces notions renvoient au lien existant entre un travailleur et sa qualité de syndicaliste ou l'activité qu'il entreprend dans ce cadre. Par voie de conséquence, seuls devraient être protégés au titre de la discrimination syndicale les

¹⁸⁴ Brissy (S.), « Discriminations », *J.-Cl. Travail Traité*, Fasc. 17-11, 2014, n° 25.

¹⁸⁵ CA Paris, 11^e ch. correct., sect. A, 26 avr. 2000, RG n° 99/05186.

¹⁸⁶ Brissy (S.), « Discriminations », *J.-Cl. Travail Traité*, Fasc. 17-11, 2014, n° 14.

travailleurs désignés comme délégué syndical ou représentant de la section syndicale.

Largement entendues, ces notions renvoient également à la prise en compte des fonctions remplies par les travailleurs syndiqués et/ou titulaires d'un mandat électif au sein de l'entreprise (délégués du personnel, membres du comité d'entreprise ou du CHSCT)¹⁸⁷. Dans ce cas, force est de constater que les liens entre le travailleur et une structure ou une activité d'origine syndicale sont défailants, ce qui devraient entraîner l'absence de discrimination syndicale.

Dans la jurisprudence relevée, les juridictions sont indécises : « *Certains arrêts ont exclu la possibilité d'évoquer la discrimination syndicale pour des faits relatifs à un délégué du personnel qui n'est pas par ailleurs délégué syndical*¹⁸⁸. Mais dans d'autres décisions la jurisprudence a semblé peu regardante sur ce point, condamnant l'employeur pour des faits concernant un délégué du personnel¹⁸⁹. » Le seul arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation n'est guère éclairant et énonce simplement « *que la cour d'appel a caractérisé l'appartenance et l'activité syndicale [du salarié] en mentionnant sa désignation comme délégué syndical et les contestations dont elle avait été l'objet*¹⁹⁰ ». Plus loin, il a été jugé qu'est protégé le militant syndicaliste, même non investi d'un mandat car caractérise une *activité syndicale* au sens de l'article L. 1132-1 du Code du travail, le fait pour un salarié de faire connaître son intérêt pour les institutions représentatives du personnel par la demande d'élection et de diffuser un tract sous l'égide d'un syndicat¹⁹¹.

134.- Statistiques. Statistiquement, il n'est pas possible de faire le départage entre salariés syndiqués et salariés titulaires d'un mandat électif ou désignés par la structure syndicale, le cumul des fonctions représentatives et électives étant la règle. Cela étant, le contentieux est très réduit sur ces aspects. Peu d'arrêts sont amenés à vérifier s'il existe un lien entre la mesure prise par l'employeur et l'appartenance syndicale. Ainsi, il ressort

¹⁸⁷ En ce sens, Pécaut-Rivolier (L.), Rose (H.), Struillou (Y.), « Représentants du personnel (Statut protecteur) », *Rép. Dalloz Dr. trav.*, 2014, n° 407 et suiv.

¹⁸⁸ CA Paris, 16 juin 2008, *JurisData* n° 2008-001874, inédit.

¹⁸⁹ Brissy (S.), « Discriminations », *J.-Cl. Travail Traité*, Fasc. 17-11, 2014, n° 14, citant Cass. soc., 26 mai 1999, Société Seltz et Fils c/ M. Trendel, n° 97-40.966, *Bull. civ.* V, n° 63, p. 46 ; CA, 18e ch., sect. D, 9 déc. 2008, RG n° 07/06732 ; CA Paris, 18e ch., sect. E, 27 avr. 2007, RG n° 05/04631.

¹⁹⁰ Cass. soc., 5 avr. 2005, Société SSDN, n° 03-46935, inédit.

¹⁹¹ Cass. soc., 28 sept. 2005, Société Intergarde, n° 04-40.048, inédit.

d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Chambéry que « *la lecture de la lettre de licenciement permet d'établir que les motifs invoqués à l'encontre [du salarié] sont en relation directe et exclusive avec l'exercice de sa fonction de délégué syndical*¹⁹² ».

Au contraire, d'autres décisions montrent l'application du juge à caractériser l'absence de prise en considération par l'employeur de l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter sa ou ses décisions¹⁹³.

d.- Les convictions religieuses

135.- Une liberté fondamentale. La liberté religieuse fait partie des libertés fondamentales reconnues par les textes internationaux et les textes constitutionnels¹⁹⁴. En conséquence, l'employeur est tenu, vis-à-vis des convictions exprimées par ses salariés, d'une obligation de neutralité qui lui interdit de prendre en considération ces convictions dans ses décisions sauf à s'exposer à une condamnation pour discrimination¹⁹⁵. Toutefois, l'indifférence à la religion du salarié cesse lorsque les impératifs de sa foi ont des répercussions sur la réalisation des prestations qui lui sont demandées. En particulier, les obligations religieuses du salarié ne sauraient lui permettre de se soustraire à des obligations réglementaires¹⁹⁶ ou issues de son contrat de travail¹⁹⁷.

136.- Place de la religion dans l'entreprise. Ces derniers temps, la religion a donné des sueurs froides à tous les travaillistes. Quelle place donner à l'exercice de la liberté

¹⁹² CA Chambéry, 10 juin 2008, RG n° 0702232, inédit. En l'espèce, l'employeur reprochait de façon allusive au salarié trouve sa cause dans des « faits et agissements fautifs au cours du mois de septembre 2001 », soit notamment des faits d'affichage sur le panneau syndical de la CGT, la distribution de tracts à l'intérieur et à l'extérieur de l'entreprise, ou encore d'avoir circulé pendant les heures de visites du public avec une inscription dans le dos « Attention terroriste syndical ».

¹⁹³ Par exemple, CA Chambéry, 11 mai 2010, RG n° 0902411 ; CA Colmar, 11 sept. 2008, RG n° 0801042.

¹⁹⁴ Waquet (Ph.), Struillou (Y.), Pécaut-Rivolier (L.), *Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié*, Rueil-Malmaison : Ed. Liaisons 2014, p. 285.

¹⁹⁵ Manigot (V.), *Le traitement juridique de la discrimination dans l'entreprise*, LexisNexis, coll. Planète social, 2012, n° 347.

¹⁹⁶ Cass. soc., 26 mai 1986, *Bull. civ.*, V, n° 262. En l'espèce, le salarié avait refusé de se soumettre à la visite médicale obligatoire.

¹⁹⁷ Cass. soc., 24 mars 1998, *Bull. civ.*, V, n° 171.

religieuse en entreprise ? La réponse à cette question est à double détente. Dans deux décisions rendues le 19 mars 2013 – la fameuse affaire « Baby Loup¹⁹⁸ » et une affaire similaire malheureusement éclipsée dans les médias¹⁹⁹ –, la chambre sociale donne les clés de lecture nécessaire pour circonscrire les manifestations de convictions religieuses au sein de l'entreprise. Elle affirme : « Le principe de laïcité instauré par l'article 1^{er} de la Constitution n'est pas applicable aux salariés des employeurs de droit privé qui ne gèrent pas un service public ; qu'il ne peut dès lors être invoqué pour les priver de la protection que leur assurent les dispositions du règlement intérieur ». Par ailleurs, « La clause du règlement intérieur, instaurant une restriction générale et imprécise, ne répondait pas aux exigences de l'article L. 1321-3 du Code du travail ». Cependant, l'Assemblée plénière a fait voler en éclat la construction de la chambre sociale²⁰⁰ en considérant que « la restriction à la liberté de manifester sa religion édictée par le règlement intérieur ne présentait pas un caractère général, mais était suffisamment précise, justifiée par la nature des tâches accomplies par les salariés de l'association et proportionnée au but recherché ».

137.- Qu'en est-il des contours de la notion de convictions religieuses ? A quelles conditions est-on en présence d'une religion ? La question n'a été posée ni à la chambre sociale, ni à l'Assemblée plénière de la Cour de cassation dans la jurisprudence récente. Pourtant, elle pourrait faire l'objet d'un débat houleux, d'autant plus qu'en France la neutralité à l'égard des religions est de mise. Plusieurs fondements juridiques d'importance l'attestent. D'une part, selon l'article 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958, « *la France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances.* » D'autre part, comme le proclame la formule sacramentelle de l'article 2 de la loi du 9 décembre 1905, « *la République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte* ». Par voie de conséquence, il

¹⁹⁸ Cass. soc., 19 mars 2013, Association Baby Loup, n° 11-28.845, *JCP S* 2013, 1146, note B. Bossu ; Cf. Colonna (J.), Renaux-Personnic (V.), « La liberté religieuse du salarié, Réflexions sur les arrêts récents de la chambre sociale de la Cour de cassation relatifs au port du voile islamique dans les entreprises », *Gaz. pal.* n° 159, 8 juin 2013, p. 13.

¹⁹⁹ Cass. soc., 19 mars 2013, CPAM de Seine-Saint-Denis, n° 12-11.690, *JCP S* 2013, 1146, note B. Bossu.

²⁰⁰ Ass. plén., 25 juin 2014, n° 13-28.369, *JCP S* 2014, 1287, note B. Bossu.

n'existe pas en droit français de définition juridique de la religion²⁰¹.

Dès lors, avec un raisonnement par l'absurde, l'article L. 1132-1 du Code du travail prohibe un motif indéfinissable. Toujours par l'absurde, il suffirait de se prévaloir de convictions religieuses farfelues pour obtenir une protection du droit français. La question des nouveaux mouvements religieux restent ainsi entière.

Il est à noter que le Défenseur des droits se réfère non pas aux convictions religieuses mais à l'appartenance ou non à une religion déterminée, ce qui n'est fondamentalement pas la même chose. Pour le Défenseur des droits, « *l'auteur d'une discrimination peut être poursuivi dès lors qu'il a pris une décision discriminatoire envers une personne en raison de l'idée qu'il s'est faite de son appartenance à une religion, même lorsque cette appartenance n'est que supposée* ».

e.- Le lieu de résidence

138.- Notion. En 2014, le lieu de résidence est devenu le 20^e motif de discrimination prévue par l'article L. 1132-1 du Code du travail. Ce motif est inédit puisqu'il n'apparaît nulle part dans les textes internationaux quelle que soit l'organisation internationale en cause²⁰².

En quoi consiste ce motif nouveau de discrimination ? En simplifiant à l'extrême, par lieu de résidence, il convient d'entendre l'adresse ou « le code postal²⁰³ » comme le préconisait en son temps l'ancienne HALDE. Cette idée se retrouve dans les travaux parlementaires.

Quelle est la pertinence de ce motif ? Le lieu de résidence en tant que motif de discrimination n'est qu'un « cache-sexe ». Derrière les « discriminations territoriales » se terre la question de l'origine sociale comme facteur discriminatoire. Pourtant, c'est un

²⁰¹ Cf. Rolland (P.), « La religion, objet de l'analyse juridique », 2013, Disponible à l'URL suivante : <<http://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00872395>>, Consulté le 10 juillet 2014, où les éléments de définition de la religion sont indiqués en droit européen.

²⁰² En ce sens, Foucan (G.), Gerbier (M.), Petel (L.), « Le lieu de résidence comme critère de discrimination, Droit social », 2013, 27 p., spéc. p. 9, URL suivante : <[http://www.tripalium.com/gazette/telechargement/Discrimination %20r %C3 %A9sidence %20-%20Copie.pdf](http://www.tripalium.com/gazette/telechargement/Discrimination%20r%C3%A9sidence%20-%20Copie.pdf)>, Consulté le 10 juillet 2014.

²⁰³ En ce sens, *Délib.* HALDE n° 2011-121, 18 avr. 2011 ; Asensi (F.), Tétart (J.-M.), *Débats AN*, 27 nov. 2013 ; Péru-Pirotte (L.), *op. cit.*, n° 3.

problème autonome qui nécessite un traitement particulier. Comme le souligne l'ancienne HALDE dans sa délibération du 18 avril 2011, « *bien que constatant la part importante de l'origine sociale dans l'effet de "système" des quartiers sensibles, considère qu'il s'agit d'un sujet qui excède celui des discriminations territoriales*²⁰⁴. »

2.- Les motifs démultipliés

139.- Ce sont L'origine, la race, l'appartenance ou la non appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, le sexe, l'état de santé et le handicap.

a.- L'origine, la race, l'appartenance ou la non appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race

140.- Présentation. Instinctivement, les motifs concernant l'origine, l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race renvoient de l'individu concerné vers une extraction collective. Ces motifs marquent la négation de l'individu et ne le conçoivent qu'au travers du rattachement à un ancrage territorial déterminé ou à une collectivité donnée, que cela soit vrai ou supposé. Il n'est pas douteux que la matrice de l'ensemble de ces termes et expressions se situe dans le motif de l'origine. En effet, pour le *Vocabulaire juridique*, l'origine d'une personne correspond, en son second sens, à son attachement initial, par son lieu de naissance ou son appartenance ethnique et politique : pays d'origine, nationalité d'origine²⁰⁵, etc.

Il y a très peu de contentieux sur ce motif. Néanmoins un arrêt récent peut être mentionné. Comme l'a précisée la Cour de cassation le 18 janvier 2012, caractérise une discrimination, le fait pour une directrice ayant relevé que la directrice-adjointe d'une cafétéria, d'informer la salariée, laquelle était pourtant « chaudement recommandée » par la direction d'un autre établissement, qu'elle ne pouvait l'engager immédiatement car la directrice lui avait indiqué qu'elle « ne faisait pas confiance aux maghrébines » de

²⁰⁴ *Délib.* HALDE n° 2011-121, 18 avr. 2011, n° 24.

²⁰⁵ Cornu (G.), *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris : PUF, 2014, p. 722.

sorte qu'elle n'avait pu être recrutée que quinze jours plus tard à la faveur de l'absence de la directrice partie en vacances²⁰⁶.

b.- Le sexe

141.- Sexe. La multiplication des références au « sexe » conduit à s'interroger sur le sens exact des termes. En prohibant les **discriminations fondées sur le sexe**, la loi entend assurer l'égalité entre les hommes et les femmes. La notion de sexe renvoie en effet essentiellement à la différence biologique entre les hommes et les femmes²⁰⁷. La référence aux **mœurs** se traduit par l'interdiction de tous jugements sur le comportement sexuel d'une personne. La solution s'explique par une approche renouvelée du concept de vie privée. Sur ce fondement, la Cour européenne des droits de l'homme affirme clairement le droit de chacun de mener la vie sexuelle de son choix en conformité avec son identité profonde²⁰⁸. La notion de mœurs peut sans doute servir de fondement à la protection de l'orientation sexuelle comme en témoigne un arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 17 avril 1991²⁰⁹. Dans cette affaire, pour condamner le licenciement d'un aide sacristain en raison de son homosexualité, la Cour de cassation s'est appuyée sur l'interdiction de prendre en considération les mœurs dans la relation de travail. Mais le terme mœurs vise de nombreuses autres situations, on songe notamment aux pratiques sexuelles non conventionnelles comme le sadomasochisme²¹⁰. Le terme d'« **orientation sexuelle** » désigne le comportement sexuel et affectif entre personnes du même sexe ou de sexe opposé ou indistinctement²¹¹. En d'autres termes, l'orientation sexuelle est définie en fonction du genre des personnes pour lesquelles un individu éprouve de l'attraction, tant physique qu'émotionnelle, et de l'affection²¹². Il peut s'agir

²⁰⁶ Cass. soc., 18 janv. 2012, n° 10-16.926, *JCP S* 2012, 1119, note C. Puigelier.

²⁰⁷ Hammarberg (T.), *Droits de l'homme et identité de genre*, Strasbourg : Conseil de l'Europe, oct. 2009, p. 6.

²⁰⁸ Sudre (Fr.), « Convention européenne des droits de l'homme », *J.-Cl. Europe Traité*, Fasc. 6524, n° 49.

²⁰⁹ Cass. soc., 17 avr. 1991, *Dr. soc.* 1991, p. 485, note J. Savatier.

²¹⁰ Borrillo (D.), *Homosexualité et discriminations en droit privé*, Paris : La documentation française, 2007, p. 22.

²¹¹ Falcoz (C.), Bécuwe (A.), *La gestion des minorités discréditables : le cas de l'orientation sexuelle*, Travail, genre et sociétés n° 21, avr. 2009, p. 71

²¹² Centre pour l'égalité des chances et lutte contre le racisme, « Critère de discrimination, orientation

d'une personne de sexe opposé, de même sexe ou indifféremment des individus de l'un ou l'autre sexe²¹³. L'orientation sexuelle recouvre donc l'hétérosexualité, l'homosexualité et la bisexualité²¹⁴. Grâce à ce terme d'orientation sexuelle, toutes les sexualités sont mises sur le même plan, ce qui permet d'éviter la connotation négative de l'homosexualité²¹⁵.

142.- Identité sexuelle. Reste à préciser la notion d'« **identité sexuelle** ». On parle aussi d'« **identité de genre** »²¹⁶. Le sexe de la personne est normalement déterminé à la naissance par l'apparence extérieure des organes génitaux²¹⁷ sous réserve des personnes dites intersexuées, c'est-à-dire des personnes dont il est difficile de déterminer le sexe²¹⁸. Or, certaines personnes ne se reconnaissent pas dans le sexe auquel elles appartiennent. L'identité sexuelle ou identité de genre se présente comme « l'expérience intime et personnelle profonde qu'à chaque personne de son genre, qu'elle corresponde ou non à son sexe de naissance, y compris la conscience personnelle du corps et les différentes formes d'expression du genre comme l'habillement, le discours et les manières »²¹⁹. Les personnes transgenres vont construire une identité de genre qui ne correspond pas à leur définition juridique (homme ou femme), ce qui va se traduire par exemple par un changement d'apparence physique. Ainsi, la tenue vestimentaire évoluera en fonction du genre auquel la personne a le sentiment d'appartenir. Certaines personnes vont aussi souhaiter un traitement médical ou une intervention chirurgicale. Mais l'identité de genre ne protège pas seulement le transsexuel, c'est-à-dire la personne qui a changé de sexe²²⁰, mais également les travestis, c'est-à-dire les personnes qui vivent en permanence

sexuelle », Disponible à l'URL suivante : <<http://www.diversite.be>>.

²¹³ Borrillo (D.), *op. cit.*, p. 17

²¹⁴ La directive 2000/78/CE du conseil du 27 novembre 2000 interdit aussi les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle, c'est-à-dire toutes les formes d'orientation sexuelle : hétérosexualité, homosexualité et bisexualité ; V. en ce sens, Lhernould (J.-P.), « La discrimination en raison de l'orientation sexuelle », *RJS* 2011, p. 261, n° 4

²¹⁵ Falcoz (C.), Bécuwe (A.), *op. cit.*

²¹⁶ Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, *loc. cit.*

²¹⁷ Cass. civ., 6 avr. 1903, *D.P.* 1904, 1, p. 395, concl. Baudouin ; S. 1904, 1, p. 273, note A. Wahl.

²¹⁸ Raoul-Cormeil (G.), « La question du genre dans le Code civil », *RRJ* 2009, p. 183, n° 10 ; Reigné (Ph.), « Sexe, genre et état des personnes », *JCP G* 2011, 1140, n° 5.

²¹⁹ Hammarberg (T.), *op. cit.*, p. 6 ; « Principes de Yogyakarta ou Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre », Disponible à l'URL suivante : <www.yogyakartaprincipes.org>.

²²⁰ *Lexique des termes juridiques*, Paris : Dalloz, 21^e éd. 2014, p. 931

selon les modalités du genre opposé à celui indiqué sur leur acte de naissance sans aucune intervention médicale.²²¹

143.- Contentieux en appel. Un arrêt rendu par la Cour d'appel de Montpellier le 27 octobre 2010 montre, pour la première fois semble-t-il, que l'identité de genre peut être mobilisée dans le contentieux social. En l'espèce, un salarié employé dans un restaurant en qualité de chef de rang a été licencié pour avoir refusé d'ôter pendant le service ses boucles d'oreilles. Suite à sa condamnation par la Cour d'appel de Montpellier pour licenciement nul, l'employeur forme un pourvoi devant la Cour de cassation. Selon lui, la discrimination n'est pas constituée lorsque l'employeur impose à un salarié des contraintes vestimentaires si elles sont justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché. Et l'employeur fait valoir que son restaurant gastronomique recevait une clientèle attirée par sa réputation de marque laquelle impose une tenue sobre en salle. Le salarié, serveur dans ce restaurant, étant en contact direct avec la clientèle, le port de boucles d'oreilles pendant la durée du service est incompatible avec ses fonctions et ses conditions de travail. Le pourvoi est rejeté par la Cour de cassation au motif qu'en vertu de l'article L. 1132-1 du Code du travail, aucun salarié ne peut être licencié en raison de son sexe ou de son apparence physique. Or la Cour d'appel a relevé « *que le licenciement avait été prononcé au motif énoncé dans la lettre de licenciement que "votre statut au service de la clientèle ne nous permettait pas de tolérer le port de boucles d'oreilles sur l'homme que vous êtes", ce dont il résultait qu'il avait pour cause l'apparence physique rapportée à son sexe* ». Par ailleurs, la Cour d'appel a constaté que l'employeur ne justifiait pas sa décision de lui imposer d'enlever ses boucles d'oreilles par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Elle a donc pu en déduire que le licenciement reposait sur un motif discriminatoire²²².

Il résulte clairement de la lettre de licenciement que, selon l'employeur, l'identité masculine serait incompatible avec le port de boucles d'oreilles. Le licenciement avait donc pour cause « l'apparence physique du salarié rapportée à son sexe », ce qui

²²¹ Hammarberg (T.), *op. cit.*, p. 10

²²² Cass. soc., 11 janv. 2012, *JCP S* 2012, 1164, note B. Bossu, *JCP G* 2012, 281, note M. Mercat-Bruns, *Dr. soc.* 2012, p. 346, note J.-P. Lhernould.

constitue selon la Cour de cassation une discrimination. En établissant un lien entre l'apparence physique et le sexe, la Cour de cassation condamne les discriminations fondées sur le genre²²³. Le débat ne s'est pas situé sur le terrain classique des droits et libertés et en particulier sur les restrictions qui peuvent être apportées à la liberté de se vêtir en raison de la tâche à accomplir. La question soulevée dans cette affaire est celle de la perception sociale de l'homme et en particulier du caractère nécessairement viril de l'apparence masculine. Mais la question pourrait aussi être posée par rapport à une femme et l'incontournable féminité de son apparence²²⁴. Dans un célèbre arrêt rendu aux Etats-Unis, a été considéré comme discriminatoire, le refus de promouvoir une salariée comme associée, en raison de son comportement masculin qui ne correspondait pas à l'idée que l'employeur se faisait d'une femme²²⁵. Il avait notamment conseillé à cette dernière de « *marcher de manière plus féminine, de s'exprimer de manière plus féminine, de s'habiller de manière plus féminine, de mettre du maquillage, de prêter attention à sa coiffure et de mettre des bijoux* ».

144.- Identité de genre. L'identité de genre est un concept qui peut aussi être utilement mobilisé en matière de transsexualisme car on est confronté à une absence de conformité entre le comportement d'une personne et le genre (masculin ou féminin) à laquelle elle est sensée appartenir. On notera que certains auteurs vont au-delà d'une question de non-conformité en considérant qu'il s'agit tout simplement d'une discrimination fondée sur le sexe²²⁶. Le transsexuel veut se conformer au sexe qu'il adopte, il ne veut pas aller contre le sens du genre mais au contraire l'avalise. Cette dernière analyse est visiblement partagée par la Cour de justice de l'Union européenne qui a considéré en 1996 que le licenciement d'un salarié en raison de sa conversion sexuelle constituait une discrimination fondée sur l'appartenance à un sexe et entrainait dans le champ d'application de la directive du 9 février 1976. Selon la Cour, « *compte tenu de l'objectif visé par la directive 76/2007, relative à la mise en œuvre du principe*

²²³ Mercat-Bruns (M.), *loc. cit.*

²²⁴ Mercat-Bruns (M.), « Discriminations en droit du travail, Dialogue avec la doctrine américaine », *D.* 2013, p. 475.

²²⁵ Price Waterhouse contre Hopkins, US 228, 1989, cité *in* Mercat-Bruns (M.), « Discriminations en droit du travail, Dialogue avec la doctrine américaine », *op. cit.*, p. 472.

²²⁶ Mercat-Bruns (M.), *op. cit.*, p. 472

de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle, et les conditions de travail, l'article 5, paragraphe 1, de cette directive s'oppose au licenciement d'un transsexuel pour un motif lié à sa conversion sexuelle. En effet, étant donné que le droit de ne pas être discriminé en raison de son sexe constitue l'un des droits fondamentaux de la personne humaine, le champ d'application de la directive ne saurait être réduit aux seules discriminations découlant de l'appartenance à l'un ou l'autre sexe. Il a vocation à s'étendre aux discriminations qui trouvent leur origine dans la conversion sexuelle, celles-ci étant fondées essentiellement, sinon exclusivement, sur le sexe de l'intéressé, car licencier une personne au motif qu'elle a l'intention de subir ou qu'elle a subi une conversion sexuelle, c'est lui infliger un traitement défavorable par rapport aux personnes du sexe auquel elle était réputée appartenir avant cette opération²²⁷ ».

En France, c'est la Cour d'appel de Montpellier qui a annulé le 3 juin 2009 un licenciement trouvant sa cause dans une conversion sexuelle²²⁸. En l'espèce, un salarié avait été engagé par une société d'ingénierie informatique spécialiste des architectures Web, en qualité de directeur du développement et de directeur administratif et financier. Après avoir annoncé sa décision de changer d'apparence physique et de genre, il a été convoqué, dans la perspective de son licenciement, au motif de prétendues erreurs commises dans la gestion de dossiers. Le salarié décide alors de prendre acte de la rupture de son contrat de travail en raison du comportement discriminatoire de son employeur. Dans un jugement du 9 juin 2008, le conseil de prud'hommes de Montpellier a retenu que le projet de licenciement trouvait son origine dans la conversion sexuelle du salarié. Or, toute discrimination fondée sur le transsexualisme d'une personne équivaut à une discrimination fondée sur le sexe. En conséquence, la rupture produit les effets d'un licenciement nul²²⁹. La solution est confirmée par la Cour d'appel de Montpellier qui relève que l'employeur a décidé de licencier le salarié lorsqu'il a appris sa transidentité et son choix de changer d'apparence physique et de genre. Et dès lors que la prise d'acte est motivée par des agissements discriminatoires de l'employeur, elle

²²⁷ CJUE, 30 avr. 1996, p. c/ S. et County Council, aff. C.-13/94.

²²⁸ CA Montpellier, 4^e ch., 3 juin 2009, RG n° 08/06.324.

²²⁹ CPH Montpellier, 9 juin 2008, RG n° 06/01.812

produit les effets d'un licenciement nul par application de l'article L. 1132-4 du Code du travail.

En définitive, il apparaît que l'identité de genre est au croisement du respect de l'égalité et de la liberté²³⁰. Egalité parce qu'une personne ne doit pas être traitée de façon défavorable dès lors que son comportement ne correspond pas forcément à son sexe apparent. Liberté parce qu'un salarié peut exprimer son identité sans cacher sa véritable personnalité à ses collègues. La vie privée ne se limite pas au droit au secret, il existe aussi une vie privée sociale²³¹.

c.- L'état de santé et le handicap

145.- Etat de santé ou handicap. *In fine*, l'article L. 1132-1 du Code du travail envisage le couple que forme l'état de santé et le handicap. La distinction entre ces deux notions n'est pas sans intérêt quant aux conséquences juridiques. Effectivement, certaines dispositions du Code du travail sont réservées au handicap par exemple. Ainsi, au terme de l'article L. 1133-4 du Code du travail, instaurant une autorisation de différence de traitement, Les mesures prises en faveur des personnes handicapées et visant à favoriser l'égalité de traitement, prévues à l'article L. 5213-6 ne constituent pas une discrimination.

L'état de santé n'est pas défini par le *Vocabulaire juridique* mais, selon le Défenseur des droits, il vise un certain nombre de pathologies, n'impliquant pas un handicap. A l'inverse, contrairement à son habitude, le droit français comporte une définition du handicap. Constitue un handicap, au sens de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005²³², « toute limitation d'activité ou restriction de participation à la vie en société subie dans son environnement par une personne en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, d'un polyhandicap ou d'un trouble de santé invalidant ». Dès lors, la

²³⁰ Mercat-Bruns (M.), *op. cit.*, p. 476

²³¹ Barège (A.), Bossu (B.), « Les TIC et le contrôle de l'activité du salarié », *JCP S* 2013, 1393, n° 20

²³² L. n° 2005-102 du 11 février 2005 *pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées*, *JO* n° 36, 12 févr. 2005, p. 2353.

définition de l'état de santé se dessine en creux au regard de celle de handicap. En pratique, la distinction n'est pas aussi aisée qu'il y paraît car certaines maladies dégénératives impliquent l'altération des fonctions du corps humain, notamment en cas d'amputation d'un des membres (ex. : artérites, diabète, infections). Il en est de même pour les maladies de longue durée (cancer, SIDA, etc.). En somme, ce n'est pas la cause qui compte mais l'état dans lequel se trouve la personne concernée. Ainsi, une maladie peut provoquer un handicap et c'est ce dernier qui sera pris en considération.

B.- Des motifs gigognes

146.- Ces motifs de discrimination sont ceux au sein desquels les motifs classiques s'emboîtent. Ils n'existent que pour nommer et expliciter une discrimination donnée. Ils peuvent exprimer seulement un autre motif ou plusieurs à la fois. Il existe donc soit des motifs « synonymes », soit des motifs « fourre-tout ».

1.- Des motifs synonymes

147.- Situation de famille et grossesse. Selon le Défenseur des droits, la situation de famille « *peut entraîner des discriminations opérées à raison de la situation matrimoniale ou de la nature de la filiation, d'une situation de concubinage ou encore de l'absence ou de l'existence d'enfants.* » La grossesse peut être perçue comme un cas particulier de la situation de famille, à savoir un état transitoire vers une évolution de la situation de famille. Plus précisément, la grossesse se définit comme l'état d'une femme enceinte depuis la conception de l'enfant jusqu'à l'accouchement²³³. Pour autant, les évidences devant être exprimées, la grossesse ne se rencontre que pour les femmes, ce que note opportunément le Défenseur des droits qui indique que « *très proche de la discrimination à raison du sexe, la discrimination du fait d'un état de grossesse lèse le droit des femmes.* » La grossesse entretient donc un lien avec la discrimination fondée sur le sexe.

²³³ Cornu (G.), *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris : PUF, 2014, p. 498.

Quant à la maternité – à ne pas confondre avec le congé de maternité qui est la suspension du contrat de travail avant et après l'accouchement –, notion absente de l'article L. 1132-1 du Code du travail mais visée par la loi du 27 mai 2008, elle constitue la période suivant l'accouchement et matérialise donc la fin de la grossesse. En droit européen, « *la prohibition des discriminations liées à la maternité repose sur les mêmes textes que celle des discriminations sexuelles, non seulement parce que la grossesse y est généralement expressément mentionnée mais aussi parce que la jurisprudence communautaire et interne assimile expressément les deux, ce type de discrimination ne pouvant concerner que les femmes*²³⁴ ». Bénéficient de cette protection les femmes soumises à une fécondation *in vitro* dès l'instant où les ovules fécondés ont été transférés dans leur utérus²³⁵. De même, « *la situation des salariées en congé maternité ou venant de terminer celui-ci se recoupe parfois avec la situation des salariés malades*²³⁶. » Il sera noté que les pères ne sont pas protégés en raison de leur paternité mais en raison de leur situation familiale.

148.- Caractéristiques génétiques. Introduite dans l'ancien article L. 122-45 du Code du travail par le biais de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, la référence aux caractéristiques génétiques Selon le site Internet du Défenseur des droits, « *les prédispositions à des pathologies et le risque potentiel de développer certaines maladies ne peuvent justifier des mesures préjudiciables. Celles-ci seraient alors constitutives de discriminations.* » En d'autres termes, les caractéristiques génétiques sont le fruit de la médecine prédictive, qui permet d'identifier la prédisposition d'une personne à une maladie. Le risque est de réaliser un diagnostic génétique visant à retenir un profil idéal pour obtenir une priorité à l'embauche ou des mesures plus favorables en raison des caractéristiques génétiques. En somme, ce motif « *vise à éviter que l'employeur ne pratique une sorte d'eugénisme à l'entrée de son entreprise et ne*

²³⁴ Brissy (S.), « Discriminations », *J.-Cl. Travail Traité*, Fasc. 17-11, 2014, n° 30 ; concernant la jurisprudence européenne, CJCE, 8 nov. 1990, Hertz, aff. C-179/88, *Rec. CJCE* 1990, p. 3979 ; CJCE, 18 mars 2004, María Paz Merino Gómez et Continental Industrias del Caucho SA, aff. C-342/01, *Rec. CJCE* 2004, p. 2605 ; CJCE, 11 oct. 2007, Nadine Paquay c/ Société d'architectes Hoet + Minne SPRL, aff. C-460/06, *JCP S* 2007, 1981, note J. Cavallini ; Cass. soc., 16 juill. 1998, CNAV c/ Thibault, n° 90-41.231, *Bull. civ.* V, n° 392, p. 297

²³⁵ CJCE, G^{de} ch., 26 févr. 2008, Sabine Mayr c/ Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG, Aff/ C-506/06, *Rec. CJCE* 2008, p. 1017 ; *JCP S* 2008, 1321, note A. Moriceau.

²³⁶ Brissy (S.), « Discriminations », *J.-Cl. Travail Traité*, Fasc. 17-11, 2014, n° 32.

*s'immisce dans des aspects de la personne du salarié qui ne doivent relever que de sa vie privée*²³⁷. » Par conséquent, il n'est pas nécessaire d'aller plus loin : le motif tenant aux caractéristiques génétiques est en lien avec l'état de santé.

Pour finir, il est à noter que l'expression « caractéristiques génétiques » est jugée insuffisante car trop restrictive. C'est ce que M. Jean-François Mattei expliquait en ces termes :

*« Je ne crois pas qu'on puisse s'en tenir à l'expression : "caractéristiques génétiques". Un simple examen clinique ou biologique permet de distinguer des caractères génétiques. Lors d'une numération sanguine, vous savez, par la forme des globules rouges, s'il y a ou non une anomalie de l'hémoglobine. Je pourrais multiplier les exemples. Un groupage sanguin, un groupage HLA ne sont pas des études génétiques mais peuvent aboutir à observer et apprécier des données génétiques. Ce sur quoi je croyais que nous voulions légiférer, c'était sur l'utilisation des examens génétiques, et notamment la génétique moléculaire. Or, avec l'expression : "caractéristiques génétiques", nous incluons à la fois les caractéristiques génétiques par l'examen clinique, par l'examen biologique traditionnel et par les études moléculaires. Voilà pourquoi j'ai souhaité que nous précisions : "examen génétique". Ce sont les techniques génétiques qui vont nous permettre d'étudier les caractères de la personne*²³⁸ ».

Au vu de ces développements, on imagine bien ce que peut donner une interprétation juridique dans le cadre d'un contentieux.

149.- Nom de famille. Remplaçant le terme « patronyme », le nom de famille est le nom – c'est-à-dire le mot ou l'ensemble de mots désignant une personne physique ou morale – que les enfants reçoivent en naissant de leurs parents²³⁹. Le fait que le nom de famille et l'origine sont indéfectiblement liés relève de l'évidence.

Preuve en est, tout d'abord, une décision de la chambre sociale de la Cour de cassation validant le raisonnement de la cour d'appel ayant retenu l'existence d'une discrimination à l'embauche fondée à la fois sur l'origine et le nom de famille²⁴⁰. Dans la même optique, une agence de placement peut aussi être condamnée pour discrimination si elle refuse de présenter la candidature d'une personne en raison de la consonance étrangère de son patronyme²⁴¹, ce qui rejoint le critère de la discrimination selon le nom de famille

²³⁷ Brissy (S.), « Discriminations », *J.-Cl. Travail Traité*, Fasc. 17-11, 2014, n° 45.

²³⁸ Rapport n° 128 (2002-2003) de M. Francis Giraud, fait au nom de la commission des affaires sociales, déposé le 15 janvier 2003, pp. 60-61.

²³⁹ Cornu (G.), *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris : PUF, 2014, p. 682.

²⁴⁰ Cass. soc., 15 déc. 2011, Société Airbus opération c/ M. X n° 10-15.873, inédit.

²⁴¹ CA Orléans, ch. soc., 11 mai 2006, RG n° 05/01195.

visé lui aussi par l'article L. 1132-1 du Code du travail²⁴².

Ensuite, le Défenseur des droits souligne la parenté entre nom de famille et origine. Pour ce dernier, « *une personne peut être victime de discrimination du fait d'un patronyme jugé ridicule ou de la consonance étrangère de son nom.* »

2.- Des motifs fourre-tout

150.- Apparence physique. Dans un rapport réalisé par l'IFOP pour le Défenseur des droits et l'Organisation internationale du travail (OIT) publié le 3 février 2014, il apparaît que le critère de l'apparence physique est le troisième critère de discrimination le plus important après l'origine et le genre. Que recouvre l'apparence physique ? Le seul exemple connu en jurisprudence résulte d'un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation en date du 11 janvier 2012²⁴³. Dans cette espèce, un salarié, chef de rang d'un restaurant, avait été licencié au motif que « *votre statut au service de la clientèle ne nous permettait pas de tolérer le port de boucles d'oreilles sur l'homme que vous êtes* ». Cependant, le rattachement au motif de l'apparence physique pouvait susciter de légitimes interrogations dans la mesure où le motif de licenciement avait pour cause l'apparence physique du salarié, certes, mais se rapportait en réalité à son sexe. Cette décision montre bien la difficulté de faire la part entre un motif et un autre. Ces « zones grises » peuvent être l'objet de débat sur l'existence ou non du motif de l'apparence physique. Notre question initiale continue de se poser : que recouvre l'apparence physique ? Est-ce un motif de discrimination ayant un contour précis ? Pour s'en rendre compte, envisageons les différentes réalités de l'apparence physique.

151.- Corpulence. Premièrement, selon le site Internet du Défenseur des droits, « *une discrimination à raison de l'apparence physique se fonde sur les traits ou caractéristiques physiques d'une personne pour prendre une décision qui lui est préjudiciable.* » Il peut alors s'agir du poids, de la taille, de la couleur des yeux, de la couleur et de la longueur des cheveux, etc. La jurisprudence a admis que le licenciement

²⁴² Brissy (S.), « Discriminations », *J.-Cl. Travail Traité*, Fasc. 17-11, 2014, n° 43.

²⁴³ Cass soc. 11 janv. 2012, n° 10-28.213, *RDT* 2012. 159, obs. Moizard, *D. act.*, 8 févr. 2012, obs. Perrin, *RJS* 3/2012, n° 214.

fondé sur le porte de la barbe est discriminatoire²⁴⁴. Le Défenseur des droits donne comme exemple abstrait « *le refus d'embauche d'une personne atteinte d'obésité en raison de son aspect physique.* » Peut y être ajoutée la maigreur²⁴⁵. Mais l'illustration de l'obésité n'est elle-même pas exempte de critique car l'obésité peut aussi être envisagée sous d'autres angles, notamment celui de la maladie ou du handicap. Cette réflexion n'est pas que purement théorique puisque, dans une affaire « Karsten Kaltoft » (C-354/13), la CJUE va devoir trancher la question de l'inclusion ou non de l'obésité dans la notion de handicap, l'affaire étant encore pendante. De même, aux Etats-Unis, l'obésité est déjà considérée comme un handicap depuis le *Disabilities Act Amendments Act*²⁴⁶. Pareillement, l'Organisation mondiale de la santé reconnaît l'obésité comme une maladie et la définit comme « *le surpoids et l'obésité comme une accumulation anormale ou excessive de graisse corporelle qui peut nuire à la santé*²⁴⁷. »

152.- Beauté/Laideur. Deuxièmement, « *les traits ou caractéristiques physiques d'une personne* » renvoie également à la beauté ou à la laideur. Ce sont la découverte et l'expérience de sa propre laideur que Sartre raconte dans *Les Mots* (1964), le jour où, à l'âge de 7 ans, une coupe de cheveux s'ape « *à la base ses futurs émerveillements.* » Qu'est-ce que la beauté ? Qu'est-ce que la laideur ? Ce sont là des questions philosophiques que les juristes devront un jour trancher. Certains diront que la beauté s'admire et la laideur fascine mais il est difficile d'en faire un critère de distinction juridique tant la beauté et la laideur sont des notions subjectives. La question de la beauté et de la laideur est loin d'être un cas d'école. La marque *Abercrombie & Fitch* n'hésite pas à intégrer dans ses critères de recrutement le facteur « beauté » en ce sens que le candidat ou la candidate au poste de vendeur ou de vendeuse doit répondre à certains canons imposés par l'entreprise. Encore actuellement, l'entreprise new-yorkaise propose des offres d'emploi pour « mannequin H/F », détaillées de la façon suivante : « *Représenter la marque, assurer un service client et créer l'énergie dans le magasin.* »

²⁴⁴ CA Orléans, 21 juin 2007, *JurisData* n° 2007-347218.

²⁴⁵ *Délib. Halde* n° 2007-251 et 2007-252, 1^{er} oct. 2007.

²⁴⁶ ADA amendments Act of 2008. PL 110-325 (S 3406) September 25, 2008 ; Pour une décision, Frank v. Lawrence Union Free School District, E.D., NY, 2010.

²⁴⁷ Cf. Rapport d'une Consultation de l'OMS, *Obésité : prévention et prise en charge de l'épidémie mondiale*, OMS, *Série de Rapports techniques*, n° 894, 2003, 300 p.

Le Défenseur des droits a ainsi ouvert une enquête à ce sujet.

Pour autant, réduire l'apparence physique uniquement à l'apparence corporelle est en dehors de toute réalité. Comme l'a justement relevé le Conseil de prud'hommes de Paris dans un jugement du 17 décembre 2002²⁴⁸, l'apparence physique correspond à l'aspect extérieur de l'individu car « *si le législateur avait entendu limiter l'apparence physique au corps, il pouvait évoquer simplement l'apparence corporelle ou de manière plus restrictive la physionomie [...] lorsqu'un salarié se présente, c'est son aspect extérieur général qui est vu, c'est-à-dire aussi bien sa physionomie, sa constitution physique et sa tenue vestimentaire. Il y a donc lieu de considérer que la notion d'apparence physique renvoie à l'ensemble de ces éléments* ». Dès lors, l'apparence physique doit se concevoir de façon extensive.

153.- Look/Vêtement. Troisièmement, l'apparence physique peut tenir aussi au look, c'est-à-dire à l'apparence par le vêtement. Si la liberté de se vêtir à sa guise au temps et au lieu de travail n'entre pas dans la catégorie des libertés fondamentales, est-il permis de penser que la décision de l'employeur prise en considération de l'apparence vestimentaire du salarié serait comprise comme une mesure discriminatoire ? La chambre sociale semble avoir choisi puisque c'est à cette troisième catégorie d'apparence physique que peut se rattacher la jurisprudence de la « boucle d'oreille²⁴⁹ » mais c'est faire fi du rapport avec l'autre sexe reproché au salarié licencié.

154.- Transsexualisme. Mais là encore, tout est affaire de circonstances. En doctrine, il a été soutenu que « *cette expression d'apparence physique se rencontre principalement en matière de transsexualisme. Le transsexuel doit avoir une apparence physique le rapprochant du sexe qu'il revendique et aussi un comportement social correspondant. A la différence du travesti qui joue un rôle sans sacrifier sa virilité, le transsexuel a la conviction profonde d'appartenir au sexe opposé ce qui le pousse à des attitudes vestimentaires de l'autre sexe²⁵⁰*. Le vêtement participe à l'identification de la personne,

²⁴⁸ CPH Paris, départ., 17 déc. 2002, Dallia Thari c/ Sté Téléperformance, *RJS* 3/03, n° 308 et 309.

²⁴⁹ Cass soc. 11 janv. 2012, préc.

²⁵⁰ Branlard (J.-P.), *Le sexe et l'état des personnes*, Paris : LGDJ, Coll. *Bibliothèque de droit privé*, t. 222,

*on s'habille pour se situer, pour affirmer sa personnalité mais aussi son appartenance à un groupe*²⁵¹. »

En résumé, l'apparence physique comporte de gigantesques zones grises et entretient des liens parfois étroits avec d'autres motifs.

C.- Perspectives

155.- Position du problème des motifs. Qu'en sera-t-il pour l'avenir ? La liste des motifs de discrimination prévue par l'article L. 1131-2 du Code du travail doit-elle continuer à connaître l'inflation et se doubler de l'enflure ? Doit-elle continuer à augmenter en nombre de manière indéfinie et à s'étirer jusqu'à l'infini ? Plusieurs pistes méritent d'être suivies.

1.- Regroupement des motifs

156.- Regroupement des motifs. Tout d'abord, une première approche consisterait à réduire le nombre de motifs en procédant à un regroupement des motifs de discrimination en fonction des liens entre motifs apparentés. Ainsi, une catégorie générique contenant plusieurs motifs. L'avantage de rendre plus lisible l'article L. 1132-1 du Code du travail aurait son pendant dans la nécessaire interprétation de chaque catégorie, ce qui générerait éventuellement un contentieux sur le contenu de chaque catégorie. Cela étant, cette interprétation permettrait d'assurer une vision évolutive des motifs de discrimination en concordance avec l'évolution des moeurs et des mentalités. A cet égard, la jurisprudence européenne offre quelques exemples de ce genre d'interrogations²⁵². Il en est ainsi du motif tenant à l'interprétation du terme « sexe ».

p. 478.

²⁵¹ Pousson (A.), « La liberté de se vêtir n'est pas une liberté fondamentale », *D.* 2004, p. 176 ; Cf. également Pousson-Petit (J.) (dir.), *L'identité de la personne humaine, Etude de droit français et de droit comparé*, Bruxelles : Bruylant, 2002, p. 984.

²⁵² Cf. notamment, CEDH, 11 juill. 2002, Christine Goodwin c/ Royaume-Uni [GC], Req. n° 28957/95, ainsi que CJCE, 7 janv. 2004, K.B. c/ NHS Pensions Agency, Aff. C-117/01, *Rec. CJCE*, p. I-541.

Outre la différence de traitement entre hommes et femmes, « la notion de "sexe" a également été interprétée de manière à couvrir les cas où le traitement discriminatoire est lié au "sexe" du requérant dans un sens plus abstrait et à permettre ainsi une certaine protection, limitée il est vrai, de l'identité de genre²⁵³. »

2.- Ajouts de nouveaux motifs

157.- Motifs manquants. Puis, une seconde approche peut privilégier l'adjonction de nouveaux critères selon les modes, selon ce qui est admissible ou selon ce qui est insupportable à une époque donnée. Tandis que cette façon de procéder présente l'avantage de rendre les raisons de la discrimination lisibles pour tous les justiciables – la discrimination peut être nommée –, la liste des motifs risque de s'alourdir, pour le meilleur et pour le pire. En dépit de ce dernier désavantage, il est possible de proposer quelques motifs de discrimination à ajouter à la déjà longue liste de l'article L. 1132-1 du Code du travail.

158.- Origine sociale. L'origine sociale est un motif de discrimination oublié. C'est ce que, dans sa délibération du 18 avril 2011, l'ancienne HALDE n'a pas manqué de remarquer en indiquant que :

« Lors de certaines auditions, il a été regretté que le critère de l'origine sociale n'apparaisse pas dans le dispositif national de lutte contre les discriminations. Ce critère pourtant fait partie de l'ordre juridique national en raison des engagements internationaux d'effet direct auxquels la France a souscrit. L'origine sociale est présente dans nombre de textes internationaux, à commencer par la Charte des droits fondamentaux (article 21) mais également dans le Pacte international sur les droits civils et politiques ratifié par la France qui interdit dans son article 26 les discriminations fondées sur les situations de fortune. Le Pacte international sur les droits économiques sociaux et culturels interdit également cette discrimination dans la jouissance de ces droits. La convention de l'OIT n° 111 y fait également référence. L'article 14 de la CEDH contient une liste de motifs prohibés de discrimination parmi lesquelles « l'origine sociale », « la fortune ou toute autre situation »).

« Par ailleurs, nombre de législations nationales, dans les pays membres de l'Union européenne intègrent le critère de l'origine sociale (pays de l'Europe de l'Est) ou de la fortune (Belgique). C'est également le cas au Canada (Québec) où le critère de l'origine sociale est reconnu²⁵⁴. »

L'idée a été développée en doctrine et il a été proposé, avec force conviction et

²⁵³ Fribergh (E.), Kjaerum (M.), *Manuel de droit européen en matière de non-discrimination*, Conseil de l'Europe, 2010, p. 106.

²⁵⁴ *Délib.* HALDE, préc.

arguments, d'intégrer parmi les motifs de discrimination la condition sociale²⁵⁵.

La Commission nationale consultative des droits de l'homme(CNCDH)²⁵⁶ appuie ce mouvement et appelle à entamer une réflexion sur les discriminations dites sociales, c'est-à-dire « *les cas de discrimination exercée à l'encontre des personnes en situation de précarité*²⁵⁷. » En ce sens, « *la reconnaissance de la discrimination en raison de la précarité sociale aurait pour objet de renforcer l'effectivité des droits économiques, sociaux et culturels, civils et politiques garants du respect de l'égalité de tous les êtres humains*²⁵⁸. »

Textes internationaux faisant référence à la précarité sociale ou à la fortune comme critère de discrimination

- La Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée le 10 décembre 1948, énonce, en son article 2.1, que « Chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente Déclaration, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation. »

- La Convention européenne des droits de l'homme, signée le 4 novembre 1950, vise quant à elle, dans son article 14 portant sur l'égalité et la non-discrimination, « l'origine sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. »

- Le Pacte international relatif aux droits sociaux, économiques et culturels (PIDESC) de l'ONU, du 16 décembre 1966, précise dans son article 2 § 2 que « les Etats parties au présent Pacte s'engagent à garantir que les droits qui y sont énoncés seront exercés sans discrimination aucune fondée sur (...) l'origine (...) sociale, la fortune, la naissance (...) ».

- L'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) de l'ONU, en date du 16 décembre 1966, énonce que « toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. A cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment (...) d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation. »

Son article 2.1 fait obligation aux Etats parties de respecter et garantir « à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation. ». En son article 26, il poursuit : « Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi.

A cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation. »

- Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels de l'ONU (CESCR), fait valoir dans son observation générale n° 20, du 2 juillet 2009 que « des individus et des groupes de population ne doivent pas être traités arbitrairement en raison de leur appartenance à une certaine catégorie économique ou sociale (...). La situation sociale et économique d'une personne pauvre ou sans domicile fixe peut faire qu'elle est constamment en bute à une discrimination, à une stigmatisation et à des stéréotypes négatifs, ce qui peut avoir pour conséquence qu'on lui refuse la même qualité d'éducation et de soins que les autres ou le même accès à

²⁵⁵ Roman (D.), « La discrimination fondée sur la condition sociale, une catégorie manquante du droit français », *D.* 2013, pp. 1911-

²⁵⁶ CNCDH, *Avis sur les discriminations fondées sur la précarité sociale*, Assemblée plénière du 26 septembre 2013.

²⁵⁷ Avis, CNCDH, préc., n° 8.

²⁵⁸ Avis, CNCDH, préc., n° 4.

ces services, ou qu'on lui refuse l'accès aux lieux publics... ».

- La Convention de l'Organisation internationale du travail (OIT) n° 111, adoptée le 25 juin 1958, concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession vise explicitement « l'origine sociale ».

- La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée le 7 décembre 2000, prévoit, dans son article 21, qu'« est interdite toute discrimination fondée notamment [...] sur les origines ethniques ou sociales, [...], la fortune, la naissance, [...] ».

- La Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée le 20 novembre 1989, pose, en son article 2, une obligation de non-discrimination en ces termes : « Les Etats parties s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la présente Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, sans distinction aucune, indépendamment de toute considération de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou autre de l'enfant ou de ses parents ou représentants légaux, de leur origine nationale, ethnique ou sociale, de leur situation de fortune, de leur incapacité, de leur naissance ou de toute autre situation.

Les Etats parties prennent toutes les mesures appropriées pour que l'enfant soit effectivement protégé contre toutes formes de discrimination ou de sanction motivées par la situation juridique, les activités, les opinions déclarées ou les convictions de ses parents, de ses représentants légaux ou des membres de sa famille. »

- La Charte sociale européenne, révisée le 3 mai 1996, énonce, en son article 30, que : « En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la protection contre la pauvreté et l'exclusion sociale, les Parties s'engagent : a. à prendre des mesures dans le cadre d'une approche globale et coordonnée pour promouvoir l'accès effectif notamment à l'emploi, au logement, à la formation, à l'enseignement, à la culture, à l'assistance sociale et médicale des personnes se trouvant ou risquant de se trouver en situation d'exclusion sociale ou de pauvreté, et de leur famille ;

- b. à réexaminer ces mesures en vue de leur adaptation si nécessaire. »

159.- Couleur de peau. Etrangement, alors même qu'elle est visé par de nombreux textes internationaux et européens et alors même qu'elle est certainement la plus prosaïque des discriminations, la couleur de peau ne crée guère d'émotion. Le cas est abordé explicitement dans une seule délibération de l'ancienne HALDE²⁵⁹ dont on peut relater le contenu :

« La HALDE rappelle dans une délibération que le choix d'un comédien-doubleur doit se faire en fonction de la qualité de sa voix et de sa compétence, et non en raison de sa couleur de peau ou de son origine.

L'enquête de la HALDE, saisie par une comédienne métisse estimant avoir été écartée d'une session de doublage en raison de son origine, a en effet « révélé l'existence de préjugés selon lesquels "les comédiens-doubleurs noirs ne pourraient doubler que des comédiens noirs, contrairement aux comédiens-doubleurs blancs qui auraient une voix universelle" ».

La Haute autorité adresse un rappel à la loi aux responsables du doublage de la société mise en cause. Elle recommande à la Fédération des industries du cinéma, de l'audiovisuel et du multimédia (FICAM) ainsi qu'à l'Union des sociétés de doublage, de procéder à la diffusion d'une information sur le principe de non-discrimination et leur demande de mettre en oeuvre des actions de formation pour les directeurs de plateaux. »

Effectivement, la jurisprudence est rare. Par exemple, dans un arrêt du 17 octobre 2003, il a été retenu l'existence d'une discrimination dans le refus d'embaucher des travailleurs noirs²⁶⁰. Cette absence d'intérêt s'explique certainement par le fait que ce motif est mis en corrélation avec l'origine et la connotation raciale et qu'il est inutile de l'ajouter à ceux

²⁵⁹ *Délib. HALDE* n° 2008-268, 15 déc. 2008, *JCP S* n° 3, 13 janv. 2009, *Act.* 32.

²⁶⁰ CA Paris, 11^e ch. correct., 17 oct. 2003, Association du Restaurant du Bal du Moulin rouge, *JurisData* n° 2003-252018, inédit.

déjà existant (race, origine, etc.)²⁶¹.

160.- Langue. Selon Jules Michelet, « *la langue est la représentation fidèle du génie des peuples, l'expression de leur caractère, la révélation de leur existence intime, leur verbe pour ainsi dire*²⁶². » La langue est pourtant une autre des oubliés du droit de la discrimination. S'agissant du principe de non-discrimination, il ressort de la majorité des instruments de protection des droits fondamentaux²⁶³ que la langue peut être considéré comme un motif de distinction prohibé, ce que ne prévoit pas expressément le Code du travail français²⁶⁴. Il n'est pas très étonnant de constater cette lacune. Effectivement, la France est très attachée à sa langue. « *Langue de la République en vertu de la Constitution*²⁶⁵, *la langue française est un élément fondamental de la personnalité et du patrimoine de la France*²⁶⁶ », comme en témoignent à plusieurs siècles d'écart l'Ordonnance de Villers-Cotterêt de 1539²⁶⁷ et la Loi Toubon²⁶⁸ de 1994.

Par ailleurs, certaines dispositions du Code du travail frisent l'incompatibilité avec les instruments internationaux et européens. Il en est ainsi pour l'article L. 1221-3 du Code du travail qui énonce que « *le contrat de travail établi par écrit est rédigé en français* ».

161.- Prénom. Comme le nom de famille, le prénom peut être source de discrimination en raison de l'identité de la personne et de ses origines qu'il est supposé porter. Preuve en est la pratique professionnelle qui consiste pour l'employeur à demander à son salarié de changer son prénom. Dès lors, un employeur peut-il exiger d'un salarié prénommé Mohamed qu'il s'appelle désormais Laurent sans tomber sous le coup de la discrimination ? La réponse de la Cour de cassation est sans ambages : « *le fait de demander au salarié de changer son prénom de Mohamed pour celui de Laurent est de*

²⁶¹ En ce sens, Brissy (S.), « Discriminations », *J.-Cl. Travail Traité*, Fasc. 17-11, 2014, n° 44.

²⁶² Michelet (J.), *Histoire de France*, T. I, 1861, p. 117

²⁶³ Art. E, *Charte soc. europ.* ; Art. 14, *CEDH* ; Art. 2, *Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966*.

²⁶⁴ V. Art. L. 1132-1, *C. trav.*

²⁶⁵ Art. 2, Constitution du 4 oct. 1958 ; V. Testu (Fr.-X.), « Le statut juridique de la langue française », *Ecrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1994, pp. 441-461.

²⁶⁶ L. n° 94-665 du 4 août 1994 *relative à l'emploi de la langue française*,

²⁶⁷ V. également Labbé (X.), « François 1^{er} devant le juge de Lille », *JCP G* 2008, n° 9/10, 27 févr. 2008, pp. 3-4, ainsi que Clavier (A.), « L'abrogation clandestine de l'Ordonnance de Villers-Cotterêts », *Gaz. pal.* n° 301, 28 oct. 2001, pp. 42-45.

²⁶⁸ Art. 5, al. 1^{er}, L. n° 94-665 du 4 août 1994.

*nature à constituer une discrimination à raison de son origine*²⁶⁹. »

3.- La suppression des listes de motifs

162.- Protocole additionnel n° 12. Enfin, la piste internationale peut éventuellement être empruntée. En effet, le droit européen offre certains instruments conventionnels propres à aplanir la situation, notamment dans le cadre de la Convention EDH et son article 14 qui prohibe les discriminations. Selon l'article 14 de la CEDH, le bénéfice des droits garantis par la CEDH doit être assuré sans discrimination, c'est-à-dire sans distinction fondée sur un motif prohibé tel que le sexe, la nationalité, la race, la religion, etc²⁷⁰. Dès lors, dépourvu de caractère autonome, il est nécessaire, pour se prévaloir d'une discrimination, de combiner l'article 14 avec un autre droit garanti par la Convention. Or, un protocole additionnel a été adopté le 26 juin 2000 et ouvert à signature depuis le 4 novembre 2000 – le protocole additionnel n° 12²⁷¹ – consacre l'autonomie de l'article 14 en posant une interdiction générale de discrimination. En ce sens, l'article 1er de ce protocole n° 12 énonce que « *la jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.* » En outre, « *nul ne peut faire l'objet d'une discrimination de la part d'une autorité publique quelle qu'elle soit fondée notamment sur les motifs* » précités. Il prévoit ainsi qu'il serait possible de faire reconnaître l'existence d'une discrimination *in abstracto* c'est-à-dire pour tous les droits y compris un droit non garanti par la CEDH. Signé et ratifié par 18 Etats (ex. : Albanie ; Bosnie-Herzégovine ; Croatie ; etc.), ce protocole est entré en vigueur le 1^{er} avril 2005.

²⁶⁹ Cass. soc., 10 nov. 2009, n° 08-42.286, *Bull. civ. V*, n° 245.

²⁷⁰ En droit français, la langue ne constitue pas un motif discriminatoire. Dès lors, le contentieux se noue autour des motifs liés à l'appartenance ethnique et aux origines. Sur ce point, CA Chambéry, ch. soc., 9 juin 2011, RG n° 10/02.311, inédit, *Liaisons soc. Quotid.*, *Bref social* n° 15927, 5 sept. 2011, p. 1, où une société de droit anglais souhaitait recruter un *native french speaker* (langue maternelle française). Sur le fondement de l'article L. 1133-1 du Code du travail, la Cour d'appel de Chambéry a considéré qu'il n'y avait pas discrimination car l'exigence posée par la société répondait à une nécessité objective en terme d'exigence professionnelle.

²⁷¹ A ce sujet, Badinter (R.), « Du protocole n° 11 au protocole n° 12 », *Mélanges en hommage à Louis-Edmond Pettiti*, Bruxelles : Bruylant, 1998, pp. 103-112.

Dès lors, seuls les Etats ayant ratifié le protocole n° 12 sont tenus par le principe d'interdiction générale de la discrimination. A ce jour, une seule décision a été rendue sur le fondement de ce protocole n° 12²⁷². Par contre, la France ne l'a ni signé, ni ratifié. En effet, il a été considéré que consacrer l'autonomie de l'article 14 ferait exploser le contentieux de la discrimination. Peut-être le temps est-il venu de procéder à la signature et à la ratification de ce protocole additionnel ?

Plus largement, en réalité, les dispositifs de lutte contre les discriminations n'ont qu'une vocation : écarter des motifs subjectifs qui n'ont pas de rapport avec l'aptitude professionnelle des candidats à un emploi ou l'aptitude des salariés à exécuter les tâches qui leurs sont confiées. Peut-être est-ce comme la part irréductible de nature qui réside dans l'être humain ? Peut-être les discriminations son-elles la marque irréductible du caractère *intuitu personae* de la relation de travail ?

²⁷² CEDH, G^{de} ch., 22 déc. 2009, Sedjic et Finci c/ Bosnie-Herzégovine, *JCP G* 2010, *Doctr.* 70, n° 25, obs. F. Sudre.

SECTION 2.- LA PREUVE DE LA DISCRIMINATION

163.- Nous allons nous intéresser successivement aux événements mettant fin à la demande, à la charge de la preuve, au fait générateur et au stade de la discrimination, aux modes de preuve et, enfin, au motif légitime.

PARAGRAPHE 1.- LES ÉVÈNEMENTS METTANT FIN A LA DEMANDE

164.- Dans le contentieux de la discrimination devant les cours d'appel on constate un certain nombre d'événements qui mettent fin à la demande, l'unicité de l'instance, la prescription et la transaction. En théorie, l'ensemble de ces événements peuvent concerner tous les types de discrimination mais, en pratique, seule la discrimination syndicale se révèle concernée.

A.- L'unicité de l'instance

165.- Après avoir rappelé ce que recouvre la règle de l'unicité de l'instance,

1.- La règle de l'unicité de l'instance

166.- La règle de l'unicité de l'instance, énoncée à l'article R. 1452-6 du Code du travail²⁷³ dispose que « 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». Il en ressort que la saisine du conseil de prud'homme impose au demandeur de regrouper l'ensemble de ses demandes au cours d'une même instance. A défaut, le demandeur encourt, s'il introduit une procédure prud'homale ultérieurement de voir ses demandes frappées d'une fin de non-recevoir sanctionnée par l'irrecevabilité de ses demandes.

²⁷³ Ancien Art. R. 516-1, *C. trav.*

167.- De manière générale, afin d'atténuer la rigueur de cette règle, la chambre sociale a procédé à certains aménagements pour éviter qu'une atteinte trop importante ne soit portée à l'encontre des garanties du procès équitable²⁷⁴. Tout d'abord, traditionnellement, présenter des demandes nouvelles en cause d'appel ne donne aucunement prise à l'unicité de l'instance²⁷⁵.

Ensuite, il a été jugé que la règle de l'unicité de l'instance résultant de l'article R. 1452-6 n'est applicable que lorsque la première instance s'est achevée par un jugement sur le fond²⁷⁶.

2.- Position du problème

168.- Le questionnement sur l'unicité de l'instance ne s'est posé que pour la discrimination syndicale.

L'unicité de l'instance constitue-t-elle une entrave aux demandes de reconnaissance de demande de discrimination syndicale ? Le cas échéant, de quelle manière ? L'étude des décisions d'appel offre l'opportunité de montrer la spécificité du contentieux de la discrimination syndicale au regard de cette règle traditionnelle du procès prud'homal. Les juridictions d'appel confrontées à cette cause d'irrecevabilité interprètent cette règle dans un sens favorable au salarié demandeur. En ce sens, plusieurs contentieux peuvent illustrer cette approche.

3.- L'utilisation de la technique du découpage

169.- La difficulté apparaît lorsqu'un premier contentieux a opposé le salarié à son employeur et qu'une décision devenue définitive interdit normalement la saisine

²⁷⁴ En ce sens, Cass. soc., 14 mars 2007, n° 05-42.379.

²⁷⁵ Par ex., CA Grenoble, 5 févr. 2007, RG n° 05/03789 ; CA Riom, 12 sept. 2006, RG n° 05/01434. Pour une transaction conclue en appel alors qu'une fin de non-recevoir a été prononcée par le conseil de prud'hommes, V. CA Nancy, 25 juill. 2008, RG n° 0701704.

²⁷⁶ Cass. soc., 16 nov. 2010, Perrin c/ Société ATB, n° 09-70.404, *Bull. civ.* V, n° 260, *Dr. soc.* 2011, p. 432, note M. Keller, *RDT* 2011, p. 55, note E. Serverin, *RJS* 2011, p. 68. V. également CA Bourges, 19 juin 2008, RG n° 08/01482 ; CA Chambéry, 18 juin 2009, RG n° 08/02683 ; CA Douai, 30 sept. 2010, RG n° 09/01860 ; CA Grenoble, 5 févr. 2007, RG n° 05/03789 ; CA Nancy, 25 juill. 2008, RG n° 07/01704 ; CA Riom, 12 sept. 2006, RG n° 05/01434 ; CA Riom, 27 sept. 2011, RG n° 10/02953.

nouvelle de la juridiction prud'homale.

C'est la situation à laquelle est confrontée la Cour d'appel de Versailles où deux procédures prud'homales ont été menées en parallèle – l'une en première instance et l'autre déjà en appel. Pour la Cour d'appel de Versailles, il est nécessaire, pour une bonne administration de la justice, de prononcer un sursis à statuer dans l'attente de la décision du CPH et de joindre ultérieurement les deux appels²⁷⁷.

C'est également l'hypothèse rencontrée par la Cour d'appel de Bourges dans un arrêt du 19 juin 2008²⁷⁸. Dans cette affaire, l'employeur oppose au salarié la règle de l'unicité de l'instance. En réponse, le salarié fait valoir que ses prétentions au titre de la réparation de la discrimination syndicale n'ont été révélées que postérieurement à la première décision devenue définitive. En outre, il avance que les modalités de l'administration de la preuve lui étaient à l'époque défavorables. Il précise que *« la découverte d'éléments de preuve postérieurs, qui auraient pu concourir au succès de ses prétentions au cours de la première instance, ne constitue pas un nouveau fondement autorisant l'introduction d'une nouvelle instance »*. En outre, *« l'argument suivant lequel l'administration de la preuve était alors plus difficile pour le salarié est également sans effet sur la date de découverte des faits pouvant caractériser une discrimination »*. La cour d'appel en conclut que la règle de l'unicité de l'instance est applicable aux demandes formulées au titre de la discrimination syndicale.

170.- Cela étant, la Cour d'appel de Bourges²⁷⁹ procède à un aménagement de l'application de la règle de l'unicité de l'instance. Elle effectue un découpage dans le temps qui lui permet de connaître uniquement des faits postérieurs à la première action en justice. Seules les demandes portant sur cette période sont donc soumises à examen. En d'autres termes, elle considère que la période antérieure à la décision devenue définitive est inattaquable par application de l'unicité de l'instance. En revanche, la discrimination syndicale s'inscrivant dans le temps et se poursuivant au delà de la décision devenue définitive, les demandes de réparation de la discrimination syndicale présentées pour la période postérieure à la décision devenue définitive ne sont pas

²⁷⁷ CA Versailles 24 févr. 2011, RG n° 07/04482 et 10/03458.

²⁷⁸ CA Bourges, 19 juin 2008, RG n° 08/01482.

²⁷⁹ CA Bourges, 19 juin 2008, RG n° 08/01482.

affectées par l'unicité de l'instance et sont donc recevables. De cette façon, la décision rendue par la cour d'appel de Bourges paraît être une décision conciliant la réparation de la discrimination et l'unicité de l'instance.

Reprenant cette posture, c'est la Cour d'appel de Douai²⁸⁰ qui remédie le mieux au caractère continu de la discrimination syndicale en relevant que « *le principe* [de l'unicité de l'instance] *n'est pas applicable lorsque, bien que nés ou révélés lors d'une précédente instance prud'homale, les faits se sont poursuivis après la clôture des débats de cette dernière* ». La Cour d'appel de Douai aboutit au même résultat que la Cour d'appel de Bourges mais en créant un véritable exception propre à la discrimination syndicale.

On constate un raisonnement similaire pour la Cour d'appel de Versailles²⁸¹.

171.- Est encore avancé l'argument selon lequel le demandeur n'avait pas connaissance de l'étendue de son préjudice en raison de l'absence d'éléments de comparaison en sa possession. A ce sujet, la Cour d'appel de Riom²⁸² se montre sensible à cette argumentation et considère que l'unicité de l'instance ne peut s'appliquer lorsque la victime supposée de discrimination fait valoir qu'elle n'a connu les éléments de comparaison faisant apparaître la différence de traitement que postérieurement à la procédure, et qu'aucun des éléments versés aux débats ne permet de vérifier qu'il aurait connu antérieurement les éléments de comparaison nécessaires, cette connaissance ne pouvant résulter du seul fait qu'il tenait son poste de travail depuis plusieurs années avec la classification qu'il conteste.

172.- D'autres cours d'appel sont moins méticuleuses. Pour la cour d'appel de Chambéry²⁸³, aucun découpage temporel n'est nécessaire, la recevabilité de l'action en discrimination étant acquise en intégralité pour trois raisons : - la durée du délai de la prescription²⁸⁴ ; - le caractère continu de la discrimination (« *le fait de discrimination et*

²⁸⁰ CA Douai, 30 sept. 2010, RG n° 09/01860.

²⁸¹ CA Versailles 13 juill. 2011, 10/03731.

²⁸² CA Riom, 27 sept. 2011, RG n° 10/02953.

²⁸³ CA Chambéry, 18 juin 2009, RG n° 08/02683.

²⁸⁴ A l'époque de cette décision, le délai de prescription était fixé à 30 ans ; cet argument n'est pas valable car il opère une confusion entre le regroupement des demandes et le délai de prescription.

le préjudice invoqués par le salarié se sont poursuivis après l'extinction de la dernière instance à laquelle celui-ci était partie ») ; - la révélation du préjudice postérieurement à l'instance devenue définitive, le demandeur n'ayant « eu exactement connaissance de l'étendue de son préjudice par la communication par son employeur des éléments de comparaison nécessaires ».

173.- Toutefois, ce raisonnement ne semble pas retenir les faveurs de la chambre sociale de la Cour de cassation qui – confrontée à la même problématique²⁸⁵ – distingue nettement entre les causes du litige et la connaissance des éléments de comparaison nécessaires à la présentation de sa demande au titre de la discrimination syndicale. Elle s'en tient ainsi à sa jurisprudence traditionnelle selon laquelle le fondement connu des prétentions avant la clôture des débats s'oppose à l'introduction d'une nouvelle instance par application du principe de l'unicité²⁸⁶.

B.- La prescription de l'action en discrimination syndicale

174.- En matière pénale la prescription est de trois ans suivant l'article 8 du Code de procédure pénale. En matière civile, à laquelle se rattache le contentieux de la discrimination syndicale, les règles régissant la prescription²⁸⁷ ont été bouleversées par deux réformes successives.

²⁸⁵ Cass. soc., 15 janv. 2014, n° 12-23578, Publié.

²⁸⁶ Cass. soc., 27 mai 1998, n° 96-42.196 à 96-42.205, *Bull. civ. V*, n° 286 ; Cass. soc., 16 avr. 2008, n° 06-44.356, *Bull. civ. V*, n° 90 ; Cass. soc., 25 sept. 2013, n° 12-13.965 et 12-14.351, Publié.

²⁸⁷ En matière de discrimination syndicale, V. Lanquetin (M.-Th.), *op. cit.*, n° 200 et suiv. ; V. Delnaud, « Prescription et discrimination », *D.* 2008, p. 2533 ; Gauriau (B.), « Sur quelques délais de prescription en droit du travail », *Dr. soc.* 2008, p. 789 ; de Quenaudon (R.), « La réforme du droit de la prescription : loi du 20 juin 2008, Aspects de droit du travail », *Petites affiches*, 21 avr. 2009, n° 66.

1.- L'impact de la première réforme

175.- La première relève de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008²⁸⁸ qui fixe désormais le délai de prescription de l'action, en matière de discrimination à cinq ans. C'est l'objet de l'article L. 1134-5, alinéa 1^{er}, du Code du travail qui énonce que « *l'action en réparation du préjudice résultant d'une discrimination se prescrit par cinq ans à compter de la révélation de la discrimination* [al. 1er]. *Ce délai n'est pas susceptible d'aménagement conventionnel* [al. 2]. *Les dommages et intérêts réparent l'entier préjudice résultant de la discrimination, pendant toute sa durée* [al. 3]. »

176.- Auparavant, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, un salarié victime d'une discrimination dans l'évolution de sa carrière et/ou de sa rémunération et qui sollicitait l'indemnisation du préjudice résultant de cette discrimination pouvait agir dans un délai de 30 ans à compter des faits litigieux²⁸⁹ et, ainsi, obtenir la réparation de son préjudice – correspondant, pour l'essentiel, à une perte de salaire – sur une période de 30 ans²⁹⁰.

177.- Le nouveau délai de 5 ans prévu par le Code du travail doit être également lu en

²⁸⁸ L. n° 2008-561 du 17 juin 2008 *portant réforme de la prescription en matière civile*, JO n° 141, 18 juin 2008, p. 9856. Sur l'application de la loi dans le temps des nouvelles dispositions, V. Cass. soc., 20 févr. 2013, n° 10-30028, Publié : « *ayant constaté que la discrimination litigieuse avait été révélée à la salariée par le courrier de l'inspection du travail du 17 octobre 2006, soit moins de cinq ans avant l'introduction le 25 septembre 2009 de sa demande en dommages-intérêts, la cour d'appel, faisant une exacte application tant de l'article L. 1134-5 du Code du travail dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 que de l'article 26 II et III de ladite loi, a déclaré non prescrite cette demande qui tendait à la réparation du préjudice subi par l'intéressée et résultant de la discrimination, pendant toute sa durée* ». Par ailleurs, des règles identiques ont été reprises pour le secteur de la Fonction publique comme il ressort de l'article 7 bis dans la loi du 13 juillet 1983 *portant droits et obligations des fonctionnaires*.

²⁸⁹ Cass. soc., 15 mars 2005, n° 02-43.560, *Bull. civ. V*, n° 86 ; Cass. soc., 15 mars 2005, *JurisData* n° 2005-027723 ; *Bull. civ. V*, n° 86, p. 75 ; *D. 2005, Pan.* p. 2507, obs. B. Lardy-Pélissier ; *RJS* 2005, n° 540 ; CA Riom, ch. soc., 28 juin 2005, *JurisData* n° 2005-281354 à propos de la responsabilité de l'employeur pour discrimination syndicale ou salariale au détriment d'un salarié ; Cass. soc., 15 mars 2005, n° 02-43.560 et n° 02-43.616, *JurisData* n° 2005-027723 ; *Bull. civ. V*, n° 86 ; *Dr. soc.* 2005, p. 827, note Ch. Radé ; *SSL suppl.*, n° 1256, 2006, note H. Flichy ; Cass. soc., 20 sept. 2005 : *RJS* 2005, n° 1216 ; Cass. soc., 10 avr. 2008, n° 06-44.453 ; Cass. soc., 10 avr. 2008, n° 06-45.821 ; Sargos (P.), « *Etendue et limites de la prescription quinquennale* », *SSL* n° 1208.

²⁹⁰ Pour un exemple ancien, CA Riom, 30 oct. 2007, RG n° 06/00630.

combinaison avec les dispositions de droit commun, en général, et, en particulier, de l'article 2232 du Code civil qui institue un délai « butoir²⁹¹ », « afin d'éviter que les actions ne deviennent, de fait, imprescriptibles par le jeu du point de départ "glissant", et afin de respecter l'équilibre nécessaire à la sécurité juridique²⁹² ». Selon cet article, « le report du point de départ, la suspension ou l'interruption de la prescription ne peut avoir pour effet de porter le délai de la prescription extinctive au-delà de vingt ans à compter du jour de la naissance du droit. » *A priori*, aucune décision analysée ne comporte de problème au sujet du délai butoir de 20 ans.

178.- Outre la durée du délai, le législateur a mentionné un point de départ spécifique pour la computation des recours en matière de discrimination. Selon l'article L. 1134-5 du Code du travail, la prescription de l'action commence à courir à compter de la « révélation » de la discrimination. Ce texte s'appuie sur des solutions jurisprudentielles anciennes²⁹³. Que recouvre cette notion ? De la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation, il résulte que « n'est pas la simple connaissance de la discrimination par le salarié mais qu'elle correspond au moment où il dispose des éléments de comparaison mettant en évidence la discrimination²⁹⁴. »

179.- Il est encore énoncé par l'article L. 1134-5 du Code du travail que « les dommages et intérêts réparent l'entier préjudice résultant de la discrimination, pendant toute sa durée [al. 3]. ». Par rapport à ce texte, le délai de prescription de 5 ans pourrait être vu comme entrant en conflit avec la période au titre de laquelle la réparation est demandée. En réalité, le délai de 5 ans n'interdit pas de remonter au delà de ce délai s'agissant de la réparation ou des éléments à mettre en œuvre pour calculer le montant de la réparation, conformément à la jurisprudence française antérieure²⁹⁵ et au droit de l'Union européenne²⁹⁶ qui militent dans le sens de la réparation intégrale du préjudice subi. En

²⁹¹ Delnaud (V.), « Prescription et discrimination », *D.* 2008, p. 2533 ; V. aussi Lanquetin (M.-Th.), *op. cit.*, n° 206 et suiv.

²⁹² Delnaud (V.), *loc. cit.* ; dans le même sens, Lanquetin (M.-Th.), *op. cit.*, n° 206.

²⁹³ Cass. soc., 1^{er} avr. 1997, n° 94-43.381, *Bull. civ.* V, n° 130.

²⁹⁴ Brissy (S.), *op. cit.*, n° 104. En ce sens, Cass. soc., 22 mars 2007, n° 05-45.163, inédit.

²⁹⁵ Cass. soc., 4 févr. 2009, n° 07-42.697.

²⁹⁶ CJCE, 10 avr. 1984, Von Colson, aff. C- 14/83, *Rec. CJCE*, p. 189 ; CJCE, 10 avr. 1984, Doris Hartz, aff. C- 79/83, *Rec. CJCE*, p. 1921. ; CJCE, 2 avr. 1993, Helen Marshall, aff. C-271/91, *Rec. CJCE*, I, p. 4367.

ce sens, « *il sera possible par ce biais de remonter davantage encore dans les premiers temps de la carrière du salarié qui s'estime victime d'une discrimination*²⁹⁷. »

Confrontés au problème, les juges du fond sont, semble-t-il, très bien rodés. Par exemple, la Cour d'appel de Chambéry énonce justement dans un arrêt du 29 novembre 2011 que « *si la prescription interdit la prise en compte de faits de discrimination couverts par elle, elle n'interdit pas au juge, pour apprécier la réalité de la discrimination subie au cours de la période non prescrite, de procéder à des comparaisons avec d'autres salariés engagés dans des conditions identiques de diplôme et de qualification à la même date que l'intéressé, celle-ci fût-elle antérieure à la période non prescrite*²⁹⁸ ».

2.- L'impact de la seconde réforme

180.- La seconde résulte d'une loi du 14 juin 2013²⁹⁹. Selon le nouvel article L. 1471-1 du Code du travail, « *toute action portant sur l'exécution ou la rupture du contrat de travail se prescrit par deux ans à compter du jour où celui qui l'exerce a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer son droit.* ». Toutefois, le législateur, aux termes du second alinéa du même article, exclut l'application de ce nouveau délai aux « *actions en réparation d'un dommage corporel causé à l'occasion de l'exécution du contrat de travail, aux actions en paiement ou en répétition du salaire et aux actions exercées en application des articles L. 1132-1, L. 1152-1 et L. 1153-1.* » Ces nouvelles règles « *ne font obstacle ni aux délais de prescription plus courts prévus par le [Code du travail] et notamment ceux prévus aux articles L. 1233-67, L. 1234-20, L. 1235-7 et L. 1237-14, ni à l'application du dernier alinéa de l'article L. 1134-5.* » Il en ressort que la seconde réforme ne remet pas en cause la législation de 2008 en matière de discrimination syndicale.

²⁹⁷ Brissy (S.), *op. cit.*, n° 104.

²⁹⁸ CA Chambéry, 29 nov. 2011, RG n° 11/00555.

²⁹⁹ Art. 21, L n° 2013-504 du 14 juin 2013 *relative à la sécurisation de l'emploi*, JO n° 138, 16 juin 2013, p. 9958.

C.- La transaction

181.- La répression d'une discrimination syndicale commande l'intervention du juge, soit dans le cadre des référés, soit au fond. Il est toujours possible pour les justiciables de conclure entre elles une transaction au sens du Code civil pour mettre fin à leur différend comme l'a reconnu la chambre sociale de la Cour de cassation³⁰⁰, imitée en cela par quelques cours d'appel³⁰¹.

PARAGRAPHE 2.- CHARGE DE LA PREUVE

182.- Si le charge de la preuve appartient principalement aux parties, néanmoins d'autres acteurs tiers peuvent intervenir.

A.- Le rôle des parties

183.- La charge de la preuve est une question centrale dans le domaine de la lutte contre les discriminations dans la mesure où elle en conditionne l'efficacité. Une application stricte de l'article 1315, alinéa 1^{er}, du Code civil devrait conduire à exiger du candidat à un emploi ou du salarié qu'il établisse la réalité et la matérialité de la discrimination. Toutefois, il faut reconnaître qu'il est bien souvent impossible ou, à tout le moins, particulièrement difficilement pour la victime d'une discrimination d'avoir accès aux éléments probatoires nécessaires. En effet, comment le candidat à un emploi qui estime être victime d'une discrimination peut-il prouver la faute de son employeur alors même qu'il n'a pas eu accès à l'emploi et qu'il n'est donc pas dans l'entreprise ? De la même façon, le salarié évincé en raison un motif illicite, n'est plus dans l'entreprise. Par ailleurs, pour le salarié écarté de l'entreprise comme pour celui encore en poste, l'auteur

³⁰⁰ Cass. soc., 24 avr. 2013, n° 11-15204.

³⁰¹ Pour une transaction en cours d'instance, CA Nancy, 25 juill. 2008, RG n° 07/01704 et CA Riom, 11 oct. 2011, RG n° 10/01174.

de la discrimination fait généralement en sorte de ne pas laisser trace d'élément probant. Or, une discrimination non prouvée est une discrimination qui n'existe pas³⁰². Le rapport contractuel particulier dans lequel est placé le salarié (compte tenu de l'état de subordination dans lequel il se trouve à l'égard de son employeur) a pu justifier l'aménagement de la charge de la preuve en matière de discriminations. L'absence de modification des règles de preuve en la matière rendrait ineffectif la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement³⁰³. Face à ce constat, le droit européen a progressivement instauré la règle du partage de la charge de la preuve. Ce régime probatoire s'est ensuite imposé dans la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation par une interprétation de la loi française à la lumière du droit européen, avant d'être définitivement consacré par le législateur.

184.- Le dispositif de prohibition de la discrimination au travail a donc été perfectionné. En effet, la loi 16 novembre 2001³⁰⁴ est venue aménager la charge de la preuve des discriminations. La charge de la preuve devrait normalement peser sur la personne qui s'estime victime d'une discrimination³⁰⁵. La loi du 16 novembre 2001 insère dans le Code du travail l'article L. 1134-1 créant une présomption simple de discrimination en faveur du non employeur dès lors qu'il « *présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte* ».

1.- Les règles juridiques liées à l'aménagement de la charge de la preuve

185.- La loi du 16 novembre 2001 aménage la charge de la preuve des discriminations, en insérant à l'article L. 1134-1 alinéa premier du Code du travail la règle selon laquelle « *lorsque survient un litige en raison d'une méconnaissance des dispositions du chapitre II, le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié **présente**³⁰⁶ des éléments de fait **laissant supposer** l'existence*

³⁰² « *Idem est non esse et non probari* » (*Ne pas être et ne pas être prouvé reviennent au même*).

³⁰³ Michaud (C.), « La preuve des discriminations en droit du travail », *JCP S* 2012.1481, p. 13.

³⁰⁴ L. n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 *relative à la lutte contre les discriminations*, *J.O.* 17 nov. 2001, p. 18311.

³⁰⁵ Conformément au droit commun de la preuve : C.civ., art.1315.

³⁰⁶ La directive communautaire utilise le verbe établir et non présenter : Minet (C.), « Présomption et

d'une discrimination directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination [...] ».

* Le demandeur est donc tenu, dans un premier temps, **d'établir une présomption simple de discrimination supposée en sa faveur**. La matérialité des faits permettant de « laisser supposer » l'existence d'une discrimination ne saurait, en principe, résulter de simples allégations avancées par le salarié³⁰⁷. *Quid des abus ?* Pour M. Vuilque, « à tout perdre, je préfère le risque des quelques recours abusifs à une impunité des pratiques discriminatoires »³⁰⁸ ? Pour la Cour de cassation, le demandeur n'a pas à établir la discrimination mais doit apporter des éléments qui dans leur ensemble la laissent supposer³⁰⁹. En théorie, les faits doivent en effet être suffisamment précis et circonstanciés. Le salarié aura ainsi recours à un faisceau d'indices tels que la production de témoignages, de documents ou encore des constatations du médecin du travail³¹⁰.

Les parties peuvent prouver ce qu'elles allèguent par tous moyens, en effet, la preuve est libre.

* Le défendeur doit ensuite, dans un second temps, la présomption étant relative, **établir qu'il n'a pas manqué au principe de l'égalité de traitement en justifiant que sa décision obéit à des motifs objectifs étrangers à toute discrimination**. « Ces éléments objectifs doivent s'entendre comme étant à la fois objectivables, c'est-à-dire matériellement vérifiables, et exempts de subjectivité »³¹¹. Il résulte de la jurisprudence de la Cour de cassation qu'« ils peuvent s'entendre de l'expérience, de l'ancienneté, ou encore de la qualité du travail, estimée par exemple par le biais de bilans

preuve de la discrimination en droit du travail », *JCP E* 2013, p. 804.

³⁰⁷ Minet (C.), *op. cit.*, p. 896.

³⁰⁸ Cf. M. Vuilque, cité par C. Minet, *op. cit.*, p. 897.

³⁰⁹ Cass. soc., 29 juin 2011, n° 10-14067, *Bull. V.*, n° 166.

³¹⁰ Michaud (C.), « La preuve des discriminations en droit du travail », *JCP S.*2012, 1481, p. 13.

³¹¹ *Id.*, n° 24.

d'évaluation »³¹². A défaut, l'employeur supportera le risque de la preuve car le doute profite au non employeur.

* Enfin, « *le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utile* ». En effet, il revient aux juges du fond de s'assurer de la pertinence ainsi que de la régularité des éléments présentés qui ne peuvent consister en de simples allégations³¹³. « *Le juge forme sa conviction, après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles*³¹⁴ ». Ces mesures d'instruction peuvent être particulièrement utiles dans les petites entreprises, car le salarié dispose de peu d'éléments de comparaison.

2.- L'impact de cette répartition particulière

186.- Indéniablement, cette répartition particulière de la charge de la preuve a pour objet de rééquilibrer la difficulté pour le salarié d'apporter la preuve du traitement discriminatoire. Ce dernier ne doit pas prouver la discrimination ; il doit apporter des éléments suffisamment précis pour insinuer un doute sérieux dans l'esprit du juge sur les raisons d'une décision prononcée à son encontre. Si tel est le cas, il appartient à l'employeur de démontrer que la mesure litigieuse repose sur des motifs objectifs étrangers à toute discrimination. Il ne faut néanmoins pas considérer que la charge de la preuve a été renversée. Même si le salarié n'est pas tenu de prouver la discrimination elle-même, c'est bien à lui qu'il appartient de commencer à apporter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination. A de nombreuses reprises, les juges du fond ont eu l'occasion de rappeler qu'il ne peut se contenter de simples allégations. On l'aura compris, ce filtrage a pour but d'éviter une multiplication des actions en justice sans véritable fondement. Ce système original de la preuve partagée a alors soulevé diverses interrogations, notamment quant à sa pertinence au regard des grands principes devant guider les procès.

³¹² *Ibid.*

³¹³ Michaud (C.), *op. cit.*, n° 19.

³¹⁴ Art. L. 1134-1, *C. trav.*

De ce point de vue, la Chambre sociale de la Cour de cassation a considéré qu'eu égard à la nécessité de protéger les droits fondamentaux de la personne concernée, l'aménagement de la charge de la preuve des discriminations entre le salarié et l'employeur « *ne viole pas le principe l'égalité des armes tel que résultant de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* ». Cela étant, ces règles particulières ne sont pas applicables en matière pénale, le principe de la présomption d'innocence imposant toujours à l'accusation de prouver la culpabilité d'une personne.

B.- Le rôle des tiers

187.- Parfois, les parties ne sont pas les seules à supporter la charge de la preuve, des tiers peuvent intervenir soit spontanément comme le juge (a), soit à la demande de l'une des parties, telle la Halde (b), l'Inspecteur du travail (c), les associations (d) et les syndicats (e).

1.- Le rôle du juge : les mesures d'instruction pouvant être ordonnées

188.- Il résulte de l'article L. 1134-1 du Code du travail, reprise de l'article 143 du Code de procédure civile, que « *Le juge forme sa conviction, après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles* ».

a.- Les règles posées par la Cour de cassation

aa.- En ce qui concerne la procédure au fond

189.- La jurisprudence de la Cour de cassation est venue apporter des précisions sur ces mesures d'instruction. En effet, selon un arrêt du 4 février 2009³¹⁵, il résulte de l'article L. 1134-1, alinéa 3 du Code du travail « *que le juge du fond apprécie souverainement l'opportunité de recourir à des mesures d'instruction portant aussi bien sur les éléments présentés par le salarié et **laissant supposer l'existence d'une discrimination** que sur ceux apportés par l'employeur pour prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* ». En ce qui concerne le salarié, il doit donc produire des éléments de fait de nature à insinuer le doute sur la régularité de la mesure patronale³¹⁶.

190.- La Cour de cassation, le 12 juin 2013³¹⁷, va également dans ce sens lorsqu'elle énonce « *qu'il appartient **au salarié** qui invoque une atteinte au principe "à travail égal, salaire égal" **de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de caractériser une inégalité de rémunération** ; que lorsque le salarié soutient que la preuve de tels faits se trouve entre les mains d'une autre partie, il lui appartient de demander au juge d'en ordonner la production ; que ce dernier peut ensuite en tirer toute conséquence de droit en cas d'abstention ou de refus de l'autre partie de déférer à une décision ordonnant la production de des pièces* »³¹⁸. Par cette décision, la Cour de

³¹⁵ Cass. soc., 4 févr. 2009, *JCP S* 2009, 1173, note A. Bugada.

³¹⁶ Cf en ce sens V. Manigot, note sous Cass. soc., 12 juin 2013, *JCP S* 1397, p. 34.

³¹⁷ Cf. note préc.

³¹⁸ « *La délivrance de cette injonction de produire, qui contribue utilement à la loyauté du débat judiciaire, n'est soumise qu'à la démonstration d'un intérêt légitime à la production et à celle de l'utilité de la pièce demandée, qui doit rendre vraisemblable le fait allégué, (être) utile au succès de la prétention* » : A. Varnek et M. Keim-Bagot, note sous Cass. soc., 3 déc.2008, *RDT*.2009.105.

cassation énonce donc que la décision du juge peut également être impulsée par le refus implicite ou explicite de l'autre partie d'apporter son concours. Un arrêt précédent du 19 décembre 2012³¹⁹ interpelle néanmoins en ce qui concerne l'utilisation de la procédure de référés.

ab.- En ce qui concerne la procédure en référé

191.- En vertu de l'article L. 1134-1 un salarié peut obtenir en référé sur la base de l'article 145 du Code de procédure civile, avant toute procédure au fond, la communication des contrats de travail, bulletins de paie, calcul des primes et tableaux des avancements et promotions de 12 salariés. Pour la Haute juridiction, cette mesure d'instruction procède « *d'un motif légitime* » et nécessaire. Cette décision suscite notre réflexion à l'instar de Monsieur Le Professeur Césaró car comment « *peut-on vraiment considérer que la mesure est "nécessaire" lorsque le salarié bénéficie déjà de règles lui permettant de faire valoir ses prétentions plus efficacement ?* ». Cette interprétation de la Cour de cassation pourrait conduire en pratique « *à une multiplication (qui pourrait être d'ampleur) de demandes destinées "à voir"* ». On en arrive à un paradoxe, le salarié va obtenir en référé, alors même qu'il n'a pas établi la présomption de discrimination, des mesures d'instructions qu'il n'obtiendra pas nécessairement lors d'une procédure au fond où les mesures d'instructions seront dépendantes des éléments de fait présentés laissant supposer une présomption de discrimination. Pour Monsieur Manigot (*préc.*), en pratique, « *lorsque le juge ordonne de telles mesures, c'est qu'il considère que le demandeur lui a déjà soumis suffisamment d'éléments pour insinuer le doute sur la décision patronale (d'ailleurs, en matière d'égalité de traitement ou de discrimination, les mesures d'instruction peuvent parfois uniquement servir à évaluer le préjudice subi par le salarié)* ».

192.- La Cour de cassation est encline à ce que les juges du fond ordonnent des mesures d'instruction en référé. En effet, la compétence du juge des référés est reconnue par la

³¹⁹ Cass. soc., 19 déc.2012, *JCP S* 1222, note J. F. Césaró.

jurisprudence en matière de discrimination. Il a notamment été jugé que la violation de l'article L. 2141-5 du Code du travail prohibant spécifiquement la discrimination syndicale constitue un trouble manifestement illicite justifiant l'intervention du juge des référés³²⁰. Il est nécessaire d'établir l'existence d'un trouble manifestement illicite, l'action devant le juge des référés étant à défaut irrecevable. Cette preuve revient en principe au salarié³²¹ mais il peut être reproché au juge des référés de ne pas avoir cherché à déterminer s'il existait un tel trouble³²². Sous ces conditions, le juge des référés est compétent pour prononcer des mesures conservatoires, en application des articles R. 1455-6 et R. 1455-7 du Code du travail, notamment la réintégration du salarié victime dans son ancienne équipe de travail³²³, voire son classement provisoire au niveau hiérarchique demandé³²⁴. Les appels interjetés sur des ordonnances de référé sont relativement rares³²⁵.

b.- L'application de ces règles par les cours d'appel

193.- Des mesures d'instruction ou des demandes sont ordonnées dans le cadre des contentieux liés à la discrimination liée à l'état de santé ou à la discrimination syndicale.

ba.- En ce qui concerne la discrimination liée à l'état de santé

194.- L'arrêt de la cour d'appel de Versailles du 24 juin 2008³²⁶ est le seul qui ordonne des mesures d'instruction. Dans cet arrêt, le salarié avait été débouté par le conseil des prud'hommes de Versailles de sa demande de discrimination salariale fondée sur son état de santé. Toutefois, les juges de la cour d'appel infirment cette décision. Pour retenir la

³²⁰ Cass. soc., 4 oct. 2005, n° 03-45.491 ; Cass. soc., 5 avr. 2005, n° 03-46.935.

³²¹ Cass. soc., 29 juin 2005, n° 04-43.165 ; CA Paris, 7 févr. 2008, *JurisData* n° 2008-376215.

³²² Cass. soc., 23 nov. 1999, *JurisData* n° 1999-004024 ; *Bull. civ.* 1999, V, n° 450.

³²³ Cass. soc., 19 oct. 1999, *JurisData* n° 1999-003796 ; *RJS* 1999, n° 1476.

³²⁴ Cass. soc., 25 janv. 2006, n° 03-47.706.

³²⁵ Par ex., CA Bourges, 2 juill. 2010, RG n° 1000431, CA Chambéry, 20 mars 2007, RG n° 0501616 (demande de réintégration), CA Grenoble, 19 janv. 2009, RG n° 0801907 (rétablissement des conditions de travail, du mode de remboursement de ses frais de repas et du véhicule d'entreprise mis à sa disposition).

³²⁶ RG n° 07/03619.

discrimination invoquée par le salarié, ils s'appuient sur le rapport effectué par les deux conseillers rapporteurs désignés par la juridiction prud'homale.

Cet arrêt nous apprend que **deux conseillers rapporteurs** ont été désignés par la juridiction prud'homale. Ces derniers **ont joué un rôle actif dans la recherche de la vérité** :

Trois membres de l'entreprise ont été auditionnés. Il est en effet précisé qu'ils ont auditionné un **responsable du salarié** qui s'est déclaré satisfait du travail fourni par le salarié et a précisé qu'il avait demandé au chef du personnel de lui accorder une augmentation. **Le chef du personnel** a indiqué aux conseillers que le refus de promotion s'expliquait par ses problèmes de vue et de concentration et qu'il profitait de son handicap. Mais selon le **délégué syndical**, l'absence de révision de carrière du salarié doit être imputée à la seule volonté du chef du personnel qui n'a jamais répondu aux réclamations présentées.

Il semble également qu'un des deux conseillers rapporteurs ait appliqué la **méthode CLERC**. Du nom d'un syndicaliste CGT de la fédération de la métallurgie, **cette méthode consiste à comparer l'évolution de carrière de tous les salariés engagés la même année au même coefficient (élaboration de panels comparatifs)**. En l'espèce, l'arrêt mentionne qu'un conseiller rapporteur avait établi des courbes de synthétisation des évolutions de salaires et des évolutions des coefficients avec les autres salariés des différents secteurs où le salarié a travaillé et ce, à partir des fiches individuelles de synthèse de la gestion de carrière du personnel. **Ces courbes ont contribué à mettre en évidence la discrimination** dont faisait l'objet le salarié dans l'évolution de sa carrière en raison de ses problèmes de santé (le salarié a subi une régression professionnelle et un blocage de son salaire depuis sa crise d'épilepsie en 1993 alors même que les médecins du travail l'ont toujours déclaré apte sans réserve).

bb.- En ce qui concerne la discrimination syndicale

195.- Pour les arrêts concernant la discrimination syndicale, le juge d'appel tend à exercer un grand pouvoir d'appréciation sur le recours ou non à des mesures

d'instruction. Ainsi, la cour d'appel de Douai décide-t-elle qu' « *au vu des pièces produites et des explications des parties, la Cour a la conviction sans qu'il soit nécessaire d'ordonner une mesure d'instruction, que l'existence d'une discrimination syndicale n'est pas établie*³²⁷ ». En appel, les arrêts ordonnant une mesure d'instruction sont relativement rares³²⁸, la plupart des demandes en ce sens étant rejetées³²⁹ . sur ce type de discrimination. Les juges considèrent peut-être que le stade de l'appel n'est plus véritablement le moment de la recherche des éléments de preuve.

196.- Cela étant, il arrive que la cour d'appel estime opportun, à toutes fins utiles de devoir recourir à une mesure préalable d'instruction, notamment « *sur le chiffrage des heures effectuées au cours de la période de référence, susceptibles d'induire soit des heures supplémentaires, soit des repos compensateurs en application des règles de modulation prescrites par l'accord d'entreprise*³³⁰ ». D'autres précisions sont apportées sur le champ d'investigation sur lequel peuvent porter les mesures d'instruction. Pour la Cour d'appel de Bordeaux, « *il résulte du troisième alinéa de l'article L. 1134-1 du Code du travail que le juge du fond apprécie souverainement l'opportunité de recourir à des mesures d'instruction portant aussi bien sur les éléments présentés par le salarié et laissant supposer l'existence d'une discrimination que sur ceux apportés par l'employeur pour prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination*³³¹ . »

³²⁷ CA Douai, 29 juin 2007, RG n° 06/02510. V. également CA Douai, 30 mai 2011, RG n° 10/01691.

³²⁸ En première instance, CA Douai, 30 mai 2011, RG n° 10/01691 ; ordonnance confirmée en appel : CA Orléans, 15 sept. 2011, RG n° 10/01165.

³²⁹ Par ex. : CA Douai, 29 juin 2007, RG n° 06/02510.

³³⁰ CA Aix-en-Provence, 18 janv. 2011, RG n° 09/06063.

³³¹ CA Bordeaux, 18 oct. 2011, RG n° 10/05388 ; CA Bordeaux, 18 oct. 2011, RG n° 10/05389 ; CA Bordeaux, 18 oct. 2011, RG n° 10/05390.

2.- Le rôle de la Halde

a.- Présentation générale

197.- Comme de nombreux autres pays européens où des autorités indépendantes distinctes ont été chargées de lutter contre les différentes formes de discrimination³³², une autorité administrative indépendante (AAI), dénommée « Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité (HALDE)³³³ », avait été instituée en France par une loi du 31 décembre 2004³³⁴ complétée par un décret du 4 mars 2005³³⁵. Par la suite, les pouvoirs de la HALDE ont été accrus par le législateur aux termes d'une loi du 31 mars 2006³³⁶. Cette AAI spécialement dédiée aux discriminations a été fondue au sein d'une nouvelle institution plus généraliste : le Défenseur des droits.

198.- Institué à l'occasion de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008³³⁷, et ce, après de vifs débats, le Défenseur des droits³³⁸ est inspiré du *Defensor del Pueblo* espagnol³³⁹. Ses fondements juridiques sont très éclatés : le régime juridique de cette

³³² Belorgey (J.-M.), « De quelques problèmes liés à la prohibition et à l'élimination des discriminations, Essai de clarification des concepts et éléments de droit comparé », *Dr. soc.* 2002, p. 688.

³³³ Art. 1, al. 1^{er}, L. n° 2004-1486 du 30 décembre 2004.

³³⁴ L. n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, *JO* n° 304, 31 déc. 2004, p. 22567, texte n° 3.

³³⁵ D. n° 2005-215 du 4 mars 2005 relatif à la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, *JO* n° 55, 6 mars 2005, p. 3862.

³³⁶ L. n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances, *JO* n° 79, 2 avr. 2006, p. 4950.

³³⁷ Art. 41, L. constit. n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République. A ce sujet, Waline (J.), « A propos de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 », in *Chemins d'Europe. Mélanges Jean-Paul Jacqué*, Dalloz, 2010, pp. 723-741.

³³⁸ Cf., pour plus de détails, Verpeaux (M.), « Il est né le Défenseur des droits, A propos des lois du 29 mars 2011 », *JCP éd. G* 2011, 502 ; Daniel (J.), Bailly (M.), « Le Défenseur des droits », *JCP S* n° 27, 5 juill. 2011, 1320 ; « La HALDE est-elle soluble dans le Défenseur des droits ? », *SSL* n° 1476, p. 3 ; Mayaud (Y.), « La HALDE, une trop "Haute" autorité ? Propos hétérodoxes sur un transfert de répression », *Dr. soc.* 2007, p. 932.

³³⁹ A ce sujet, V., entre autres, Sánchez-Saudinós (J. M.), « Le rôle et les défis du "Defensor del Pueblo" dans le système politique de l'Espagne », *Mélanges en l'honneur du Professeur Yves Guchet. Droit, politique et littérature*, Bruxelles : Bruylant, 2009, pp. 287-317.

première Autorité Constitutionnelle Indépendante³⁴⁰ (ACI) prend appui sur l'article 71-1 de la Constitution de 1958 – article unique situé dans un Titre XI *bis*³⁴¹ – et s'organise autour d'une loi organique³⁴² et d'une loi ordinaire³⁴³ toutes deux adoptées le 29 mars 2011. Ce dispositif législatif, déjà très étoffé, a été complété, au niveau réglementaire, par deux décrets du 29 juillet 2011, le premier étant relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits³⁴⁴, le second ayant trait à l'organisation et au fonctionnement des services de cette ACI³⁴⁵.

199.- On précisera que la Cour de cassation estime qu' « *en donnant à la HALDE le droit de présenter des observations par elle-même ou par un représentant dont rien n'interdit qu'il soit un avocat, la loi ne lui a pas conféré la qualité de partie* ». Il en résulte que les juridictions du fond n'ont pas à se prononcer sur la recevabilité de l'intervention de la HALDE. Il en ressort également que « *la loi [n'a pas] conféré [à la HALDE] la qualité de partie* ». En revanche, dans la mesure où cette audition constitue un droit pour la HALDE, il est exclu que cette institution soit forcée à intervenir à la demande d'une partie au procès. Ainsi, une juridiction administrative « *qui dirige seule l'instruction, n'est pas tenue de faire droit à des conclusions tendant à ce que la HALDE présente des observations*³⁴⁶ », celle-ci ne l'ayant pas demandé expressément. Il peut simplement s'agir d'une invitation à présenter des observations, conformément à l'article 13 de la loi du 30 décembre 2004. Cette solution a été confirmée dans un arrêt du 16 novembre 2010³⁴⁷.

³⁴⁰ Art. 2, L. org. n° 2011-333 du 29 mars 2011.

³⁴¹ Il est amusant de constater que plusieurs procédures de règlement amiable sont considérées comme des itinéraires *bis*, tel que la médiation judiciaire (Art. 131-1 à 131-15, *CPC* - Titre VI bis : La médiation), ce qui est peu flatteur.

³⁴² L. org. n° 2011-333 du 29 mars 2011 *relative au Défenseur des droits*, *JO* n° 75, 30 mars 2011, p. 5497.

³⁴³ L. n° 2011-334 du 29 mars 2011 *relative au Défenseur des droits*, *JO* n° 75, 30 mars 2011, p. 5505.

³⁴⁴ D. n° 2011-904 du 29 juillet 2011 *relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits*, *JO* n° 175, 30 juill. 2011, p. 13020.

³⁴⁵ D. n° 2011-905 du 29 juillet 2011 *relatif à l'organisation et au fonctionnement des services du Défenseur des droits*, *JO* n° 175, 30 juill. 2011, p. 13023.

³⁴⁶ CAA Bordeaux, 30 juill. 2009, Préfet de la Haute Vienne, Req. n° 08BX00717, inédit.

³⁴⁷ Cass. soc., 16 nov. 2010, Association Comité d'expansion économique du Puy-de-Dôme, n° 09-42.956, inédit.

b.- Saisine et moyens

200.- La HALDE dispose des attributions suivantes :

- une saisine soit d'office soit d'une personne physique,
- un pouvoir d'investigation en demandant à toute personne des explications, la communication d'éléments d'informations ou de documents quel qu'en soit le support, d'entendre toute personne dont le concours lui paraît utile, étant précisé que la HALDE dispose d'agents assermentés et spécialement habilités par le Procureur de la République pouvant constater les délits de discrimination,
- un pouvoir d'injonction, en cas de carence des détenteurs des renseignements ou de documents, et la possibilité de saisir un juge des référés pour contraindre le récalcitrant,
- un pouvoir de vérifications sur place, à l'exception des lieux privés, et si un refus est opposé la saisine possible d'un juge des référés d'une demande motivée afin qu'il autorise ces vérifications,
- un pouvoir de demander aux autorités publiques toutes mesures de nature à lui faciliter sa tâche lesquelles doivent lui communiquer toutes informations et pièces utiles, les agents publics ou chargés d'un service public étant tenus d'y déférer,
- un devoir d'assistance de la victime dans la constitution de son dossier et du choix de la procédure la mieux adaptée à son cas,
- un pouvoir de proposer une médiation,
- un pouvoir de recommandation, les destinataires devant rendre compte de la mesure prise sous peine de publication d'un rapport spécial publié au journal officiel,
- la possibilité de faire des observations aux juridictions traitant de discrimination, à la demande des parties ou du juge,
- un pouvoir de proposer une transaction pénale,
- le pouvoir de mettre en mouvement l'action publique par une citation directe en cas de refus de la transaction ou d'inexécution de celle-ci,

- le pouvoir de porter les faits à la connaissance de l'autorité disciplinaire laquelle doit l'informer des suites données à cette transmission.

201.- Ainsi présentées les prérogatives de la HALDE, on aurait du mal à croire que le juge n'accorde pas d'intérêt aux travaux effectués par cette autorité administrative qui, de notre point de vue, allège énormément le travail du juge saisi d'un litige relatif à une discrimination. Toutefois, le juge d'appel affirme qu'au regard de l'article 6 de la Convention européenne de droits de l'homme, la HALDE ne saurait être à la fois juge et partie. En d'autres termes, le travail effectué par la HALDE n'a d'autre objectif que de permettre la présentation d'un dossier complet du litige au juge lequel peut naturellement servir de point d'appui pour reconnaître la présence d'éléments laissant supposer l'existence d'une discrimination et ainsi, amener l'employeur à exposer les éléments objectifs de nature faire la démonstration d'une absence de discrimination. Or, comme l'indique le rapport annuel 2008 de la Cour de cassation, *« l'employeur soumis à la question ne peut guère montrer ce que la différence n'est pas, sans établir ce qu'elle est. Le dépassement de la discrimination est inéluctable et rencontre alors la montée en puissance des exigences de motivation et de justification des conduites patronales. Le recours à une règle d'égalité permet au juge de légitimer son questionnement et d'apprécier la valeur de la réponse de l'employeur »*. De fait, le travail de la HALDE peut amener l'employeur dans ces derniers retranchements face au juge qui, accueillant favorablement la présomption de discrimination soulevée par le salarié – ou plutôt par la HALDE – admet, en quelque sorte, son parti pris en attendant le contre argumentaire de l'employeur permettant de contrebalancer le dossier préparé par la HALDE et présenté par le salarié.

c.- Garanties du procès équitable

202.- Pour ce qui est du contentieux que génère l'intervention du Défenseur des droits/HALDE, celui-ci porte notamment sur sa conformité avec les garanties du procès équitable (Art. 6, Conv. EDH) et sur sa recevabilité. Pour le premier point, certains

plaideurs se sont offusqués de la faculté pour le Défenseur des droits/HALDE de présenter des observations lors de l'instance³⁴⁸. Effectivement, la HALDE dispose de la prérogative de demander à être entendue par les juridictions civiles, pénales ou administratives, lorsque ces dernières sont saisies de faits relatifs à des discriminations. Dans ce cas, cette audition est de droit³⁴⁹. C'est sur la mise en œuvre de cette audition que porte le litige tranché dans une décision du 2 juin 2010 par la chambre sociale de la Cour de cassation³⁵⁰. Aux termes de cet arrêt, la chambre sociale de la Cour de cassation a statué en faveur de la conformité de ce pouvoir au regard du droit européen des droits de l'homme et du droit social de l'Union européenne. Par ailleurs, cette prérogative n'est pas soumise à un contrôle de recevabilité. Ainsi, la faculté de la HALDE de présenter des observations devant les juridictions est conforme au principe du procès équitable. Cette solution a été confirmée dans un arrêt du 16 novembre 2010³⁵¹.

d.- Recevabilité de l'intervention

203.- Pour le second point, selon l'article 13 de la loi du 30 décembre 2004³⁵², « *les juridictions civiles, pénales ou administratives peuvent, lorsqu'elles sont saisies de faits relatifs à des discriminations, d'office ou à la demande des parties, inviter la haute autorité ou son représentant à présenter des observations. La haute autorité peut elle-même demander à être entendue par ces juridictions ; dans ce cas, cette audition est de droit.* » Cette disposition prévoit deux hypothèses d'audition de la HALDE : la première sur invitation de la juridiction de jugement, la seconde à la demande de la HALDE elle-

³⁴⁸ Par ex., CA Dijon, 31 mai 2007, RG n° 0601279.

³⁴⁹ Art. 13, L. n° 2004-1486 du 30 décembre 2004.

³⁵⁰ Cass. soc., 2 juin 2010, Société Yusen air & Sea service, n° 08-40.628, *Dr. soc.* 2010, pp. 992-994, obs. J. Mouly, *JCP S* 2010, 1241, note G. Loiseau. Pour l'aspect pénal, V. Cass. crim., 24 janv. 2007, Caisse d'épargne et de prévoyance Provence-Alpes-Corse, n° 06-88.080, *Bull. crim.*, n° 19, p. 60, *AJDP* n° 3, mars 2007, pp. 130-131, obs. G. Roussel, *Dr. pén.* n° 4, avr. 2007, pp. 18-19, obs. M. Véron : « *La possibilité pour les juridictions civiles, pénales ou administratives d'inviter la HALDE à présenter des observations sur les faits dont elles sont saisies, ne contient que des dispositions de procédure fixant les modalités des poursuites et immédiatement applicables, au sens de l'article 112-2 du Code pénal, aux infractions commises antérieurement à son entrée en vigueur* ».

³⁵¹ Cass. soc., 16 nov. 2010, Association Comité d'expansion économique du Puy-de-Dôme, n° 09-42.956, inédit.

³⁵² L. n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, *JO* n° 304, 31 déc. 2004, p. 22567.

même. Or, la question s'est posée de savoir si les juridictions du fond devaient se prononcer sur la recevabilité de l'audition de la HALDE lorsque cette dernière effectue une demande en ce sens. Certaines cours d'appel répondent positivement à cette interrogation. Ainsi, pour la cour d'appel de Nîmes, est « *recevable la demande d'audition de la HALDE, dont l'expertise est telle qu'elle peut apporter un approfondissement certain et indiscutable aux débats quant aux circonstances de fait et quant à la portée exacte en la cause [d'une] jurisprudence*³⁵³ ».

e.- L'intervention de la HALDE selon la discrimination invoquée

204.- Les cas relevés concernent la discrimination syndicale, la discrimination fondée sur l'âge, et celle liée au sexe.

ea.- La discrimination syndicale

205.- Quel peut être son rôle en matière de discrimination syndicale ? Les arrêts concernant une intervention de la HALDE sont peu nombreux. On compte 3 interventions pour la Cour d'appel de Paris³⁵⁴, 1 pour la Cour d'appel de Dijon³⁵⁵, 3 pour la Cour d'appel de Versailles³⁵⁶, 11 pour la Cour d'appel de Douai³⁵⁷ et 1 pour la Cour d'appel de Riom³⁵⁸, avec une notable exception pour la Cour d'appel de Nîmes avec 31 interventions³⁵⁹. Pour cette dernière, il convient d'indiquer que le Défenseur des droits/HALDE intervenait à l'occasion d'un contentieux de masse.

De manière générale, sans que cela soit étonnant, le Défenseur des droits/HALDE joue

³⁵³ CA Nîmes, ch. soc., 9 févr. 2010, La Poste, RG n° n° 08/03-582, inédit ; V. également CA Lyon, préc. : sont « recevables en appel les observations de la HALDE qui a produit des observations en première instance à la demande de la juridiction et a sollicité le droit de faire de même en appel ».

³⁵⁴ CA Paris, 12 déc. 2007, RG n° 0508756 ; CA Paris, 2 avr. 2009, RG n° 0607984 ; CA Paris, 26 mai 2011, RG n° 0701599.

³⁵⁵ CA Dijon, 31 mai 2007, RG n° 0601279.

³⁵⁶ CA Versailles, 18 mars 2009, RG n° 0801515 ; CA Versailles, 7 mai 2010, RG n° 0900790 ; CA Versailles, 8 nov. 2011, RG n° 1004554.

³⁵⁷ CA Douai, 29 juin 2009, RG n° 0902090 ; CA Douai, 31 mars 2011, RG n° 1001121 *et al.*

³⁵⁸ CA Riom, 30 juin 2009, RG n° 0802639.

³⁵⁹ CA Nîmes, 9 nov. 2010, RG n° 09/01822 ; CA Nîmes, 13 oct. 2009, RG n° 08/03556 *et al.*

un grand rôle dans l'aide à la démonstration de la discrimination notamment syndicale, les juridictions prenant en compte les éléments de preuve apportées dans le cadre des enquêtes diligentées par le Défenseur des droits/HALDE³⁶⁰.

eb.- La discrimination liée à l'âge

206.- La discrimination directe est susceptible de se manifester dès le stade de l'embauche, un employeur refusant de recruter un salarié en raison de son âge. Dans une délibération du 27 avril 2009, la HALDE³⁶¹ a rappelé ce principe dans une affaire où le candidat à l'embauche était âgé de 56 ans. L'idée que les travailleurs de plus de 50 ans sont moins performants est assez largement répandue et les politiques de ressources humaines ont parfois une approche très stéréotypée des travailleurs âgés.

ec.- La discrimination liée au sexe

207.- En matière sexuelle, le recours aux services de la HALDE dans la constitution des dossiers demeure particulièrement faible. Force est de constater que, dès que cette dernière est présente à l'instance, le juge d'appel ne rechigne pas à intégrer les résultats de ses investigations pour permettre une étude complète du litige et ainsi, obtenir une retranscription fidèle des données du litige.

En revanche, certaines décisions démontrent bien que, même si la HALDE a une faculté d'action dans le cadre des instances introduites pour un motif discriminatoire, les Cour d'appel peuvent appréhender de façon restrictive cette faculté. Nous pouvons notamment nous baser sur un ensemble de décisions rendues le 13 juin 2009 par la Cour d'appel de Nîmes et dans lesquelles la HALDE intervenait directement à l'instance ce qui, par ailleurs faisait l'objet d'une demande en recevabilité de la part de l'employeur. Dans un premier temps, ces arrêts rappellent que « *lors de la création de la HALDE en 2004, la disposition de "l'audition de plein droit" avait été exclue selon les débats*

³⁶⁰ Par ex., CA Paris, 12 déc. 2007, RG n° 05/08756.

³⁶¹ *Délib.* HALDE n° 2009-199 du 27 avril 2009.

parlementaires, à la suite des avis contraires tant du rapporteur que du ministre, et que ce n'est qu'à la suite de la promulgation de la nouvelle loi de 2006 que la HALDE dispose de cette faculté ». Toutefois, la Cour d'appel de Nîmes reconnaît que, même si la HALDE a « *la possibilité de rassembler des éléments au profit de la victime, de l'assister, par des moyens exorbitants du droit commun, d'orienter le choix de la procédure à diligenter et ceci sans justifier d'un intérêt distinct de l'intérêt général, dont la défense devant la juridiction incombe au seul Ministère Public* », l'article 6 de la Convention Européenne des droits de l'homme, concernant le droit au procès équitable, fait obstacle « *à ce que la HALDE, puisse, à l'égard d'une même personne physique ou morale, et s'agissant des mêmes faits, exercer tout à la fois les pouvoirs d'une consultation juridique élaborée et construite, après une enquête et communication de documents d'une partie, et la faculté de demander son audition de plein droit en justice* ».

208.- Pour autant, le juge d'appel indique régulièrement que la HALDE a le droit, en application de l'article 13 de la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 qui l'a instituée, de demander son audition à toute juridiction civile, pénale, ou administrative saisie de faits susceptibles d'être discriminatoires³⁶². Toutefois, il est également rappelé que les délibérations rendues par la HALDE ne s'imposent pas à la Cour ni aux parties, puisqu'elles sont versées aux débats à titre de simple renseignement par la HALDE et sont portées à la connaissance des différentes parties au litige avant toute plaidoirie au fond. Ainsi, le juge reconnaît que les éléments fournis par la HALDE dans le cadre d'un litige lié à une discrimination sexuelle sont des indices qui permettent de faciliter le travail du juge sans que ces informations ne puissent s'imposer au juge. Cependant, et en raison de la difficulté soulevée par le contentieux de la preuve en matière de discrimination, il ne fait aucun doute que les délibérations rendues par la HALDE constituent un renseignement de premier choix lors du travail d'investigation mené par le juge. D'ailleurs, sur les 35 affaires dans lesquelles la HALDE est intervenue, 34 se sont soldées par la reconnaissance d'une discrimination³⁶³. De notre point de vue, le

³⁶² CA Rennes, 6 juin 2007, RG n° 06/04811.

³⁶³ Cette statistique doit être manipulée avec beaucoup de prudence en raison de l'existence de demandes différenciées effectuées devant la Cour d'appel de Nîmes et ce, pour un même contentieux.

travail effectué en amont par la HALDE offre certaines garanties aux salariés qui souhaitent introduire une instance portant sur une discrimination sexuelle, ce travail pouvant être apprécié comme un recueil de données solides ou, du moins, à une base de travail pour le juge chargé d'enquêter sur le litige pour mieux faire éclater la vérité.

209.- Pour cette raison, nous avons pu considérer précédemment que la participation de la HALDE lors des débats contribue à garantir les chances de reconnaissance d'une discrimination fondée sur le sexe car, en définitive, lorsque le juge reconnaît la présence d'éléments laissant supposer l'existence d'une discrimination, l'employeur aura, en règle générale, énormément de mal à renverser cette présomption lorsque la HALDE intervient dans le cadre de l'instance.

3.- Le rôle de l'inspecteur du travail

210.- La question du rôle de l'inspection du travail au niveau de la preuve a un intérêt en présence de salariés protégés. En effet, l'article L 2411-1 du Code du travail établit une liste de 17 types de salariés qui bénéficient, du fait de leurs mandats, d'un statut protecteur contre le licenciement³⁶⁴. À cette liste exhaustive, l'article L 2411-2 du Code du travail ajoute que « *bénéficient également de la protection contre le licenciement [...], le délégué syndical, le délégué du personnel, le membre du comité d'entreprise, le représentant du personnel au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, institués par convention ou accord collectif de travail* ». Dans l'ensemble de ces cas, la protection consiste à soumettre le licenciement à l'autorisation préalable de l'inspecteur du travail. Quelle est l'influence probatoire du refus ou de l'autorisation de licenciement sur la reconnaissance d'une discrimination syndicale ?

211.- Il convient de relever que les refus d'autorisation administrative de licenciement

³⁶⁴ A ce sujet, le fait pour l'employeur de renoncer à licencier un délégué syndical à la suite de son altercation avec un autre délégué syndical, bien qu'il ait obtenu l'autorisation administrative de le faire, ne constitue pas une discrimination vis-à-vis de l'autre délégué également demeuré dans l'entreprise en raison du refus de l'inspecteur du travail d'autoriser son licenciement (Cass. soc., 17 juin 2009, *RJS* 2009, n° 713).

d'un salarié protégé n'empêchent pas les juges du fond d'étudier l'objectivité des éléments avancés par l'employeur dans le cadre des procédures ainsi mises en œuvre. En ce sens, on peut évoquer un arrêt de la Cour d'appel de Versailles³⁶⁵ où un salarié, délégué syndical, a fait l'objet de trois procédures de licenciement en deux ans. Après des refus successifs de l'inspection du travail, la troisième procédure, motivée par une impossibilité de reclassement du salarié à l'occasion d'un transfert de marché, obtiendra néanmoins l'autorisation de l'inspection du travail sur demande à titre gracieux, mais annulée par le Ministre et conduisant à la réintégration du salarié.

Le travail des juges dans cette affaire témoigne bien de l'indépendance de leur analyse et du poids très relatif de la décision de l'autorité administrative³⁶⁶. Ainsi, à plusieurs reprises, les motifs invoqués par l'employeur, même s'ils n'ont pas convaincus l'inspection du travail et/ou le Ministre du travail, les juges du fond, en se livrant à l'analyse de l'objectivité des faits reprochés au salarié, concluent en l'absence de toute discrimination syndicale. Le refus administratif n'entraîne donc pas de présomption de discrimination syndicale vis-à-vis du salarié protégé.

4.- Le rôle des associations

212.- De manière générale, l'action en substitution est aussi ouverte aux associations « Loi 1901 ». L'article L. 1134-3 du Code du travail dispose que « *les associations régulièrement constituées depuis cinq ans au moins pour la lutte contre les discriminations ou œuvrant dans le domaine du handicap peuvent exercer en justice toutes actions, résultant de l'application des dispositions du chapitre II* ». Elles peuvent exercer ces actions en faveur d'un candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou d'un salarié dans les conditions prévues à l'article L. 1134-1 du Code du travail, sous réserve de justifier d'un accord écrit de l'intéressé. L'intéressé peut toujours intervenir à l'instance engagée par l'association et y mettre un terme à tout moment. Au regard de l'étude effectuée sur les arrêts d'appel, cette faculté n'est jamais mise en œuvre.

³⁶⁵ CA Versailles, 5^e ch., 5 févr. 2009, RG n° 06/04080.

³⁶⁶ V. également CA Grenoble, 26 mars 2007, RG n° 05/00938 où la cour vérifie l'analyse du Tribunal administratif.

5.- Le rôle des syndicats : L'exemple de la discrimination syndicale

213.- Les organisations syndicales peuvent agir, à différents titres dans le cadre d'une action judiciaire relative à une discrimination syndicale.

a.- La défense des intérêts collectifs

214.- D'abord, sur la base de l'article L. 2132-3 du Code du travail, l'organisation syndicale peut agir pour la défense des intérêts collectifs concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent. L'action dans l'intérêt collectif de la profession est ouverte à tous les syndicats professionnels sans exigence de représentativité³⁶⁷. « *Les organisations syndicales sont parties jointes dans les affaires prud'homales, dès lors qu'une discrimination syndicale porte nécessairement atteinte à l'organisation elle-même, au-delà de ses représentants ou de ses militants*³⁶⁸. »

b.- Statistiques de l'intervention syndicale

215.- En proportion des arrêts recensés, objet de la présente étude, les interventions syndicales sur le fondement de la défense des intérêts collectifs, les affaires où une organisation syndicale agit en appui d'une victime d'une discrimination syndicale sont en faible nombre. Entre 5 et 10 % des décisions montrent l'intervention d'une organisation syndicale, toutes étant représentatives³⁶⁹. Étrangement, dans deux affaires, le syndicat intervenant volontairement se désiste en appel sans que l'arrêt d'appel ne renseigne sur les raisons d'un tel désistement³⁷⁰. Il en ressort néanmoins quelques

³⁶⁷ Lanquetin (M.-Th.), *op. cit.*, n° 192.

³⁶⁸ *Ibid.*

³⁶⁹ Par ex. : CA Douai, 30 nov. 2010, RG n° 10/00420 ; CA Grenoble, 5 févr. 2007, RG n° 05/03789 ; CA Grenoble, 10 janv. 2011, RG n° 09/03395 ; CA Grenoble, 17 janv. 2011, RG n° 09/03447 ; CA Nancy, 4 nov. 2009, RG n° 08/02280 ; CA Nancy, 7 mars 2008, RG n° 07/00979 ; CA Nancy, 11 sept. 2009, RG n° 08/01910 ; CA Nancy, 26 janv. 2007, RG n° 06/00484 ; CA Poitiers, 17 mai 2011, RG n° 09/02276 ; CA Riom, 11 janv. 2011, RG n° 09/03000 ; CA Riom, 13 déc. 2011, RG n° 10/01924.

³⁷⁰ CA Douai, 30 nov. 2010, RG n° 10/00420, alors qu'une condamnation a été prononcée en première

enseignements.

c.- L'absence de stratégie judiciaire

216.- On aurait pu croire que les organisations syndicales se montreraient actives comme force de soutien des victimes de discrimination syndicale dans le cadre de la procédure judiciaire. Il n'en est rien : l'intervention volontaire n'a aucunement un caractère systématique. On relèvera uniquement que la majorité des interventions volontaires (4 décisions sur 12) concerne le contentieux porté devant la Cour d'appel de Nancy.

d.- L'intervention d'un syndicat peut être postérieure à la tentative de conciliation.

217.- D'un point de vue strictement juridique, il convient de relever que seul l'arrêt de la Cour d'appel de Riom tranche un vrai problème sur la recevabilité de l'intervention du syndicat et, plus précisément, sur le champ d'application de la tentative de conciliation instituée à l'article L. 1411-1 du Code du travail. En ce sens, la Cour d'appel de Riom énonce que « *s'il résulte des dispositions de l'article L 1411-1 du Code du travail que les litiges portés devant le conseil de prud'hommes doivent obligatoirement donner lieu à une tentative préalable de conciliation et si l'omission de ce préliminaire de conciliation constitue une formalité substantielle, cette procédure ne vise que le règlement des différends entre l'employeur et le salarié. La tentative de conciliation n'est pas exigée pour les demandes en intervention.* » Elle en conclut que l'intervention du syndicat postérieure à la tentative de conciliation ne saurait être déclarée irrecevable au motif qu'il n'était pas présent lors de la phase de conciliation.

instance et en appel ; CA Nancy, 7 mars 2008, RG n° 07/00979 (le syndicat est débouté de ses demandes en première instance).

e.- Dommages et intérêts demandés et obtenus

218.- Le montant demandé par le syndicat au titre des dommages et intérêts réparant le préjudice subi est extrêmement variable. Au plus bas, le syndicat demande l'allocation d'un euro de dommages et intérêts³⁷¹. Au plus haut, la demande de réparation peut s'élever jusqu'à 10.000 euros³⁷². Plus généralement, le montant est modéré : 300 euros³⁷³ ; 800 euros³⁷⁴ ; 1.000 euros³⁷⁵ ; 2.000 euros³⁷⁶.

Dans un cas de figure extrême³⁷⁷, le syndicat ne présente aucune demande, notamment lorsqu'est ouverte à l'encontre de l'entreprise employeur une procédure collective. En cette hypothèse, l'insolvabilité de l'employeur explique très logiquement l'absence de demande.

Dans la même optique, les montants attribués en présence d'une discrimination syndicale sont très variables mais restent très modiques : 100 euros³⁷⁸ ; 250³⁷⁹ et 1.500 euros³⁸⁰.

f.- Constantes des interventions syndicales

219.- Il existe plusieurs constantes pour l'ensemble des décisions. Tout d'abord, comme il se doit, la condamnation à des dommages et intérêts au profit du syndicat est conditionnée à l'existence d'une discrimination syndicale dont le salarié est victime. Une telle remarque n'est pas forcément anodine dans la mesure où les demandes présentées

³⁷¹ CA Poitiers, 17 mai 2011, RG n° 09/02276 ; CA Riom, 11 janv. 2011, RG n° 09/03000.

³⁷² En ce sens, CA Grenoble, 10 janv. 2011, RG n° 0903395 ; CA Grenoble, 17 janv. 2011, RG n° 0903447.

³⁷³ CA Nancy, 7 mars 2008, RG n° 07/00979.

³⁷⁴ CA Nancy, 11 sept. 2009, RG n° 08/01910 et 2 000 euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile.

³⁷⁵ CA Nancy, 4 nov. 2009, RG n° 08/02280 et 500 euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile.

³⁷⁶ CA Riom, 13 déc. 2011, RG n° 10/01924.

³⁷⁷ CA Nancy, 26 janv. 2007, RG n° 06/00484.

³⁷⁸ CA Grenoble, 5 févr. 2007, RG n° 05/03789.

³⁷⁹ CA Nancy, 11 sept. 2009, RG n° 08/01910.

³⁸⁰ CA Grenoble, 10 janv. 2011, RG n° 09/03395 ; CA Grenoble, 17 janv. 2011, RG n° 09/03447.

par le salarié recouvrent le plus souvent un large panel de prétentions. C'est le cas dans un arrêt du 11 janvier 2011 rendu par la Cour d'appel de Riom³⁸¹ où cette juridiction déboute le syndicat de ses demandes en raison de l'absence de discrimination syndicale alors que d'autres demandes ont porté leurs fruits. D'ailleurs, sur ce point, l'intervention syndicale n'est pas sans risque puisqu'en l'absence de discrimination syndicale, le syndicat peut être condamné aux frais de l'article 700 du Code de procédure civile³⁸². Ensuite, lorsque les cours d'appel entrent en voie de condamnation, aucune n'explicite véritablement les conditions d'intervention du syndicat, ni sa légitimité et encore moins les modalités de calcul des dommages et intérêts.

g.- Les actions en substitution

220.- Dérogeant à la règle « *Nul ne plaide par procureur* », les articles L. 1134-2 (anc. art. L. 122-45-1) et L. 1144-2 (anc. art. L. 123-6) autorisent les organisations syndicales à agir en substitution du salarié victime d'une discrimination. En ce sens, l'article L. 1134-2 du Code du travail dispose en effet que « les organisations syndicales représentatives au niveau national, au niveau départemental dans les départements d'outre-mer, ou dans l'entreprise peuvent exercer en justice toutes les actions résultant de l'application des dispositions résultant du chapitre II (consacré au principe de non-discrimination).

Au regard de l'étude effectuée sur les arrêts d'appel portant sur la discrimination syndicale et au vu des informations qui en ressortent, l'action en substitution n'est jamais mise en œuvre.

³⁸¹ CA Riom, 11 janv. 2011, RG n° 09/03000 ; V. également CA Riom, 13 déc. 2011, RG n° 10/01924 et CA Poitiers, 17 mai 2011, RG n° 09/02276.

³⁸² CA Poitiers, 17 mai 2011, RG n° 09/02276 où le syndicat est condamné au paiement de 1.000 euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile.

PARAGRAPHE 3.- LE FAIT GÉNÉRATEUR ET LE STADE DE LA DISCRIMINATION

A.- S'agissant de la discrimination liée à l'état de santé

1.- Découverte de l'état de santé ou du handicap lors de la période d'essai

221.- Quatre arrêts mettent en lumière la découverte de l'état de santé ou du handicap durant la période d'essai. Ils ont retenu notre attention en raison de la sanction appliquée révélant la difficulté d'articulation des règles juridiques en pratique avec cette période particulière et avec la nature de certains contrats.

a.- Les règles juridiques

222.- L'article L. 1132-1 du Code du travail n'a pas prévu la sanction d'une discrimination, quel que soit le motif, réalisée durant la période d'essai. La Cour de cassation saisie sur ce point, sous l'empire de l'article L. 122-45, par une décision du 16 février 2005³⁸³, considère, **au sujet de la rupture d'un contrat à durée indéterminée**, que les dispositions de cet article sont applicables à la période d'essai. En l'espèce, le contrat avait été rompu suite à 4 mois et demi d'arrêt de travail durant cette période. Par ailleurs, la Haute juridiction rejette le pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel de Paris qui avait considéré comme nulle la rupture du contrat de travail. Il résulte donc de l'arrêt rendu par la chambre sociale que **la sanction de la discrimination durant la période d'essai est la nullité**, suivant ainsi la sanction générale prévue à l'article L. 1132-4 pour « *toute disposition ou tout acte pris à l'égard d'un salarié en méconnaissance des dispositions* » du Chapitre II intitulé « *Principe de non*

³⁸³ Cass. soc., 16 fév.2005, n° 02-43402 ; *Bull.V*, n° 52, p. 45 ; *Sem.soc.Lamy* 2005, n° 1205, p. 10.

discrimination ».

b.- L'application de ces règles

223.- L'application de ces règles se révèle problématique pour les juges du fond. Quatre décisions de cours d'appel portent sur la discrimination lors de la période d'essai. Trois arrêts de la Cour d'appel d'Aix en Provence portent sur cette thématique : celui du 19 février 2009³⁸⁴, du 9 février 2010³⁸⁵, du 6 janvier 2012³⁸⁶ (Jennifer Bianchi c/Société TMR International) et, enfin, un arrêt de la cour d'appel de Riom du 5 mai 2009³⁸⁷. Seul l'arrêt du 6 janvier 2012 porte sur un contrat à durée déterminée, les trois autres portent sur un contrat à durée indéterminée.

Dans l'arrêt du 19 février 2009 (CDI), la 9^e chambre B de la cour d'appel **sanctionne la discrimination constatée** et « ***dit abusive la rupture de la période d'essai*** ». Elle condamne l'employeur à payer au salarié 7.000 euros de dommages et intérêts et 1.000 euros pour les frais irrépétibles³⁸⁸.

La 9^e chambre C, dans la décision du 6 janvier 2012 (CDD), quant à elle, énonce dans sa motivation que la SARL « ***sera condamnée à verser*** » à la salariée « ***la somme de 2.000 euros pour discrimination*** » et dans son dispositif que l'employeur est condamné à verser à sa salariée « ***les sommes de 26.571 euros au titre de la rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée*** » et à « ***2.000 euros au titre de la discrimination*** ». Aucune de ces deux décisions ne fait référence à une quelconque nullité alors qu'elle est la sanction prévue par les règles juridiques (cf. *supra*, a).

En ce qui concerne l'arrêt du 6 janvier 2012, on peut supputer que le choix de la terminologie « rupture anticipée » aux lieux et place de la nullité s'explique par la nature du contrat qui est, en l'espèce, un CDD à l'inverse des deux autres décisions. En effet, le droit commun de la rupture du CDD, prévu aux articles L. 1243-1 et suivants du Code du travail, chapeauté par une section première intitulée « Rupture anticipée », ouvre

³⁸⁴ RG n° 08/06786.

³⁸⁵ RG n° 08/14924.

³⁸⁶ RG n° 10/18816.

³⁸⁷ RG : 08/01084.

³⁸⁸ La cour précisant que l'appelant ne prouve pas l'existence d'un préjudice plus ample.

droit au salarié en cas de rupture anticipée intervenant « à l'initiative de l'employeur, en dehors de cas de faute grave, de force majeure ou d'inaptitude constatée... à des dommages et intérêts d'un montant égal aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme du contrat, sans préjudice de l'indemnité de fin de contrat prévue à l'article L. 1243-8 » (C.trav., art.L.1243-4). *Quid* du bénéfice des indemnités prévues à cet article si la sanction prononcée est la nullité ? Il semble que dans ce cas de figure la cour d'appel n'ait pas pris le risque de diminuer le montant de ces indemnités. Elle distingue donc la rupture anticipée et sa cause la discrimination, chacune donnant lieu à une indemnisation distincte.

224.- A l'inverse, la 18^e chambre de la cour d'appel d'Aix en Provence, dans sa décision du 9 février 2010 (arrêt n° 105 RG n° 08/14924)(CDI), prononce la nullité du licenciement (sic), relève que le salarié ne réclame pas sa réintégration et condamne l'employeur à payer les sommes suivantes au salarié : 10.070^e euros **pour licenciement nul** (qui, selon elle, « *compte tenu de l'ensemble des éléments de la cause* » répare « *le préjudice subi par la salariée* »³⁸⁹) et 500 euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile. Cette motivation n'est pas non plus satisfaisante car, lorsqu'il y a CDI, « *en principe, la rupture décidée par l'employeur* » durant la période d'essai « *n'est pas assujettie aux règles du licenciement (C.trav., art.L. 1231)* »³⁹⁰. **L'utilisation de la terminologie licenciement n'est donc pas adéquate.** L'arrêt de la cour d'appel de Riom du 5 mai 2009 (arrêt n° 18 RG n° 08/01084) se prononce dans le même sens. Il retient la discrimination durant la période d'essai alors que le salarié venait d'être victime d'un accident de trajet. En l'espèce, la cour énonce dans ses motifs que le licenciement est nul en application de l'article L. 1132-4 du Code du travail. Le salarié ayant demandé la réintégration, il obtient 30.765, 8 € au titre de rappels de salaires correspondant au préjudice subi entre le licenciement et la réintégration, 3.076,58 € pour indemnités de congés payés, 3.000 € de dommages et intérêts, et l'entreprise est condamnée à réintégrer le salarié sous astreinte de 100 € par jour pendant 6 mois. Ce qui surprend néanmoins par rapport au contenu des motifs est que, dans son dispositif, la cour d'appel

³⁸⁹ Elle confirme en outre l'indemnité compensatrice de préavis et l'indemnité de 10 % accordée au titre des congés payés afférents.

³⁹⁰ G. Auzero et E. Dockes, *Droit du travail*, 28 éd., Paris : Dalloz, Coll. *Précis*, 2014, n° 236, p. 261.

dit nul non pas le licenciement mais la rupture du contrat. Cet arrêt illustre encore la difficulté pour les juges du fond à articuler les règles juridiques et la terminologie adéquate en pratique.

2.- Etat de santé et évolution de carrière

a.- Discrimination liée aux absences pour maladie

aa.- Les règles juridiques

225.- A moins de démontrer que les absences pour maladie du salarié perturbent le fonctionnement de l'entreprise de telle manière que son remplacement définitif est rendu nécessaire, un employeur n'a pas la possibilité de sanctionner les absences issues de cet état³⁹¹.

Pour que le principe de non discrimination posé à l'article L. 1132-1 du Code du travail reçoive application, il n'est pas nécessaire de rechercher si la sanction est directement liée à la maladie ou si elle s'attache à l'absence du salarié résultant de celle-ci. Ainsi, selon la Cour de cassation, un accord d'entreprise qui « exonère l'employeur du paiement des indemnités de rupture en cas d'absence du salarié imposant son remplacement effectif » s'analyse « en une discrimination à l'égard de la salariée dont l'absence était liée à la maladie ³⁹² ».

Si l'employeur souhaite se fonder sur l'assiduité du salarié, il doit envisager toutes les absences quelle qu'en soient les causes³⁹³. Par conséquent, **si toutes les absences n'entraînent pas les mêmes conséquences alors « l'exclusion des salariés ayant été absents pour cause de maladie du bénéfice de l'augmentation salariale » constitue**

³⁹¹ S. Brissy, « Discriminations », *J.-Cl. Travail Traité*, Fasc. 17-11, n° 39.

³⁹² Cass. soc., 10 janv. 2001, n° 98-45.747.

³⁹³ *JCP S* 2012.1149, note L. Draï.

une mesure discriminatoire « *affectant la rémunération des salariés en raison de leur état de santé*³⁹⁴ ». Cette jurisprudence semble désormais bien établie dans la mesure où la Haute juridiction est venue confirmer cette analyse dans deux arrêts récents. En effet, la chambre sociale de la Cour de cassation a indiqué dans un arrêt du 28 janvier 2010 que « *la justification du retard de carrière par les absences pour maladie se heurte à la prohibition de la discrimination à raison de l'état de santé du salarié*³⁹⁵ ». Puis, par un arrêt du 11 janvier 2012, elle a réaffirmé que « *si un accord collectif peut tenir compte des absences pour le paiement d'une prime, c'est à la condition que toutes les absences, hormis celles qui sont légalement assimilées à un temps de travail effectif, entraînent les mêmes conséquences sur son attribution* ». Dans ce dernier arrêt, la Haute juridiction a ainsi approuvé le raisonnement tenu par une cour d'appel qui, pour déduire qu'une disposition insérée dans un accord d'entreprise heurtait la prohibition de la discrimination à raison de l'état de santé, a relevé que cette disposition mettait en place pour l'attribution d'une prime un système d'abattements pour les seules absences pour maladie des salariés³⁹⁶.

ab.- L'application de ces règles

226.- Plusieurs arrêts sanctionnent la discrimination au titre de l'évolution de carrière ou salariale.

*** CA Toulouse, 29 janvier 2010**³⁹⁷

227.- L'arrêt n° 12 de notre corpus (CA Toulouse, 29 janv.2010, arrêt n° 12, n° 08/02356) souligne que **les absences d'un salarié pour maladie ne peuvent, à elles seules, justifier un défaut d'avancement au mérite**. En l'espèce, un salarié engagé le 28 octobre 1985 par la société des Autoroutes du Sud de la France, en qualité de receveur, a été victime de plusieurs accidents du travail et de trajet lesquels avaient,

³⁹⁴ Cass. soc., 7 févr. 2006, n° 04-45.733.

³⁹⁵ Cass. soc., 28 janv. 2010, n° 08-44.486 ; *JCP S* 2010, 1196, note A. Martinon.

³⁹⁶ Cass. soc., 11 janv. 2012, n° 10-23.139.

³⁹⁷ RG n° 08/02356.

surtout à partir de 2002, généré de longues absences. Le salarié s'est considéré victime d'une inégalité salariale, caractérisant une discrimination liée à son état de santé dans la mesure où depuis le 1^{er} janvier 2002, il était classé à l'échelle 6, échelon 1. Le conseil de prud'hommes de Montauban, saisi le 13 octobre 2006 d'une demande de résiliation judiciaire, n'a pas donné satisfaction au salarié.

Devant la cour d'appel, l'appelant (le salarié) ne sollicitait plus la résiliation de son contrat de travail mais demandait la condamnation de la société ASF à lui payer diverses sommes à titre de dommages-intérêts (8.465 € réparation du préjudice résultant de la perte de salaire par rapport à l'un de ses collègues et 8.000 € en réparation de son préjudice moral). Le salarié maintenait avoir été victime d'une discrimination en raison de son état de santé, celle-ci était patente « *dès lors que l'employeur [reconnaissait] avoir tenu compte de ses absences pour apprécier son comportement professionnel pendant l'exécution du contrat de travail* », de plus, « *l'application des quotas de promotion institués par l'accord du 29 octobre 2001 ne [pouvaient] pas justifier le défaut d'avancement de sa carrière* ». Pour l'employeur, « *la rémunération [du salarié] se [situait] dans une honnête moyenne par rapport à l'ensemble des receveurs de la direction régionale d'Agen* ». Il ajoutait de surcroît que « *s'il n'[avait] pas bénéficié d'un avancement d'échelon, c'[était] parce que, dans un système d'avancement reposant sur la reconnaissance du mérite au travail, son comportement professionnel le désignait moins qu'un autre pour une promotion, dès lors qu'en raison de ses absences répétées, sa présence dans l'entreprise ne lui [avait] pas permis de faire apprécier son comportement au travail, qu'en outre, lorsqu'il était présent, son attitude était souvent critiquable* ». Enfin, l'employeur soutenait que « *l'individualisation des carrières et des rémunérations résultant de l'accord du 29 octobre 2001 [était] licite, même au regard de la règle "à travail égal, salaire égal", car les choix de l'employeur [n'étaient] pas arbitraires mais [procédaient] de considérations objectives ; les quotas [permettaient] de promouvoir les mieux classés* ».

Pour établir des éléments de faits laissant supposer qu'il était victime d'une discrimination en raison de son état de santé, le salarié a produit « *des bulletins de paye*

de plusieurs salariés de la société ASF exerçant les mêmes fonctions de receveur que lui au sein de la même direction régionale (Agen) ayant une ancienneté identique à la sienne ou même moindre, qui [étaient] classés à l'échelon 2 ». La cour d'appel a estimé qu'il résultait des tableaux produits par le salarié que celui-ci n'était « non pas, dans une "honnête moyenne" comme l'[indiquait] l'employeur, mais le plus mal classé : il [était] le seul ayant une ancienneté de 21 ans classé à l'échelon 1; sur les 32 receveurs ayant entre 16 et 20 ans d'ancienneté, seuls 5 ne [bénéficiaient] pas de l'échelon 2 ou 3; son indice (253,80 en 2007) [était] le moins élevé des receveurs ayant plus de 20 ans d'ancienneté et nombreux [étaient] ceux qui [avaient] un indice supérieur avec une ancienneté inférieure ». Pour justifier cette différence de traitement « la société ASF se [fondait] sur la mise en œuvre du protocole d'accord du 29 octobre 2001, faisant valoir essentiellement que les multiples absences [du salarié faisaient] obstacle à l'appréciation de ses compétences et de son comportement professionnel et ajoutant que son comportement [était] critiquable lorsqu'il [était] à son poste de travail ».

La cour d'appel a estimé que l'employeur n'était pas parvenu à démontrer que « le dispositif d'évaluation permettant de contrôler que ses décisions relatives à l'avancement des salariés [étaient] fondées sur des motifs objectifs étrangers à toute discrimination ». Aussi elle a relevé que « s'il est certain que ce dernier a été absent de manière fréquente et prolongée, surtout depuis 2002, c'est en majeure partie pour cause de maladie ou d'accident du travail. **Ces absences ne [pouvaient], à elles seules, justifier un défaut d'avancement au mérite, alors que rien n'[empêchait] l'employeur d'apprécier les qualités du salarié pendant ses périodes de présence, d'autant qu'il les [connaissait] nécessairement en raison de son ancienneté dans la fonction [...]** Ainsi, **l'employeur ne [justifiait] pas que sa décision de ne pas attribuer l'échelon 2 [au salarié était] fondée sur des éléments objectifs étrangers à une discrimination, directe ou indirecte, d'autant qu'il [invoquait] essentiellement ses absences pour raison médicale ».**

La cour d'appel a estimé que le préjudice subi par le salarié du fait de la discrimination, est constitué non seulement de la perte de rémunération résultant de la non attribution

d'au moins un échelon et d'indices supplémentaires, mais également par le préjudice moral en résultant nécessairement. Elle a ainsi évalué le préjudice à la somme globale de 10.000 €. On notera que si la cour d'appel mentionne bien l'article L. 1132-1 relatif au principe de non discrimination, elle ne cite pas en revanche l'article L. 1132-4 (précisant que la sanction en cas de violation dudit principe est la nullité de la mesure discriminatoire) **pour déterminer le préjudice subi par le salarié.**

* **CA Lyon, 3 décembre 2010**³⁹⁸

228.- Le salarié est dans l'entreprise depuis 1988 et a souscrit à l'origine plusieurs contrats à durée déterminés du 11 mai 1988 au 3 mars 2001. Il a été victime, le 12 mai 2007, d'un accident du travail qui a entraîné des arrêts de travail jusqu'au 15 juin 2007. Par la suite, il a fait une rechute le 10 août 2007 justifiant un arrêt du 20 septembre 2007 au 23 juillet 2008. Par ailleurs, il a été déclaré inapte à son poste, le 23 juillet 2008, après une première visite de reprise sous réserve d'une étude de poste et des possibilités d'aménagement ; à l'issue d'une seconde visite, le salarié a été déclaré inapte à son poste habituel mais apte à un poste ne nécessitant pas de port de charges lourdes ou l'élévation du bras gauche au-dessus de l'horizontal. L'employeur l'a licencié pour inaptitude le 12 septembre 2008. Indépendamment des revendications liées au licenciement sans cause réelle et sérieuse (la cour d'appel l'ayant suivi sur ce point en appel, considérant que l'employeur **en limitant ses recherches de reclassement à son seul magasin sans solliciter les autres magasins de l'enseigne n'a pas respecté son obligation de reclassement**), le salarié revendique une discrimination liée au non octroi de la prime annuelle, versée habituellement en novembre ou en décembre, durant son dernier arrêt de travail suite à la rechute. La cour relève d'ailleurs qu'il résulte des pièces produites au débat et notamment des bulletins de paie du salarié de novembre 2000 à décembre 2006 que le bénéfice de cette prime peut être considéré comme général, fixe et constant. Pour l'employeur, cette prime est exceptionnelle et ses modalités sont fixées annuellement sur la base de son seul pouvoir de direction, de telle sorte que le salarié n'était pas fondé à se prévaloir d'un quelconque rappel de prime ou même de contester l'absence de

³⁹⁸ RG n° 10/02599.

versement au titre de l'année 2007.

Pour le salarié son attitude revendicatrice serait à l'origine d'une sanction de la part de son employeur, appliquée de manière discriminatoire sur le montant de sa prime, contrairement aux primes versées à ses collègues.

Pour la Halde, il y a concordance de temps entre la période de revendication de la part du salarié auprès de sa hiérarchie, et le montant de la prime annuelle fortement réduit ; cette même correspondance est observée entre la période d'absence du salarié pour raison de santé et l'absence totale de versement de la prime.

Par ailleurs, la cour relève que la société « *ne répond pas à la demande du salarié de justifier du montant des primes annuelles versées aux autres salariés de l'entreprise pour les années 2005 et 2006, notamment en produisant les bulletins de paie correspond* ».

Pour la CA, face aux éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination l'employeur **n'apporte pas les éléments qui permettraient à la Cour de vérifier si, pour les années concernées, la baisse du montant de la prime est appliquée à l'ensemble du personnel ou uniquement au salarié. Elle ne cherche pas d'ailleurs à réaliser des mesures d'instructions pour exiger qu'il les produise.** La cour réforme le conseil des prud'hommes sur ce point et condamne l'employeur à payer au salarié la somme de 90 euros à titre de rappel de prime pour l'année 2005, et la somme de 100 e à titre de rappel de prime pour l'année 2006 (liens avec les revendications). Elle le condamne également à 150 euros à titre de rappel pour l'année 2007 mais on ne comprend pas pourquoi car la cour énonce que « *l'absence* » du salarié « *pour maladie durant l'année 2007 ne permet pas elle seule de justifier le non versement de la prime pour cette année, et ce d'autant plus que l'absence du salarié fait suite à un accident survenu au temps et au lieu de travail* ».

b.- Discrimination dans l'évolution de carrière liée à l'état de santé ou au handicap

*** CA Versailles 24 juin 2008³⁹⁹**

229.- La cour d'appel de Versailles dans une décision du 24 juin 2008 (arrêt n° 3) octroie une indemnité au salarié en considérant que l'employeur a commis à la fois une discrimination en raison de l'état de santé et un harcèlement moral.

Le 7 juin 1978, un travailleur handicapé catégorie B a été engagé en qualité d'agent de comptabilité par un contrat à durée indéterminée. Depuis le 1^{er} juillet 1991 et jusqu'à son licenciement pour motif économique le 31 octobre 2004, le salarié qui relevait de la convention de la métallurgie était chef de groupe comptabilité, niveau IV, coefficient 255. Le conseil des prud'hommes de Versailles a débouté le salarié de l'intégralité de ses demandes. Ce dernier interjette appel de ce jugement et demande à la cour d'appel, notamment au visa des articles L. 120-4, L. 122-45, L. 122-49 et L. 133-5 (devenus L. 1222-1, L. 1132-1, L. 1152-1, L. 2261-22), d'infirmier le jugement en lui attribuant le coefficient 365 (niveau V, échelon 3) ainsi que diverses indemnités. L'employeur demande que le jugement entrepris soit confirmé et que le salarié soit débouté de l'intégralité de ses demandes.

Au soutien de ses demandes devant la cour d'appel, le salarié expose n'avoir connu en 26 ans de carrière que deux évolutions de coefficient. Il avance également que suite à sa crise d'épilepsie en 1993, seules des tâches non comptables lui ont été confiées, en dépit d'un avis d'aptitude sans réserve du médecin du travail. Il fait état du compte rendu d'un entretien avec la DRH au cours duquel un licenciement transactionnel était envisagé ainsi qu'une augmentation de salaire de 700 francs en contrepartie de son engagement à établir un dossier d'invalidité. Il indique que le processus de marginalisation s'est accru suite au refus de son classement en invalidité. Il précise enfin que la direction n'a pas tenu compte des demandes de l'inspecteur du travail malgré l'intervention à deux

³⁹⁹ RG n° 07/03619.

reprises de ce dernier.

Les juges du fond relèvent que **l'un des deux conseillers rapporteurs désignés par la juridiction prud'homale a établi des courbes de synthétisation des évolutions de salaires et des évolutions des coefficients avec les autres salariés des différents secteurs** où le salarié a travaillé. Ces courbes mettent en évidence une disparité d'évolution de salaire et de coefficient au détriment du salarié. De plus, les juges constatent qu'à compter de 1996, le salarié a été cantonné dans un emploi ne correspondant ni à ses capacités physiques ni à ses compétences professionnelles et a subi une régression professionnelle non justifiée ainsi qu'un blocage de son salaire. L'activité professionnelle du salarié n'a en effet jamais été émaillée de critique motivée, ni d'observation sur la qualité du travail fourni. La tenue d'un seul entretien d'évaluation en 26 ans de carrière traduit l'impossibilité de promotion du salarié. Les juges d'appel soulignent également que l'employeur était prêt, pour l'inciter à quitter l'entreprise dans le cadre transactionnel, à lui consentir une hausse mensuelle de salaire. Selon la cour d'appel, l'ensemble des faits décrits et analysés conduit à retenir la réalité d'un comportement discriminatoire. **L'employeur n'est pas parvenu à combattre cette présomption de discrimination**, il n'a pas démontré que la différence de traitement était justifiée par des motifs objectifs et matériellement vérifiables. Notons, qu'en l'espèce, l'employeur est condamné non seulement pour discrimination en raison de l'état de santé du salarié mais également pour harcèlement moral. En réparation de la discrimination fondée sur l'état de santé du salarié ayant pour conséquence de freiner son évolution de carrière, la cour d'appel de Versailles attribue rétroactivement au salarié, à effet du 1^{er} mars 1999, la classification de niveau V, échelon 1, coefficient 305 de la convention collective de la métallurgie mais renvoie les parties à faire leurs comptes sur la base de cette nouvelle classification.

* **CA Metz, 27 juin 2011**⁴⁰⁰

230.- En l'espèce, la salariée avait été embauchée en contrat à durée indéterminée le 1^{er}

⁴⁰⁰ RG n° 09/02268.

avril 1974 pour 40 heures hebdomadaires. En 1981, à sa demande, ces heures ont été réduites après une naissance puis, elle est passée à 0,75 équivalent temps plein. Suite à une 3^e naissance en 1982, elle est passée à sa demande à mi-temps soit 19h30. Par la suite, elle a été victime d'un AVC à son domicile en 1995 et victime d'un grave accident de la circulation en 1996. Enfin, elle a été licenciée en 2008 suite à une inaptitude définitive à tout poste dans l'entreprise pour cause médicale constatée par le médecin du travail. Elle reproche notamment à son employeur devant la cour d'appel d'avoir privilégié d'autres salariés plus jeunes en violation des articles L. 1132-1 et L. 1134-1 du Code du travail. En effet, il n'a pas tenu compte des demandes qu'elle avait formulées à plusieurs reprises pour bénéficier à nouveau d'un emploi à 0,75 équivalent temps plein. Elle rapporte la preuve qu'à deux reprises, en décembre 2000 puis en novembre 2004, une personne a été engagée, en qualité d'agent administratif, fonctions qu'elle exerçait, pour occuper un tel emploi alors que son employeur avait connaissance de son souhait. Celui-ci réplique qu'aucun comportement discriminatoire ne peut lui être reproché puisqu'il a embauché une personne dont le profil correspondait au poste offert, contrairement au profil de compétences de la salariée.

231.- Cependant, la cour relève qu'il a été constaté que **la définition du nouveau poste ne différait pas sensiblement de celui occupé par la salariée** et qu'il correspondait même à un coefficient inférieur de sorte que la référence à ces prétendues moindres compétences n'est pas pertinente. Au surplus dans sa lettre datée du 8 octobre 2007, en réponse à Madame l'Inspectrice du Travail, le Directeur de L'Association, **tout en démentant que l'état de santé de la salariée soit intervenu dans son choix, rajoute, que "ses aptitudes ne sont plus identiques à ce qu'elles étaient"**. Il s'ensuit que **l'employeur ne justifie pas que les embauches litigieuses, qui ont échappé à l'intimée, étaient justifiées par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination** à raison de l'état de santé de la salariée. La cour d'appel confirme le jugement sur ce point néanmoins elle réduit les dommages et intérêts pour discrimination à 3.000 euros au lieu des 12.000 euros accordés par le conseil des prud'hommes, vraisemblablement en raison de ses 34 années d'ancienneté.

232.- A l'inverse, la cour d'appel de Limoges⁴⁰¹, par une décision du 10 mai 2010, rejette la discrimination invoquée par un employé de presse, embauché en 1996, devenu inapte au poste d'opérateur d'images à temps complet suite à une maladie professionnelle à la suite de laquelle il a accepté un poste à temps partiel à partir du 2 octobre 2006. Ayant fait vainement candidature, le 20 juillet 2006 et le 6 juillet 2007, sur un poste à temps plein de photographe, il allègue la discrimination pour non respect de la priorité d'emploi. La cour d'appel refuse de reconnaître cette discrimination car elle considère que sa preuve n'est pas rapportée. En effet, *« il ne lui a pas été donné satisfaction pour la simple raison qu'il ne réunissait pas les compétences nécessaires, n'ayant qu'un CAP photo et une expérience dans le domaine purement technique de la photogravure, pour être photographe de presse, fonction que la CC assimile à celle de journaliste. La cour constate, comme l'ont fait les premiers juges, que la discrimination alléguée ne repose sur aucun élément de fait, le salarié, recruté à ce poste, étant travailleur handicapé comme le salarié, classé dans la même catégorie que celui-ci et qu'il avait une formation générale plus importante et une expérience professionnelle de 10 ans en qualité de photographe pigiste »*. En conséquence, elle confirme *« le jugement déféré en ce qu'il a débouté le salarié de sa demande au titre de la discrimination »*.

* CA Orléans, 21 juin 2011⁴⁰²

233.- Un salarié est entré à la SNCF le 6 septembre 2001 en qualité d'agent commercial Voyageurs grade B position 4. En 2007, le médecin du travail délivre au salarié un certificat d'aptitude avec restrictions compte tenu de la dégradation de son état de santé. Le salarié a progressé dans la grille de l'évolution de la carrière une seule fois en 2005, pour passer de la position 4 à la position 5. Il revendique le niveau de qualification C dont bénéficient tous ses collègues de la boutique, alors qu'il aurait dû être prioritaire en raison de sa bonne notation. Par requête du 30 juin 2008, le salarié saisit le conseil des prud'hommes de Tours d'une action en dommages et intérêts pour harcèlement moral et exécution déloyale du contrat de travail ayant des conséquences sur sa santé d'une part, et pour non-respect de l'obligation légale de formation-adaptation d'autre part. Débouté

⁴⁰¹ RG n° 10/00111.

⁴⁰² RG n° 10/02231.

de l'ensemble de ses demandes par les premiers juges, à l'exception d'une somme de 1.000 € de dommages et intérêts allouée en dédommagement du retard mis par la SNCF pour installer des sanitaires sur son lieu de travail et 500 € sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile, le salarié interjette appel le 19 juillet 2010. L'appelant demande notamment à ce que la cour d'appel condamne la SNCF à lui verser 10.000 € de dommages et intérêts pour discrimination en raison du handicap et 10.000 € de dommages et intérêts pour harcèlement moral. Sur la discrimination, la cour d'appel vise l'article L. 122-45 tel que rédigé avant le 28 mai 2008, ainsi que l'article 4 de l'accord de 2003 en faveur des travailleurs handicapés lequel prévoit que conformément à la convention 159 de l'OIT, l'entreprise s'engage à assurer aux salariés bénéficiaires de cet accord, une carrière au moins égale à compétences égales, à celles des autres agents.

Cet arrêt est intéressant en ce qu'il précise quelle est la méthode d'appréciation que doivent adopter les juges lorsque le salarié fait état d'une stagnation salariale imputée à une discrimination, que celle-ci repose sur l'état de santé ou sur le handicap du salarié. La cour d'appel indique en effet que « *Pour apprécier une éventuelle discrimination, il ne suffit pas de se placer au niveau d'une boutique qui ne compte que quelques salariés et qui comprend par hypothèse des grades différents selon les responsabilités* ».

Afin d'établir des éléments de faits laissant supposer l'existence d'une discrimination en raison de son handicap, le salarié verse aux débats un tableau récapitulatif de la situation des salariés au 20 avril 2009. Ainsi, la cour d'appel constate que « *Si l'on considère l'ensemble de ses collègues employés dans des postes d'agent commerciaux, depuis [2001], tous ont des niveaux ou/et des positions supérieures à la sienne* ». Bien plus, la cour d'appel relève que des agents commerciaux embauchés en 2005 et 2006 avaient atteint respectivement la qualification B2 position 7 en avril 2009 et la qualification B2 position 8. Le salarié est au même niveau qu'un agent commercial embauché en 2007 et d'un autre embauché en 2002 mais dont il est précisé sans être démenti qu'il aurait volé dans la caisse. L'employeur ne parvient pas à justifier cette différence de traitement par des motifs objectifs étrangers à toute discrimination. La cour d'appel note en effet que « *La SNCF n'explique pas les raisons d'un tel écart en défaveur du salarié alors que*

celui-ci a été reçu brillamment à un examen interne du 18 mai 2005 et qu'il a été félicité par sa hiérarchie le 16 juin 2006, pour le sang-froid dont il avait fait preuve lors d'un incident ».

234.- Toutefois, la cour d'appel précise que « *La comparaison entre l'ancienneté des différents agents ne constitue pas la seule façon d'apprécier la valeur d'un agent au regard des nombreux critères prévus par le statut [...] la notation individuelle est encore un critère objectif d'appréciation qui n'est pas communiqué ici* ». L'employeur n'a pas réussi à renverser la présomption de discrimination établie par le salarié. La cour d'appel retient qu'en conséquence « *faute pour la SNCF de pouvoir justifier objectivement de cet écart très important dans l'évolution de la carrière de l'appelant par rapport à ses collègues, il ressort que [le salarié] a fait l'objet d'une discrimination qui n'est pas sans lien avec les difficultés qui ont opposé les parties depuis 2007 à la suite de la dégradation de son état de santé et de la nécessité de le reclasser dans un emploi conforme aux restrictions médicales imposées par le médecin du travail* ». En réparation, la cour d'appel condamne, sans mentionner l'article L. 1132-4 du Code du travail, la SNCF à verser au salarié 8.000 € de dommages et intérêts pour discrimination, 1.300 € sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile, dit que le salarié doit bénéficier de la classification B1 position 6 depuis le mois d'avril 2009 et renvoie les parties à calculer le salaire subséquent.

3.- État de santé et modifications du contrat de travail

a.- Les règles juridiques

235.- Indépendamment de l'article L. 1132-1 précité, la jurisprudence de la Cour de cassation sur les modifications des conditions de travail en lien avec l'état de santé est peu abondante et est assez récente. Par un arrêt du 30 mars 2011, la chambre sociale de la Cour de cassation retient qu'« *aucun salarié ne peut faire l'objet d'une mesure*

discriminatoire, directe ou indirecte, en matière d'affectation, de qualification, de mutation, en raison de son état de santé»⁴⁰³. Les faits mentionnés dans cet arrêt étaient les suivants : après un accident vasculaire cérébral, une salariée -exerçant les fonctions de directrice de la caisse de crédit mutuel Nord Atlantique- est placée en arrêt maladie. A l'issue d'une visite de reprise, la salariée reprend son poste sous la forme d'un mi-temps thérapeutique. Estimant que le mi-temps prescrit était incompatible avec la direction d'une caisse de crédit mutuel, l'employeur décide de faire jouer la clause de « *mobilité tant fonctionnelle que géographique* » insérée dans son contrat. La salariée prend alors acte de la rupture de son contrat de travail au motif que sa nouvelle affectation ne correspondait en rien à sa qualification et qu'elle constituait une modification unilatérale de son contrat. La chambre sociale de la Cour de cassation casse et annule l'arrêt d'appel au visa de l'article L. 1132-1 du Code du travail. La Haute juridiction censure en effet l'analyse de la cour d'appel qui avait estimé que ce changement d'affectation relevait du pouvoir de direction de l'employeur alors même qu'elle avait constaté que le changement d'affectation avait été décidé en raison de son état de santé.

b.- L'application de ces règles par les cours d'appels

236.- Dans un arrêt du 27 septembre 2010, la cour d'appel de Pau (CA Pau, 27 sept.2010⁴⁰⁴) a considéré que la modification du contrat de travail d'une salariée, à l'issue de son congé individuel de formation, caractérise une discrimination en raison de son état de santé.

237.- Une salariée a été engagée à compter du 6 janvier 1989 en qualité d'agent administratif, niveau IVB, dans un établissement, puis a été mutée en 1999 dans un autre établissement du département où, du mois de mai 2000 au mois de juillet 2000, elle a été en mi-temps thérapeutique. Victime d'un accident de trajet le 12 février 2002 elle a été en arrêt de travail jusqu'au 30 novembre 2004, puis a repris en mi-temps

⁴⁰³ Cass. soc., 30 mars 2011, n° 09-71.542, *JCP S* 2011, 1256, note J.-Ph. Tricoit.

⁴⁰⁴ RG09/00021.

thérapeutique jusqu'au 31 mars 2005. Par décision de la COTOREP du 10 novembre 2005, elle a été reconnue travailleur handicapé, classée catégorie C du 1er juillet 2005 au 1^{er} juillet 2010. Au cours de l'année 2006 elle a fait l'objet de plusieurs arrêts de travail pour maladie. Du 15 janvier 2007 au 7 décembre 2007 elle a été en Congé Individuel de Formation d'assistante comptable. Par LRAR du 1er décembre 2007, son employeur lui indique sa réintégration dans le magasin le 8 décembre mais précise que *« dans le cadre de la réorganisation du pôle administratif votre ancien poste a été supprimé; aussi, nous vous proposons un poste d'employée commerciale au rayon BAZAR »*. Le 10 décembre 2007 le médecin du travail a établi la fiche médicale d'aptitude suivante, confirmée dans les mêmes termes lors de la deuxième visite du 2 janvier 2008 : *« inapte à l'affectation au poste d'employée commerciale au bazar en raison des contraintes physiques. Travail debout permanent et manutentions associées à cette activité. (Bénéficie d'une reconnaissance de la carte d'invalidité station debout pénible). Apte à un poste respectant ces contre indications. Serait apte à un poste de type administratif »*. La salariée a été convoquée par LRAR à un entretien préalable et a finalement été licenciée le 18 janvier 2008 pour *« impossibilité de reclassement dans l'entreprise suite à une inaptitude (à son) poste de travail »*.

238.- Contestant son licenciement, la salariée a saisi le conseil de prud'hommes de Dax afin que les juges prononce la nullité de son licenciement et à tout le moins considère que celui-ci est dénué de cause réelle et sérieuse pour avoir d'une part, manqué à son obligation de reclassement tant au sein de l'entreprise, que du groupe et pour avoir d'autre part, eu un comportement discriminatoire en l'excluant du bénéfice du programme handicap de l'entreprise. Au titre de la réparation, elle a demandé à ce que la société soit notamment condamnée à lui verser 50.000 € de dommages et intérêts en réparation du licenciement sans cause réelle et sérieuse, 20.000 € au titre des préjudices moraux subis du fait de la discrimination. Les premiers juges ont déclaré que le licenciement de la salariée était dépourvu de cause réelle et sérieuse, et non nul. Ils ont en conséquence condamné la société à lui verser 20.000 € sur le fondement de l'article L. 1235-3 du Code du travail. La société a relevé appel et a demandé aux juges d'appel de réformer cette décision. Au soutien de son appel, la société a notamment avancé qu'«

elle avait déployé des efforts pendant toute la carrière de la salariée pour la conserver dans les effectifs de l'entreprise dans un travail compatible avec ses impératifs de santé. Elle a fait valoir que son licenciement [était] intervenu 10 ans après ses premiers incidents de santé et que du 23 août 2001 au 11 novembre 2006 la salariée a été arrêtée pendant 1251 jours, sans que la société n'ait jamais essayé de l'évincer ». Elle a par ailleurs prétendu qu' « en raison de l'automatisation des tâches qui étaient précédemment confiées à la salariée, son poste, déjà aménagé pour elle, a été supprimé, les vérifications de prix ne s'effectuant plus de manière manuelle mais directement par informatique ».

C'est pourquoi, « il lui a donc été proposé conformément à son contrat un poste rayon "bazar" », lequel « contrairement à ce qu'a considéré le médecin du travail », « n'entraînait aucune contrainte physique supplémentaire par rapport à l'activité qui était la sienne précédemment ». L'intimée estimait que « l'une des raisons de son licenciement était liée à son handicap qui la conduisait à effectuer "avec lenteur" les tâches qui lui étaient dévolues dans le cadre du poste de travail qui avait été spécialement créé pour elle en raison de son statut de travailleur handicapé ». Elle faisait « valoir que la société avait délibérément supprimé le poste administratif qu'elle occupait avant son départ en congé individuel de formation, alors que l'employeur savait que le médecin du travail l'avait déclarée apte à un tel poste, et ce pour lui proposer un poste de travail d'employée commerciale dont les sujétions étaient incompatibles avec son état de santé et son handicap dont l'employeur avait connaissance depuis 2004 ».

239.- Après avoir cité intégralement les dispositions de l'article L. 1132-1 et L. 1134-1 Code du travail, respectivement relatifs au principe de non discrimination et à la charge de la preuve en la matière, la cour d'appel relève que **la proposition de réintégrer la salariée à un poste d'employée commerciale au rayon bazar « constitue manifestement une proposition de modification du contrat de travail et pas seulement des conditions de travail, puisqu'il s'agit d'un autre poste et d'une autre fonction, l'employeur reconnaissant lui-même la nature de cette modification en précisant "il**

ne sera apporté aucune autre modification à votre contrat de travail'', ce qui signifie qu'il y en a donc déjà au moins une, précisément celle constituée par le changement de fonction ». Ainsi, la cour d'appel en déduit que « *La proposition de modification du contrat de travail n'était donc pas fondée sur l'inaptitude physique* ». Et après avoir écarté l'argument de l'employeur selon lequel la suppression du poste de la salariée procéderait d'un motif économique, c'est-à-dire non-inhérent à la salariée, la cour d'appel retient que « *la véritable raison de la suppression de ce poste réside dans la lenteur d'exécution de la salariée* » ; « *de sorte qu'est ainsi démontrée la réalité de la véritable cause de la suppression de son poste, à savoir son état de santé* ». En application des dispositions de l'article L. 1132-4 du Code du travail, la cour d'appel prononce la nullité du licenciement discriminatoire et alloue à ce titre 39.000 € à la salariée qui, au moment de son licenciement, était âgée de 45 ans et justifiait de 19 ans d'ancienneté.

4.- État de santé et rupture du contrat de travail : absence de propositions sérieuses de reclassement

240.- Un arrêt rendu le 15 novembre 2011 par la cour d'appel d'Orléans (CA Orléans 15 novembre 2011⁴⁰⁵) considère que l'absence de propositions sérieuses de reclassement trouve son origine dans la prise en compte discriminatoire de l'état de santé de la salariée.

Le 30 septembre 1991, une salariée est engagée par contrat à durée indéterminée par la société La Poste, en qualité d'agent d'entretien, pendant neuf heures hebdomadaires. Le 1^{er} mai 1997, les parties rompent ce contrat de travail, puisque la salariée a trouvé un autre emploi. Cependant, La Poste l'engage à nouveau, par contrat à durée indéterminée du 1^{er} mars 1998, à hauteur de 16 heures 30 par semaine, pour distribuer de la publicité non adressée. Par avenant du 21 juillet 2000, la durée hebdomadaire du travail est portée à 19 heures, et dès le 1^{er} juillet 2006, elle exerce un emploi du temps complet. Le centre dans lequel elle travaille va perdre une partie de son activité de publicité non adressée. La salariée bénéficie alors de plusieurs entretiens avec le conseiller en mobilité afin

⁴⁰⁵ RG n° 10/01990.

d'étudier la situation et les différentes possibilités de reclassement qui peuvent lui être offertes. Le 5 février 2008, La Poste lui propose un poste d'agent de traitement courrier dans un autre centre de distribution du courrier. Elle accepte cette proposition le 18 février suivant. Au cours d'un deuxième processus de suppression des activités de publicité non adressée, la salariée s'entretient à nouveau avec un conseiller en mobilité pour faire le point de sa situation et des possibilités de reclassement qui s'offraient à elle. Cette dernière est convoquée à un entretien préalable au licenciement, le 22 mai 2009, pour le 4 juin suivant, avant d'être licenciée, le 25 juin 2009, pour reclassement impossible, à la suite du refus des trois propositions qui lui avaient été faites. La salariée saisit le conseil de prud'hommes d'Orléans. A titre principal, elle demande d'abord à ce que soit prononcée la nullité du licenciement en raison de la discrimination dont elle avait été victime. Elle sollicite également sa réintégration et le paiement de ses salaires, primes et indemnités depuis le licenciement du 30 août 2009. À titre subsidiaire, elle exige 89.460 € de dommages-intérêts pour licenciement abusif, représentant 60 mois de salaires. Déboutée de toutes ses demandes par le conseil de prud'hommes le 7 juin 2010, la salariée interjette appel le 23 juin 2010. Elle présente sensiblement les mêmes demandes devant les juges d'appel.

241.- La salariée présente des éléments de faits laissant supposer que son licenciement pour impossibilité de reclassement caractérise une discrimination.

Pour demander aux juges de prononcer la nullité de son licenciement, cette dernière invoque les dispositions des articles L. 1132 - 1 et 4 du Code du travail et indique que, dès son embauche La Poste connaissait son handicap, lequel est constitué selon son médecin traitant par une déficience intellectuelle avec une lenteur de réflexion, par des troubles de la compréhension qui existent depuis l'enfance, par une écriture limitée à des phrases simples et le calcul à des opérations simples également, et par le fait qu'elle doit être assistée dans les démarches administratives. Pour corroborer les dires de son médecin traitant, elle verse également aux débats le compte rendu du bilan orthophonique lequel « *révèle son incapacité à raisonner de façon logique face à un problème avec énoncé verbal et un niveau d'automatisation et de compréhension qui s'apparente à celui d'un lecteur de l'école primaire, puisqu'elle ne dispose que de*

faibles capacités de jugement, de raisonnement et de mémorisation, ce qui la rend particulièrement vulnérable ». Cependant, « *Elle fait valoir que pendant 18 ans [...] elle a toujours été déclarée apte à ses fonctions par le médecin du travail* ». « *De nombreux collègues ont par ailleurs attesté qu'à son contact on était obligé de se rendre compte que [la salariée] avait des difficultés à comprendre, tant au nouveau du travail que dans les conversations anodine* ». La salariée en déduit que l'absence de propositions de reclassement s'explique par son handicap. En effet « *les propositions de reclassement l'étaient respectivement à 104 km, à 153 km et à 30 km alors qu'elle ne dispose pas d'un véhicule et qu'elle ne possède pas le permis de conduire, en violation de l'article 4 de l'accord-cadre handicap de La Poste qui prévoit le maintien dans l'emploi des agents en situation de handicap ou d'aptitude réduite en cours de carrière. Elle déplore qu'aucune proposition n'ait été faite au sein du groupe de La Poste, forte de 270 000 agents* ».

242.- Le Défenseur des droits, en application de l'article 33 de la loi du 29 mars 2011 présente également ses observations devant la cour d'appel et sur la base de la délibération rendue par la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations (HALDE) le 28 mars 2011. **L'arrêt rendu par la cour d'appel précise que le Défenseur des droits se fonde à la fois sur les articles L. 1132-1 et L. 5213-6 du Code du travail et** « *insiste sur le caractère discriminatoire du licenciement, alors qu'il appartenait à l'employeur de s'interroger sur la compatibilité des postes proposés au handicap de celle-ci et de prendre les mesures appropriées pour lui permettre de conserver son emploi, conformément aux dispositions de l'article L. 5213-6 du Code du travail. Il ne peut manquer de s'étonner que la médecine du travail n'ait pas été saisie ni la commission 3R pour examiner la situation, comme la déléguée syndicale l'y avait invité au cours de l'entretien préalable au licenciement. En outre, cette société ne démontre pas qu'aucune autre proposition ne pouvait lui être faite, alors qu'elle emploie plus d'un millier de salariés à un niveau équivalent au sien sur le secteur d'Orléans et celui de Beauce Sologne. Il exprime sa stupéfaction de constater qu'aucun registre unique du personnel n'ait été communiqué, alors que ces demandes spécifiques avaient été exprimées à plusieurs reprises en sorte qu'il est établi que la poste avait agi en*

violation de l'article L. 1132 - un » (sic) « du Code du travail et que la salariée avait fait l'objet d'un licenciement discriminatoire fondé sur son handicap ».

243.- Pour démontrer que ce licenciement était dépourvu de tout caractère discriminatoire, la société La Poste *« nie avoir eu connaissance des problèmes de santé de celle-ci, dès son embauche, alors qu'aucune reconnaissance de handicap n'existait avant la délibération du 26 mars 2009, que le médecin de prévention depuis 1991 n'avait jamais relevé d'inaptitude particulière et que la salariée avait toujours donné satisfaction dans son travail ».* Concernant la thèse du défenseur des droits, elle expose que celui-ci *« ne peut, par son argumentation et ses demandes, se substituer à la salariée et affirme, à nouveau, que la connaissance du statut de travailleur handicapé n'était pas précisée le 4 juin 2009, restait non vérifiable en sorte que les dispositions de l'article L. 5213 - 6 du Code du travail ne pouvaient être appliqués et elle regrette que la salariée n'ait pas été en mesure de justifier de la décision de la commission avant son licenciement ».* Elle estime avoir respecté son obligation de reclassement dans la mesure où trois propositions ont été présentées à la salariée et *« qu'aucune autre proposition ne pouvait être offerte, car aucun poste de même niveau de fonction dans un périmètre géographique maximal de 30 km du domicile de la salariée, ou correspondant à un allongement de trajet de 30 minutes maximum, n'était disponible ».*

244.- La cour d'appel motive précisément sa décision. En début de motivation, **elle cite les articles L. 5212-13 (liste des bénéficiaires de l'obligation d'emploi) et L. 5212-2 (le taux de l'obligation d'emploi dans les entreprises privées) du Code du travail toutefois on s'interroge sur la pertinence de leur citation en l'espèce.** Elle affirme d'abord qu'il est reconnu *« de manière incontestable qu'à compter du 4 juin 2009, La Poste connaissait la décision prononcée par la CDAPH comme elle l'exprime dans ses conclusions page huit : "ce jour-là, 4 juin 2009, seule l'information en a été donnée à La Poste sans que la décision n'ait été communiquée". Il appartenait donc à cette société dotée d'une direction des ressources humaines particulièrement développée et dont l'efficacité ne devrait pas être mise en doute, de se renseigner auprès de la commission précitée très rapidement pour connaître la teneur de la décision rendue le*

26 mars 2009 et se conformer à sa réglementation interne ». Puis elle rappelle qu' « il été conclu au sein de La Poste un accord-cadre handicap décliné dans les différents métiers dont celui des courriers, qui prévoit notamment son aide aux salariés devenus inaptes avec pour objectif de maintenir dans l'emploi les agents reconnus travailleurs handicapés et pour lesquels un avis d'inaptitude ou de restriction d'aptitude a été émis ». Par conséquent, elle précise qu' « **à partir du 4 juin 2009, la procédure de licenciement économique pouvait, au moins, être suspendue pour que cette commission puisse être saisie en vue d'un maintien dans l'emploi et d'un accompagnement social qui devait être systématiquement proposé, ce qu'a sollicité la déléguée syndicale force ouvrière au cours de l'entretien préalable** ». Enfin, elle constate que « **les deux propositions de reclassement à 153 et 104 km de Jargeau, lieu du domicile [la salariée], s'avéraient irréalisables dans la mesure où elle ne possède pas de permis de conduire ni de véhicule. La troisième, à La Ferté-Saint-Aubin, posait également des problèmes puisqu'elle devait prendre un car jusqu'à Orléans et un autre car ou un train d'Orléans à La Ferté-Saint-Aubin ce qui compliquait indéniablement les trajets de cette femme handicapée pour aller travailler** ». Par conséquent, les juges considèrent qu' « **en raison des carences multiples de l'employeur à l'égard de [la salariée] dont il savait, au moins à compter du 4 juin 2009, qu'elle était travailleur handicapé, il convient de juger que son licenciement est intervenu en raison de son état de santé [...] ce licenciement doit être déclaré comme nul, en application de l'article L 1132 -4 du Code du travail** ».

245.- La solution rendue par la cour d'appel nous semble tout à fait justifiée et conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation. L'employeur doit se soucier du reclassement de son salarié, que celui-ci fasse suite à un licenciement économique ou à un avis d'inaptitude rendu par le médecin du travail. L'obligation légale de reclassement à laquelle est légalement tenue l'employeur découle de l'obligation de loyauté. Chaque partie au contrat doit respecter l'intérêt légitime de son contractant⁴⁰⁶. Les recherches de reclassement doivent être « *sérieuses et loyales*⁴⁰⁷ ». En l'espèce, il est établi que La

⁴⁰⁶ Bossu (B.), Dumont (Fr.), Verkindt (P.-Y.), *Droit du travail*, Paris : Montchrestien, Coll. *Cours*, 2011, p. 195.

⁴⁰⁷ Cass. soc., 21 nov. 2007, n° 06-44925.

Poste connaissait l'état de handicap de la salariée. **Ainsi, la société La Poste était tenue, en application de l'article L. 5213-6 du Code du travail de prendre les mesures appropriées** pour lui permettre de conserver son emploi. Or, en l'espèce manque à cette obligation de loyauté et donc de reclassement, la société La Poste qui présente trois propositions de reclassement à une centaine de kilomètres du domicile de la salariée alors qu'il est établi d'une part, que la société avait connaissance de son état de handicap et du fait que celle-ci ne possédait pas le permis de conduire, et qu'il est précisé, d'autre part, que la société employait plus d'un millier de salariés à niveau équivalent au sein du secteur géographique où résidait la salariée.

B.- S'agissant de la discrimination liée à l'état de grossesse ou à la situation de famille

246.- Il ressort des arrêts deux types de discrimination liée à l'état de grossesse, celle invoquée à l'occasion de la contestation de la rupture du contrat ou de son renouvellement et celle manifestée durant la carrière mais invoquée seulement à l'occasion de la contestation de la cause réelle et sérieuse de licenciement.

1.- La discrimination invoquée à l'occasion de la contestation de la rupture ou du non renouvellement du contrat

247.- Il arrive que la salariée considère que la grossesse et/ou la situation de famille sont la réelle cause de la rupture (licenciement, démission, prise d'acte) ou du non renouvellement du contrat de travail.

a.- Lors du licenciement

248.- En matière de licenciement, souvent la discrimination est invoquée comme cause de rupture aux lieux et place ou indépendamment de la faute grave ou de l'impossibilité de maintenir le contrat qui ont été retenus par l'employeur. Même si ces dernières causes

de licenciement sont qualifiées, le juge doit, si la demande lui en est faite, rechercher si la nullité de licenciement peut être prononcée parce que motivée par l'état de grossesse de la salariée. En d'autres termes, il doit vérifier que l'employeur n'aurait pas licencié la salariée, même pour faute grave ou impossibilité de maintenir le contrat, si la salariée n'avait pas été enceinte. Ainsi la discrimination peut exister indépendamment de l'existence d'une faute grave étrangère à la grossesse ou d'une impossibilité de maintenir le contrat et *a fortiori*, lorsque ces dernières ne sont pas établies.

249.- Les arrêts étudiés retiennent parfois que la présomption de discrimination n'est pas établie par la salariée. Ainsi la cour d'appel d'Aix en Provence, dans son arrêt du 25 octobre 2011⁴⁰⁸ relève, sans se référer aux articles L1132-1s, que la salariée n'établit pas que l'employeur ait eu connaissance de l'état de grossesse au moment de l'entretien de licenciement, ni que le motif du licenciement n'a été qu'un prétexte. De même la Cour d'appel de Pau, dans sa décision du 22 novembre 2010⁴⁰⁹ ne considère pas que la présomption est établie. La salariée avançait que le lien discriminatoire est établi en l'espèce par la concomitance entre l'annonce de cette dernière et le licenciement ainsi que par la nature des fautes reprochées à la salariée. La Cour d'appel considère que ces éléments ne suffisent pas à établir la discrimination, indiquant que la preuve n'est pas rapportée du caractère discriminatoire du licenciement en raison de l'état de grossesse alors que les fautes reprochées étaient établies et justifiaient la rupture immédiate du contrat (*Cf.* encore CA Paris 9 septembre 2010⁴¹⁰, qui a rendu le licenciement nul par application des dispositions protectrices écarte la discrimination sur le fondement des articles L. 1132-1 et suivants au motif que sa salariée s'est contentée d'allégations, ce qui ne permet pas d'établir la présomption de discrimination).

250.- D'autres arrêts qualifient la discrimination considérant que la faute grave n'a été retenue comme motif de licenciement que pour contourner le dispositif de protection de la salariée enceinte. En témoigne l'arrêt de la Cour d'appel d'Orléans du 29 janvier

⁴⁰⁸ RG, n° 10/14033.

⁴⁰⁹ RG, n° 09-717.

⁴¹⁰ RG, n° 08/10552.

2009⁴¹¹ : un salarié de sexe masculin avait été licencié pour les mêmes raisons et au même moment que la demanderesse, mais sa lettre de notification évoquait une cause réelle et sérieuse, tandis que celle de la salariée retenait la faute grave. La Cour a écarté la faute grave, l'employeur ne prouvant pas suffisamment que sa décision était étrangère à toute discrimination. Dans cette affaire, la HALDE avait présenté des observations et rendu une délibération le 8 décembre 2008 retenant la discrimination pour les mêmes raisons. L'arrêt rendu par la Cour d'appel de Bordeaux le 21 janvier 2010⁴¹² est intéressant en ce qu'il recherche la discrimination dans une affaire de non renouvellement de CDD requalifiée en licenciement nul car prononcé pendant la grossesse au mépris de l'article L. 1225-4. La Cour rappelle les dispositions des articles L. 1132-1 et suivants et des articles L. 1142-1 et suivants et le mécanisme de preuve mais ne l'applique pas. La salariée fournissait des attestations selon lesquelles au moment de la rupture sa grossesse était visible. La cour d'appel déduit de ces seuls faits la présomption de discrimination puisqu'elle examine alors les arguments de l'employeur. En l'occurrence il se borne à soutenir qu'il n'a pas reçu le certificat de grossesse dans les 15 jours de la rupture. La Cour d'appel en déduit la qualification de la discrimination. Ce raisonnement semble contestable. En effet, il faut faire la différence entre la connaissance de la grossesse qui justifie le prononcé de la nullité de la rupture par application du statut protecteur et la discrimination qui est autre chose : il faut que le juge établisse que la rupture a été motivée par l'état de grossesse de la salariée. La différence n'est pas seulement d'ordre rhétorique, elle emporte des conséquences au plan de la réparation.

251.- Plus rarement la discrimination est invoquée comme cause de rupture à la place d'un autre motif de licenciement. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 22 juin 2011⁴¹³, le litige oppose une pensionnaire de la Comédie Française à son employeur, la première contestant le caractère réel et sérieux du licenciement prononcé à son égard, et considérant, parmi d'autres griefs, qu'il est discriminatoire. Elle avance entre autres la concomitance entre le licenciement et sa

⁴¹¹ RG, n° 08-02834.

⁴¹² RG, n° 09/2917.

⁴¹³ RG, n° 10/01294.

deuxième grossesse, produit un témoignage dont le contenu peut laisser supposer que la décision de la licencier était due à sa situation de famille. Dans un premier arrêt du 19 avril 2008 la Cour d'appel de Paris estime que ces éléments ne sont pas suffisants pour établir la présomption de discrimination. La décision est cassée pour manque de base légale au regard des articles L. 1132-1 et suivants du Code du travail. La formation de renvoi considère cette fois que la présomption est établie et examine les éléments produits par l'employeur pour finalement décider qu'ils ne sont pas discriminatoires: la concomitance est une coïncidence, le témoignage inopérant, les absences de promotion s'expliquent. Il est intéressant de remarquer que dans cet arrêt c'est le critère non pas de la grossesse ou de la maternité qui auraient fondé la discrimination, mais la situation de famille.

b.- Lors du non-renouvellement du contrat à durée déterminée

252.- Parfois la salariée considère que la cause de l'absence du renouvellement de son CDD réside dans l'état de grossesse.

253.- En pratique, il est fréquent que la discrimination en raison de la grossesse soit invoquée après que le contrat à durée déterminée n'ait pas été renouvelé.

Il appartient donc le cas échéant à la salariée de démontrer que l'employeur a détourné son pouvoir de direction, que c'est la maternité ou sa situation de famille (dans le cas du congé parental) qui a motivé sa décision. Ce sera le cas si l'emploi qu'occupait la salariée avant son départ en congé est disponible à son retour . De même, le fait de recruter un remplaçant sous contrat à durée déterminée, de remplacer sur l'organigramme de la société le nom de la salariée en congé de maternité par celui de son remplaçant et de proposer, pour cette raison, un autre poste à la salariée à son retour, témoigne de mesures préparatoires au licenciement pour insuffisance professionnelle prononcé par la suite et qui de ce fait, est nul. En revanche, si, comme dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour d'appel de Rouen le 31 janvier 2012⁴¹⁴, le poste

⁴¹⁴ RG, n° 11/02714.

qu'occupait la salariée avant son départ en congé de maternité n'est plus disponible parce que réintégré par sa titulaire au retour de son congé de maternité, la proposition de trois affectations au retour du congé parental avec même qualification et même surclassement en termes de classification permet d'écarter la discrimination.

254.- La Cour d'appel de Grenoble le 26 février 2007⁴¹⁵ par exemple écarte la présomption de discrimination aux motifs que la salariée se contente pour partie d'allégations et que le fait que l'employeur ait recruté une autre personne sur le même poste pour remplacer un salarié absent n'était pas suffisant à établir cette présomption alors que le contrat de la salariée était de date à date, et que des hommes et des femmes s'étaient déjà succédés sur ce poste. La Cour d'appel indique que c'est à tort que le doute doit profiter à la salariée, contrairement aux premiers juges.

c.- Lors de la rupture du contrat à l'initiative de la salariée

255.- Enfin la discrimination en raison de la grossesse ou de la situation de famille peut être invoquée comme cause de rupture du contrat de travail à l'initiative de la salariée, soit qu'elle démissionne (CA Dijon, 27 mai 2010⁴¹⁶ ; CA Pau 02 février 2012⁴¹⁷), soit qu'elle prenne acte de la rupture du contrat (CA Versailles, 11 février 2010⁴¹⁸), soit qu'elle en demande la résiliation judiciaire aux torts de l'employeur (CA Paris 12 février 2009⁴¹⁹). Dans les arrêts étudiés parfois la discrimination est invoquée à titre accessoire, par exemple pour la première fois devant la Cour d'appel (*cf.* CA Dijon, 27 mai 2010⁴²⁰, parfois c'est en même temps qu'un harcèlement sexuel, ou moral, discriminatoire ou pas (CA Paris 12 février 2009⁴²¹ ; CA Versailles, 11 février 2010⁴²², CA Dijon, 27 mai 2010⁴²³). Dans toutes ces hypothèses il faut que la salariée établisse la présomption de la

⁴¹⁵ RG, n° 05/05255.

⁴¹⁶ RG n° 09/00900.

⁴¹⁷ RG n° 11/01834.

⁴¹⁸ RG n° 09/00329.

⁴¹⁹ RG n° 07/08346.

⁴²⁰ RG, n° 09/00900.

⁴²¹ RG n° 07/08346.

⁴²² RG n° 09/00329.

⁴²³ RG n° 09/00900.

discrimination.

256.- Il arrive qu'elle échoue, parce par exemple qu'elle ne parvient pas à démontrer que l'employeur connaissant l'état de grossesse au moment de la rupture et que les faits viennent démentir ses allégations (ex. CA Dijon, 27 mai 2010⁴²⁴ ou bien elle fournit des témoignages non recevables ou ne permettant pas de qualifier la discrimination. Ainsi, dans l'affaire examinée par la Cour d'appel de Paris le 12 février 2009⁴²⁵ la salariée produit un témoignage rapportant que lors d'une conversation entre le témoin et l'employeur celui-ci aurait déclaré : « *elle est enceinte, elle m'a fait un petit dans le dos en allant faire une five, je vais la virer* ». La Cour d'appel analyse à juste titre ces propos à caractère injurieux comme ne pouvant être qualifiés de discrimination car ils n'ont été suivis d'aucune sanction. En effet la discrimination se caractérise par des actes, et les injures ou propos discriminatoires pourraient, à condition qu'ils soient répétés, constituer un élément de preuve d'un harcèlement.

En l'espèce la Cour d'appel de Paris décide que ces propos sont une ingérence dans la vie privée de la salariée et qu'en les prononçant l'employeur a manqué à son obligation de bonne foi et de loyauté au sens de L. 1222-1 du Code du travail. L'arrêt rendu par la Cour d'appel de Pau le 02 février 2012 peut encore être cité pour illustrer l'absence de qualification de la discrimination. Dans cette affaire, la Cour d'appel indique après avoir rappelé le régime de la preuve et réfuté une partie des arguments de la salariée, qu'au vu des éléments produits par chaque partie la discrimination ne peut être établie. En particulier, l'employeur fournissait un avis de clôture de la HALDE après enquête et la réponse qu'il avait donnée à l'inspection du travail qui lui avait demandé des explications.

257.- Dans d'autres affaires la discrimination peut être caractérisée. L'arrêt rendu par la Cour d'appel de Versailles le 11 février 2010 est à cet égard intéressant. La salariée a pris acte de la rupture de son contrat de travail qu'elle imputait notamment à une discrimination dans le déroulé de sa carrière. Faisant valoir ses demandes vaines d'une

⁴²⁴ RG n° 09/00900.

⁴²⁵ RG n° 07/08346.

proratisation de ses objectifs, de la prime y afférente et de la prime qualité, compte tenu de la durée de son congé de maternité, elle prétendait également avoir été écartée d'une promotion professionnelle et perdu des congés payés du fait de la maternité et avoir été définitivement remplacée sur son poste pendant son congé de maternité. La Cour d'appel se fonde sur les dispositions relatives à l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes. Elle rappelle qu'en vertu des articles L. 1142-1 et L. 1142-4 du Code du travail la grossesse ne peut être prise en compte notamment en matière de rémunération, de formation et de promotion professionnelle et qu'en cas de litige la salariée doit présenter des faits permettant de présumer la discrimination, et qu'au vu de ces éléments l'employeur doit justifier ses décisions par des éléments objectifs et étrangers à toute discrimination. La Cour considère ensuite que la salariée ne parvient pas à établir la présomption de discrimination sauf sur les deux points des objectifs et des congés payés. S'agissant des objectifs la salariée produit des tableaux de bord montrant l'absence de proratisations. L'employeur ne combat pas utilement la présomption par la preuve d'un ajustement des objectifs et de la prime afférente au temps de présence de la salariée et l'accord hommes/femmes produit est postérieur aux faits. Il ne démontre pas non plus que l'amputation de la moitié de la prime qualité s'explique par un défaut de qualité.

S'agissant des jours de congés payés non pris parce qu'absorbés par le congé de maternité, la Cour d'appel déduit la discrimination de ce qu'ils n'ont pas été remplacés par une indemnité de congés payés. Il est permis de s'étonner de cette consigne générale donnée à l'employeur par la Cour d'appel : *« de manière générale, la direction de la Poste s'appliquera à faire respecter une rémunération non impactée par les absences liées au congé de maternité (primes, part variable) »* et ajoute, que le congé de maternité est légalement [L. 3141-5] *considéré comme du temps de travail effectif*». Quoiqu'il en soit la discrimination est établie en l'espèce et la prise d'acte produira les effets d'un licenciement nul.

2.- La discrimination dans la carrière invoquée à l'occasion de la contestation de la cause réelle et sérieuse du licenciement.

258.- Dans ces hypothèses le licenciement est prononcé en dehors de la grossesse et de la période de protection. Mais la salariée, à l'occasion de la contestation de la rupture, dénonce une discrimination et/ou un harcèlement discriminatoire en raison de la grossesse ou de la situation de famille, très souvent d'ailleurs à titre subsidiaire, dans le but de faire juger le licenciement discriminatoire, donc nul. Il est à cet égard intéressant de remarquer que les femmes, du moins dans le cas où la discrimination est finalement établie par les juges, en avaient sans doute bien conscience pendant l'exécution de leur contrat de travail. Mais elles avaient renoncé à faire la faire établir, à la faire cesser et à être rétablies dans leurs droits, par crainte de perdre leur emploi, voire par l'impression que cette discrimination et ce harcèlement sont des maux nécessaires, inhérents à la condition de toute salariée si tant est qu'elle veut être intégrée dans l'entreprise. Force est donc de constater que les discriminations en raison de la grossesse et de la maternité sont donc encore tolérées par les salariées.

259.- Les arrêts rendus en la matière peuvent d'abord considérer que la présomption n'est pas établie. Ce sont les plus nombreux. Ainsi en est-il de celui rendu par la Cour d'appel de Paris rendu le 17 octobre 2007⁴²⁶: la discrimination n'y est invoquée qu'à titre subsidiaire sous le critère « *d'état de santé lié à la grossesse* » à l'occasion de la contestation d'un licenciement pour motif économique. La Cour d'appel décide de manière tout à fait lapidaire que la salariée ne soumet pas d'élément permettant de caractériser la discrimination. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour d'appel de Reims le 23 novembre 2007⁴²⁷ la salariée conteste le licenciement prononcé pour impossibilité de la reclasser après le prononcé de son inaptitude définitive. A titre également tout à fait accessoire la salariée invoque la discrimination en raison de sa grossesse, le harcèlement sexuel et le harcèlement moral. La Cour d'appel, sans

⁴²⁶ RG n° 06/02708.

⁴²⁷ RG n° 07/00068.

s'appuyer sur aucun texte ni reprendre les règles de preuve, examine les pièces produites (attestations, listings de salariés, extraits de mail) et estime qu'elles ne permettent pas d'établir que la salariée a été victime de discrimination ni de harcèlement en raison de sa grossesse, sans séparer les qualifications et sans motiver cette décision autrement que par la constatation que ni la CPAM, ni l'inspection du travail n'avaient retenu le harcèlement ou la discrimination. Là encore la présomption n'est pas établie, mais le raisonnement suivi n'apparaît pas être rigoureux. Dans une autre affaire, la salariée a été licenciée pour absences répétées pour maladies perturbant le bon fonctionnement de l'entreprise et rendant nécessaire son remplacement définitif. Elle argue de ce que, alors qu'elle était enceinte, l'employeur l'a remplacée dès le premier jour d'absence pour maladie, puis changée d'affectation sans son accord, ce qui constitue selon elle une exécution fautive du contrat et une discrimination. Elle produit des attestations. La Cour d'appel considère que ces dernières ne permettaient pas d'établir que la salariée a refusé sa nouvelle affectation. Elle ne recherche pas si la nouvelle affectation est motivée par la grossesse, ce qui aurait permis de vérifier que la salariée établit ou non la présomption de discrimination. Elle écarte la discrimination après avoir vérifié cette nouvelle affectation s'explique par des raisons objectives.

260.- Dans cet arrêt la cour d'appel n'applique pas les règles de preuve de l'article L. 1134-1 mais elles ne semblent pas avoir été invoquées par la salariée (CA Aix en Provence, 21 octobre 2008⁴²⁸. L'arrêt rendu par la Cour d'appel de Bastia le 8 juillet 2009⁴²⁹ porte sur la contestation par une salariée de la cause réelle et sérieuse de son licenciement. A cette occasion la salariée prétend avoir été victime de discrimination et de harcèlement *durant* (non pas en raison de) sa grossesse et sa maternité et demande des dommages-intérêts à ce titre. A l'appui de ses prétentions elle invoque des agissements tendant à dégrader ses conditions de travail (privation de tâches, changement des clefs de son bureau, paiement par chèque et non par virement comme les autres salariées, paiement tardif du salaire, privation de la subrogation pendant le congé de maternité) et un certificat médical faisant état d'un syndrome dépressif. La Cour d'appel reproduit les termes des articles L. 1132-1 (discrimination) et L. 1152-1

⁴²⁸ RG, n° 01/12887.

⁴²⁹ RG, n° 08/00204.

(harcèlement) puis dégage une règle de preuve commune : *« dès lors que le salarié concerné établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement ou d'une discrimination, il incombe à l'employeur, au vu de ces éléments de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement ou discrimination et que sa décision est justifiée par des éléments étrangers à tout harcèlement ou discrimination »*. Ce faisant elle applique à la discrimination la règle du harcèlement. Cette assimilation a pour effet que la Cour considère que certains des agissements invoqués par la salariée ne sont pas établis et que les autres s'expliquent par des raisons objectives, et en déduit que *« la salariée sera déboutée de sa demande de dommages-intérêts à ce titre »*. Elle ne recherche pas le lien entre la grossesse et la maternité et ces agissements, qu'elle n'aurait d'ailleurs pas trouvé puisque la salariée ne le faisait elle-même pas, mais écarte le harcèlement et la discrimination sans s'être entièrement prononcé sur cette dernière. Si la solution ne semble pas critiquable, force est de constater que le raisonnement suivi a fait l'objet de raccourcis contestables.

261.- Les arrêts étudiés n'offrent pas d'exemples de litiges à propos desquels la cour d'appel reconnaît que la présomption de discrimination est établie mais écarte la discrimination après avoir considéré que l'employeur la combat utilement. En revanche quelques décisions retiennent la discrimination et/ou le harcèlement discriminatoire.

Ainsi dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux le 1^{er} mars 2011, une salariée conteste que la cause de la rupture soit l'inaptitude médicalement constatée doublée de l'impossibilité de reclassement. Elle considère que le licenciement est consécutif à un harcèlement moral et à une discrimination en raison de la grossesse. A l'appui de ses prétentions, elle apporte la concomitance de la dégradation de situation (3 avertissements en une semaine) avec l'annonce de la grossesse, l'absence de réponse à une demande d'entretien de clarification, un nouvel avertissement, l'absence de paiement d'un mois de salaire. Elle produit aussi des certificats médicaux faisant état de syndrome dépressif, et un témoignage. La Cour d'appel de Bordeaux considère que la discrimination est caractérisée par ces agissements répétés mais pas le harcèlement *« qui n'est pas rapporté en l'espèce dans tous ses éléments »*. Cette motivation ne paraît

pas très rigoureuse : il aurait fallu constater que la salariée établit la présomption de la discrimination (par la concomitance de la dégradation de sa situation avec l'annonce de la grossesse) et même à notre avis du harcèlement (nous sommes bien en présence d'agissements répétés qui ont dégradé les conditions de travail et altéré la santé de la salariée). Puis il aurait fallu regarder quelle explication l'employeur donne à ces agissements. En l'espèce, l'employeur affirme seulement que la salariée a voulu « profiter du système », ce qui, bien évidemment, est insuffisant pour faire tomber la présomption.

Enfin la Cour d'appel de Bordeaux déduit des circonstances que la dégradation de l'état de santé qui a amené au prononcé de l'inaptitude à tout poste dans l'entreprise par le médecin du travail est la conséquence de la discrimination. Partant, le licenciement est nul. Si le résultat ne nous paraît pas contestable, il en va autrement du raisonnement suivi par la Cour d'appel et de sa motivation sur ce point. Un autre exemple de discrimination établie à l'occasion de la contestation par la salariée de son licenciement peut être trouvé dans l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Versailles le 13 février 2007 (n° 06/00385). Licenciée pour faute grave avec l'autorisation de l'inspecteur du travail, la salariée a saisi le conseil de prud'hommes pour faire juger qu'elle a été victime de discriminations en raison de divers motifs, dont la grossesse, et de harcèlement moral.

Au titre de la discrimination en raison de la grossesse elle fait valoir que tous les chefs d'équipe ont été promus en juillet 2001, sauf elle, qui revenait de congé de maternité. La Cour d'appel, après avoir rappelé les textes applicables en la matière et les règles de preuve, considère que cette allégation n'est pas contredite par l'employeur, ce qui sous-entend que la présomption de discrimination est établie. L'employeur ne parvient pas à la renverser, expliquant que la décision de promotion a été suspendue du fait que la salariée se trouvait en congé de maternité et que de ce fait l'une des deux évaluations professionnelles annuelles n'a pu être faite. Signalons que la Cour s'appuie également et de manière superfétatoire à notre avis, puisque la salariée était protégée par les textes du Code du travail, sur un arrêt de la CJCE du 30 avril 1998 selon lequel l'article 177 du Traité CEE et les articles 2 § 3 et 5 de la directive 76/207/CE du 9 février 1976,

s'opposent à une réglementation nationale privant une femme du droit d'être notée, et par voie de conséquence, de pouvoir profiter d'une promotion professionnelle parce qu'elle a été absente de l'entreprise en raison d'un congé de maternité.

C.- S'agissant de la discrimination liée à l'origine

262.- Le contentieux relatif à la discrimination liée à l'origine est très peu abondant. Celui-ci s'articule autour de la rupture du contrat de travail que le ou la salarié(e) impute à une discrimination ou à un harcèlement discriminatoire en raison de son origine.

1.- La discrimination liée à l'origine invoquée comme cause de licenciement

263.- La discrimination liée à l'origine peut être invoquée comme cause de rupture à la place ou indépendamment de la cause retenue par l'employeur. Dans l'hypothèse où la cause invoquée est vérifiée, le juge doit, si la demande lui en est faite, rechercher si la nullité du licenciement peut être prononcée parce que motivée par un critère interdit. En d'autres termes, il doit vérifier que l'employeur n'aurait pas licencié le salarié, même pour faute grave par exemple, s'il n'avait pas été animé de telles considérations.

Parmi les arrêts étudiés, on relèvera que la discrimination liée à l'origine est caractérisée dans un arrêt, et semble l'être dans un autre. Mais, dans ces deux arrêts, l'établissement de la présomption de discrimination est, selon nous, contestable. Dans les autres arrêts étudiés, la discrimination liée à l'origine n'est pas retenue, faute pour le salarié d'être parvenu à établir cette présomption.

a.- L'établissement contestable de la présomption de discrimination liée à l'origine

264.- L'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 28 octobre 2010⁴³⁰ qualifie la discrimination en considérant que derrière le motif réel et sérieux invoqué par

⁴³⁰CA Paris 28 oct. 2010, RG n° 09/01358.

l'employeur se cache le critère de l'origine. Une salariée conteste son licenciement pour motif économique, elle le considère comme discriminatoire en raison de son origine ethnique. A l'appui de ses prétentions elle indique que la suppression de son poste n'a pas été accompagnée de propositions de reclassement alors que cela aurait été possible, et que la discrimination consiste dans le refus de la voir accéder au comité exécutif dans lequel ne siègent que des personnes d'origine européenne. La cour considère que la présomption est établie et examine les faits et les arguments de l'employeur. Elle en déduit qu'effectivement aucune proposition individualisée ne lui a été faite et qu'une proposition de reclassement aurait pu être effectuée par l'employeur au moment même où elle a été licenciée. Il devrait en résulter que le licenciement est sans cause réelle et sérieuse.

265.- Cependant la cour déduit de cette concomitance notamment que « *la salariée a fait l'objet d'une procédure discriminatoire* ». Il y a certes là un traitement défavorable, mais, nous semble-t-il, pas de discrimination qui ne peut résulter que de la mise en relation de la différence de traitement avec un critère de différenciation interdit. Or ici la cour d'appel fait le lien *après* avoir qualifié la discrimination, pour la confirmer en décidant qu'à « *défait de toute précision sur l'origine des membres du comité exécutif [...] la discrimination repose bien sur un caractère ethnique* ». Dans cette affaire, **le lien discriminatoire repose sur des allégations, la cour avait le pouvoir d'ordonner des mesures d'instruction ; elle s'en est abstenue**, peut-être parce qu'alors elle serait parvenue aux mêmes conclusions que les premiers juges, d'autant que la HALDE et la police qui avaient procédé à des auditions avaient également écarté la discrimination. **Il semble qu'une application plus rigoureuse des règles de preuve aurait permis d'écartier la discrimination, qualifiée ici de manière intuitive, et erronée.**

Cette décision est à rapprocher de celle rendue par la chambre sociale de la Cour de cassation le 7 février 2012⁴³¹. Un salarié ayant 28 ans d'ancienneté dans l'entreprise avait introduit une action tendant à faire établir une discrimination résultant de son absence d'évolution de carrière en raison de « *son origine et de son appartenance, vraie ou*

⁴³¹Cass. soc., 7 février 2012, n° 10-19.505, *JCP S*, 2012, 1150, comm. D. Boulmier.

supposée, à une ethnie, une nation, une race ». La cour d'appel a ordonné une expertise qui a conclu à l'existence d'un retard de carrière. La juridiction du fond déduit du fait que l'employeur ne parvient pas à expliquer ce retard de carrière par des éléments objectifs, l'existence de la discrimination en raison de l'origine, et lui alloue des dommages et intérêts réparant le préjudice subi sur toute la période considérée. Dans son pourvoi l'employeur lui reproche, à raison selon nous, de ne pas avoir établi de lien entre la différence de traitement et les critères invoqués. Mais la Cour de cassation rejette le pourvoi et déclare que la cour d'appel a pu déduire de l'absence de justification par l'employeur du retard important dans la carrière que ce retard n'est pas étranger à la discrimination ethnique invoquée par le salarié.

Cette solution nous paraît critiquable à plusieurs titres. D'une part, **il ne semble pas que le salarié ait établi la présomption de discrimination : la différence de traitement présumée n'est une discrimination présumée qu'à la condition que le salarié fasse le lien avec le critère sur lequel il s'appuie.** D'autre part, la **Cour de cassation approuve la cour d'appel de qualifier la discrimination sans avoir elle-même fait le lien.** Or toute différence de traitement qui ne s'explique pas par des raisons objectives n'est pas discriminatoire, elle ne l'est que si elle s'explique par la prise en considération du critère interdit. Ici la méconnaissance du principe d'égalité de traitement en droit du travail⁴³² aurait pu permettre au salarié d'obtenir réparation, mais dans la limite de la prescription quinquennale. Il était plus intéressant pour lui d'invoquer la discrimination parce que qualifiée, elle donne droit à réparation de l'entier préjudice. Si l'on comprend l'intérêt du salarié, son ressenti, contrairement à ce qui résulte de la solution donnée par la Cour de cassation dans cet arrêt, n'est pas suffisant pour établir le lien entre l'origine et la différence de traitement : le critère interdit ne se présume pas.

266.- Le ressenti discriminatoire n'est pas suffisant pour établir la présomption de discrimination. Il est dès lors difficile de comprendre l'arrêt rendu par la cour d'appel d'Amiens le 19 octobre 2010⁴³³ dans lequel cette dernière, **sans ouvertement qualifier**

⁴³²Cass. soc., 1er juillet 2009, n° 0742-675.

⁴³³ RG, n° 10/00155.

la discrimination, alloue des dommages-intérêts à une salariée qui se plaint notamment de harcèlement discriminatoire comme fondé sur son origine de la part de son supérieur hiérarchique. L'enquête interne diligentée par le CHSCT et deux attestations fournies par la salariée et non remises en cause font apparaître que le supérieur « *s'est adressé une fois à [Mme X] en utilisant une dénomination pouvant être ressentie par elle comme discriminatoire puisque faisant directement référence à son appartenance méditerranéenne pour la mettre en rapport avec le comportement de celle-ci considéré [par lui] comme trop impulsif, celui-ci reconnaissant [...] avoir dit à Mme X que cette appartenance expliquait qu'elle avait le sang chaud* ». La cour écarte ensuite le harcèlement, avec raison selon nous, mais pour des motifs non moins contestables car considérant notamment que des propos ne suffisent pas à le qualifier, et ne révèlent pas un abus d'autorité.

b.- L'absence de présomption de discrimination liée à l'origine

* CA Reims, 24 juin 2009⁴³⁴

267.- Un salarié conteste son licenciement pour refus d'une mutation disciplinaire à la suite d'une altercation avec son supérieur hiérarchique. Il indique que « *le licenciement s'inscrit dans un contexte de discrimination, issu de cette information communiquée à l'employeur qui le qualifiait de manouche et de loup dans la bergerie* ». Un courriel avait en effet été adressé à l'employeur en ce sens au moment du recrutement, trois ans plus tôt. La cour d'appel considère, comme les premiers juges d'ailleurs, que le déroulement de la carrière du salarié a été normal et que ce dernier n'apporte pas la démonstration d'une quelconque attitude discriminatoire entre le mail et le licenciement. Deux enseignements peuvent être tirés de cet arrêt. D'une part, le **ressenti discriminatoire n'est pas suffisant pour établir la discrimination : il faut que le salarié établisse une différence de traitement, ce qui n'a pas été le cas en l'espèce puisque son déroulement de carrière a été normal.** D'autre part dans cette affaire **ni**

⁴³⁴CA Reims, 24 juin 2009, n° 08/01650.

le salarié ni la cour d'appel ne cherche à faire entrer la qualification de « manouche » dans un critère interdit. L'origine ou l'appartenance vraie ou supposée à une ethnie, une nation, une race ou encore les mœurs du salarié auraient pu être mobilisées. Cette lacune n'a pas d'incidence puisque la discrimination n'est pas établie, mais il en aurait été autrement dans le cas contraire, car il faut rattacher la différence de traitement à un critère interdit pour pouvoir qualifier la discrimination.

* CA Dijon, 31 mai 2007⁴³⁵

268.- Un salarié, embauché en 1990 comme monteur-soudeur, a été licencié pour faute grave en 2005 (insubordination après une altercation avec un supérieur hiérarchique qui lui reprochait de passer trop de temps à la machine à café et lui demandait de reprendre son poste). Il conteste le caractère réel et sérieux du licenciement et s'estime victime depuis 1993, date du changement d'employeur, de harcèlement moral et de discriminations tant syndicales que fondées sur son handicap et sur son origine.

En particulier, **il affirme que l'employeur n'apprécie pas les personnes d'origine étrangère et tient régulièrement des propos racistes, et que le jour de l'altercation ayant débouché sur le licenciement, il lui a adressé de tels propos qui l'ont particulièrement choqué et ont entraîné un syndrome dépressif sévère.** A l'appui de ses prétentions il produit des attestations. La HALDE présente ses observations et considère que les faits ayant conduit au licenciement constituent un harcèlement moral (nombreux avertissements à propos de retards et de manque de productivité, reproche de déplacements nombreux à la machine à café, mesures vexatoires, absence d'augmentation de salaire, certificats médicaux faisant état de réaction anxio-dépressive liée à l'activité professionnelle du salarié, altercation ayant abouti au licenciement comprise comme un épisode supplémentaire du harcèlement) et qu'ils sont en lien avec son origine, son état de santé et ses activités syndicales. Elle établit le lien discriminatoire en raison de l'origine à partir de la considération que l'employeur a adressé des courriers de reproches pour absences ou retards à d'autres salariés qui sont

⁴³⁵CA Dijon, 31 mai 2007, n° 06/01.279.

soit d'origine étrangère, soit syndiqués, soit les deux, et par l'examen de témoignages faisant état de propos racistes non utilement démentis par l'employeur. Le syndicat CGT intervient également à l'instance mais se contente d'allégations.

La cour d'appel indique qu'en dépit du fait que les conclusions d'appel évoquent essentiellement le harcèlement et ne comportent pas d'élément spécifique sur la discrimination raciale (et syndicale alléguée) elle se doit de rechercher si ces différents griefs sont caractérisés. Elle rappelle ensuite les règles de preuve du harcèlement moral, réfute les éléments de faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi ayant institué le harcèlement moral (loi du 17 janvier 2002), et **s'agissant des attestations fournies par le salarié tendant à établir l'existence de propos racistes**, elle les réfute également. En effet, **elles ne comportent pas de faits précis et matériellement vérifiables mais des appréciations subjectives, ce qui contrevient aux règles tant de l'article 202 du Code de procédure pénale que de la preuve du harcèlement, en ce qu'elles sont trop imprécises pour que l'employeur puisse y répondre.**

La cour relève encore que la plainte déposée pour discrimination raciale après l'altercation précédant le licenciement a été classée sans suite, que les certificats médicaux produits sont irrecevables car soit antérieurs à l'entrée en vigueur des dispositions sur le harcèlement, soit postérieurs à l'engagement de la procédure de licenciement. Dans cette affaire, alors même que le dossier paraissait consistant (beaucoup de pièces, l'appui de la HALDE et des syndicats...) c'est par une application méthodique des règles de preuve du harcèlement et de la discrimination que la cour écarte les qualifications. **Le salarié ne parvient pas à établir la présomption de harcèlement ni le critère discriminatoire.** Il n'est dès lors pas utile d'examiner les éléments de preuve fournis par l'employeur.

* CA Douai, 29 janvier 2010⁴³⁶

269.- Cet arrêt est intéressant en ce qu'il **se prononce sur un licenciement que le**

⁴³⁶ CA Douai, 29 janv. 2010, RG n° 09/01264.

salarié considère comme étant une rétorsion pour avoir adressé à l'employeur un courrier incriminant le DRH pour des faits d'entrave, de discrimination en raison de son origine et de harcèlement moral. De fait, l'entreprise avait mené une enquête et c'est à l'issue de celle-ci que le licenciement avait été prononcé pour faute grave, l'employeur ayant estimé que les accusations portées, infondées, avaient eu pour objet de porter atteinte au DRH et de le discréditer, ce qui mettait en cause le fonctionnement de l'usine. Le salarié est débouté en première instance. Les articles L. 122-45 al.3 (devenu L. 1132-3) et L. 122-52 (devenu L. 1152-2) interdisent les mesures de rétorsion, tel le licenciement, pour avoir témoigné d'agissements de discrimination ou de harcèlement ou pour les avoir relatés.

La bonne foi du salarié est sous-entendue, la Cour de cassation ayant décidé que le grief tiré de la relation des agissements de harcèlement moral par le salarié, dont la mauvaise foi n'est pas alléguée, emporte à lui seul la nullité du licenciement⁴³⁷. La condition de bonne foi est par ailleurs expressément contenue dans des textes postérieurs, par exemple dans le tout récent article L. 1132-3-3 issu de l'article 35 de la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, qui interdit les mesures de rétorsion, pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont le salarié aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions.

En l'espèce la cour recherche si les faits incriminés sont établis par le salarié, après avoir rappelé que l'absence de qualification ne sera pas suffisante pour écarter le salarié de « l'immunité » que lui confèrent les textes si ce n'est pas le cas. En l'espèce, **la cour d'appel considère que l'examen des éléments fournis par le salarié et par l'employeur ne permet pas d'établir la discrimination en raison de l'origine et le harcèlement. Elle en déduit que les accusations portées par le salarié ne sont pas fondées et résultent de son seul ressenti.** Le licenciement est considéré ensuite sans cause réelle et sérieuse, la cour estimant que le fait que le salarié ait maintenu ses accusations à l'issue de l'enquête et ait refusé de s'excuser n'est pas suffisant pour établir

⁴³⁷ Cass. soc., 10 mars 2009, *RDT* 2009, p. 453 note P. Adam ; *RTD*, 2009, p. 376, obs. B. Lardy-Pelissier; *Dr. ouvrier*, 2009, p. 456, obs. Rennes, *JCP S* 2009, 1225, obs. C. Leborgne-Ingelaere.

sa mauvaise foi.

Deux remarques semblent pouvoir être faites, La première remarque consiste à se demander pourquoi la cour cherche-t-elle à qualifier les faits de discrimination. En effet, cette qualification n'était pas nécessaire pour apprécier la nullité du licenciement rétorsion. D'ailleurs, le nouvel article L. 1132-3-3 précédemment évoqué indique que dès lors que la personne présente des éléments de fait qui permettent de présumer qu'elle a relaté ou témoigné de bonne foi de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime, il incombe à la partie défenderesse, au vu des éléments, de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à la déclaration ou au témoignage de l'intéressé. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. La qualification des faits incriminés est donc normalement indépendante de celle de la mesure de rétorsion, et si dans l'espèce ces harcèlements et discrimination sont invoqués, ce que la lecture de l'arrêt ne permet pas de savoir, alors leur qualification aurait dû selon nous être recherchée dans un second temps. La deuxième remarque c'est que la mauvaise foi du salarié n'étant pas établie, c'est la nullité du licenciement qui aurait dû être prononcée, en application des articles L. 122-45, al. 5 (devenu L. 1132-4) et L. 122-52-2 (devenu L. 1152-3) du Code du travail.

Les arrêts se prononçant sur la discrimination en raison de l'origine à l'occasion d'une contestation du licenciement sont des arrêts d'espèce. Toutefois, il nous semble que les cours d'appel rendraient des solutions moins contestables en appliquant de manière plus rigoureuse la méthode de preuve posée par l'article L. 1134-1 du Code du travail. Ces critiques n'ont pas cours s'agissant du contentieux du non renouvellement du contrat à durée déterminée.

2.- La discrimination liée à l'origine invoquée à l'occasion du non renouvellement du contrat à durée déterminée

270.- Il peut arriver le salarié considère que la cause de l'absence du renouvellement de son contrat de travail à durée déterminée réside dans son origine. Tel est le cas dans deux arrêts soumis à notre étude. Toutefois, on constate que dans ces deux arrêts, le salarié ne parvient pas à établir la présomption selon laquelle il aurait été victime d'une discrimination en raison de son origine.

* CA Rouen, 27 avril 2010⁴³⁸

271.- Après 15 ans de travail dans la même entreprise, au terme de plus de 80 contrats de travail temporaire, un salarié demande la requalification de ses contrats en contrats à durée indéterminées, et soutient que sa non « titularisation » est une discrimination raciale. **La cour écarte la présomption de discrimination au motif que le salarié n'apporte pas la preuve qu'il ait sollicité son embauche définitive ou qu'elle lui ait été promise.** Autrement dit, le salarié n'apporte pas ici la preuve d'une différence de traitement. **Dès lors, il n'est pas besoin de rechercher le lien discriminatoire,** ce que ne fait d'ailleurs pas la cour d'appel.

*CA Toulouse, 24 février 2010⁴³⁹

272.- Dans cette affaire, la présomption est écartée parce que le lien discriminatoire, en l'occurrence l'origine ethnique, n'a pu être établi avec le refus d'embauche définitive par la HALDE dont la cour reprend les conclusions d'une délibération du 24 mai 2007. Le dernier type de saisine naît à l'occasion de la rupture du contrat dont le salarié a pris l'initiative.

⁴³⁸ CA Rouen, 27 avril 2010, n° 09/04330.

⁴³⁹ RG, n° 07/04814.

3.- La discrimination liée à l'origine invoquée à l'occasion de la rupture du contrat à l'initiative du salarié

273.- La discrimination en raison d'origine peut être imputée à l'employeur comme cause de la rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié, soit qu'il démissionne, soit qu'il prenne acte de la rupture du contrat, soit qu'il en demande la résiliation judiciaire aux torts de l'employeur. Deux des arrêts étudiés concernent une démission.

*CA Rennes, 10 juin 2011⁴⁴⁰

274.- Une salariée démissionne et demande au conseil de prud'hommes de faire produire à la rupture les effets d'un licenciement abusif, notamment en raison de propos et conversations racistes perpétrés dans l'entreprise. Rappelons d'ores et déjà que **des propos racistes, xénophobes, antisémites, même établis ne sont pas des discriminations, la qualification de ces dernières exige que soient constatés des actes** (une sanction, une mutation, un refus d'embauche, de formation professionnelle etc.).

Cependant leur auteur n'est pas dans l'immunité car d'une part, ces propos peuvent constituer l'infraction d'injure non publique punie par l'article R.624-4 du Code pénal d'une amende prévue pour les contraventions de quatrième classe ; d'autre part, s'ils sont répétés, ils entrent dans la qualification du harcèlement⁴⁴¹ ; enfin, ils peuvent donner lieu à sanction disciplinaire. Dans tous les cas, il faut que ces propos soient établis. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt précité du 10 juin 2011, **la cour d'appel de Rennes considère qu'il résulte des procès-verbaux de la police et des témoignages recueillis que ces propos n'ont pas été confirmés, et que les allégations de la salariée relatives aux conversations indécrites et méprisantes concernant les personnes étrangères sont non étayées, d'autant que la lettre anonyme n'a pas de valeur probante, que le témoignage produit par la salariée est irrecevable et douteux, mettant en cause des conversations privées.** Dans cette affaire où la discrimination en tant que telle n'était

⁴⁴⁰ CA Rennes, 10 juin 2011, RG n° 10/01106.

⁴⁴¹ Cass. crim., 12 déc. 2006, n° 05.87.658.

pas avancée, le harcèlement est écarté.

* CA Versailles, 28 octobre 2010⁴⁴²

275.- Une salariée, étudiante camerounaise, est embauchée en 2004 sous contrat à durée indéterminée comme vendeuse de chaussures. Elle démissionne le 28 juillet 2006, quelques mois après qu'un nouveau directeur régional ait été nommé, et quelques jours après avoir dénoncé à la direction des ressources humaines le harcèlement moral dont elle pensait être l'objet. Elle indique dans sa lettre être victime de harcèlement moral l'ayant poussée à démissionner. Elle précise ne plus avoir été sollicitée pour effectuer des heures supplémentaires depuis qu'elle a refusé de démissionner, de ne pas avoir bénéficié de formation à la fermeture de la caisse, et ce malgré son ancienneté et au contraire des « extras », d'avoir subi une modification des horaires de travail pourtant négociés pour lui permettre d'effectuer son stage universitaire. Elle invoque encore les discriminations raciales sur sa personne. Elle saisit ensuite le conseil de prud'hommes pour faire produire à la démission les effets d'un licenciement nul. La HALDE présente ses observations tendant à faire reconnaître que la salariée a effectivement été victime de harcèlement discriminatoire en raison de l'origine et de l'apparence physique mais le conseil de prud'hommes déboute la salariée de ses demandes.

Devant la cour d'appel, la HALDE réitère ses observations, considérant que les actes reprochés à l'employeur par la salariée sont établis et ne trouvent pas de justification objective, et que le lien discriminatoire est établi par des attestations, par le fait qu'une autre salariée, également camerounaise a démissionné elle aussi, et par la constatation que l'employeur ne démontre pas que la salariée ait eu une mauvaise attitude. L'employeur invoque en substance les nécessités de la bonne organisation de l'entreprise, une attitude d'insubordination à propos de la modification des horaires. Il ajoute que la salariée ne s'est pas plainte de harcèlement ou de discrimination avant la lettre de démission.

⁴⁴² CA Versailles, 28 octobre 2010, n° 09/02217.

La cour d'appel qualifie le harcèlement moral discriminatoire : elle constate la véracité et la répétition des actes incriminés et leur absence de justification objective, et que le changement d'horaire a contraint la salariée à la démission et elle décide qu'ils sont en relation avec les critères interdits de l'origine et de l'apparence physique à partir des témoignages fournis par la salariée. Elle indique encore que **l'employeur informé des faits n'a pas été suffisamment diligent et a manqué à son obligation de sécurité de résultat concernant la santé de la salariée.** La cour **requalifie la démission de prise d'acte de la rupture du contrat de travail aux torts de l'employeur**, considérant que le harcèlement et la discrimination ont contraint la salariée à la rupture du contrat.

276.- S'agissant de la discrimination liée à l'origine, les arrêts d'appel soumis à notre étude sont des arrêts d'espèce, ils ne nous semblent pas poser de question de droit particulière en ce qui concerne la qualification du comportement. Signalons cependant que les cours d'appel sont parfois évasives dans l'expression du critère interdit⁴⁴³ et, il nous semble que dans l'appréciation des situations, elles éprouvent parfois des difficultés à rester objectives⁴⁴⁴. Ces éléments amènent à se poser la délicate question de savoir si les magistrats sont à l'aise avec ces questions, qu'ils ne rencontrent que de manière exceptionnelle, et auxquelles ils n'ont peut-être pas été suffisamment formés. Une application rigoureuse des règles de preuve des discriminations et du harcèlement permettrait d'éviter ce qui nous semble être des erreurs. Peut-être les magistrats devraient-ils être également plus attentifs aux observations déposées par le Défenseur des droits après enquête approfondie.

D.- S'agissant de la discrimination syndicale

277.- L'analyse des arrêts des cours d'appel laisse apparaître que la discrimination syndicale émerge principalement au stade de l'exécution du contrat de travail. Et à titre accessoire, au stade de l'exécution et de la rupture du contrat de travail.

⁴⁴³CA Reims, 24 juin 2009, RG n° 08/01650.

⁴⁴⁴CA Amiens, 19 octobre 2010, RG n° 10/00155.

1.- Un contentieux important au stade de l'exécution du contrat de travail

278.- Au stade de l'exécution du contrat de travail, la discrimination syndicale est fréquemment retenue dans deux situations. La première situation est celle relative à la modification de la situation juridique de l'employeur, conformément aux dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail, c'est-à-dire en cas de transfert d'entreprise⁴⁴⁵. La seconde situation a trait aux manœuvres tendant à évincer le salarié lorsque ce dernier est fraîchement désigné délégué syndical ou qu'il est élu pour différents mandats et que les choses s'enveniment pour ce dernier.

2.- Un contentieux peu fréquent au stade de l'embauche et la rupture du contrat

279.- La discrimination syndicale est rarement invoquée au stade de l'embauche et la rupture du contrat. D'une part, l'absence d'embauche reposant sur un motif syndical est prohibé par l'article L. 1132-1 du Code du travail. Les exemples de discrimination syndicale à l'embauche sont peu nombreux⁴⁴⁶. A ce sujet, il a été jugé que la discrimination ne saurait résulter du seul fait que le candidat exerçait des activités syndicales lors d'un précédent emploi, dans une autre entreprise, et que sa candidature n'a pas été retenue⁴⁴⁷. D'autre part, deux arrêts visent un salarié venant de prendre sa retraite⁴⁴⁸. Dans les deux cas, le salarié avait saisi le conseil de prud'hommes afin d'obtenir le versement de dommages-intérêts pour manque à gagner correspondant à une discrimination syndicale.

⁴⁴⁵Par ex., CA Douai, 20 août 2007, RG n° 07/02251 ; CA Douai, 28 févr. 2008, RG n° 08/00865 ; CA Colmar, 11 sept. 2008, RG n° 08/01042 ; CA Douai, 28 nov. 2008, RG n° 08/00751 ; CA Colmar, 22 sept. 2009, RG n° 08/05075 ; CA Douai, 30 juin 2009, RG n° 08/01500 ; CA Grenoble, 14 juin 2006, RG n° 05/01076 ; CA Grenoble, 19 janv. 2009, RG n° 08/01907 ; etc.

⁴⁴⁶Par ex., CA Orléans, 15 sept. 2011, RG n° 10/01165.

⁴⁴⁷CA Douai, 20 févr. 2009, RG n° 08/01604.

⁴⁴⁸CA Douai, 29 juin 2007, RG n° 06/02139 ; CA Riom, 11 oct. 2011, RG n° 10/01174.

E- S'agissant de la discrimination liée à l'âge

280.- L'âge peut aussi constituer un obstacle dans le déroulement de la carrière du salarié. C'est principalement à l'occasion de la rupture du contrat de travail que la discrimination en raison de l'âge donne lieu à des actions en justice.

1.- Licenciement du salarié pour insuffisance professionnelle

281.- Le contentieux peut d'abord trouver sa source dans les licenciements fondés sur l'insuffisance professionnelle, le salarié âgé étant perçu comme moins productif. Un jugement rendu par le conseil de prud'hommes de Nanterre le 22 novembre 2013 est une illustration de ce type de contentieux⁴⁴⁹.

2.- La mise en œuvre de mauvaise foi d'une clause de mobilité

282.- L'employeur se réfugie parfois derrière la modification du contrat pour écarter un salarié en raison de son âge. A titre d'illustration, un employeur met en œuvre une clause de mobilité tout en sachant que le salarié refusera sa mutation compte tenu de son âge et de ses attaches matérielles et sociales. Pour la Cour d'appel de Chambéry, l'absence de bonne foi de l'employeur rend le licenciement sans cause réelle et sérieuse⁴⁵⁰.

3.- La mise à la retraite du salarié

283.- L'employeur peut avoir la tentation de mettre à la retraite un salarié qu'il estime trop âgé. Dans l'hypothèse de la requalification d'une mise à la retraite intervenue sans respect des conditions légales, on songe notamment à l'impossibilité pour le salarié de bénéficier d'une pension de retraite à taux plein, le seul motif avancé par l'employeur

⁴⁴⁹ CPH Nanterre, 22 nov. 2013, n° 09/01725, CSBP n° 259, janv. 2014, p. 21, note D. Pallantza.

⁴⁵⁰ CA Chambéry, 14 déc. 2006, Cohen-Salmon c/ Sté Savoisiennne de métaux.

sera l'âge du salarié. Or, un tel motif est *a priori* discriminatoire. Dans un arrêt de principe en date du 21 décembre 2006⁴⁵¹, la Cour de cassation décide qu'en vertu de la loi « *aucun salarié ne peut être licencié en raison de son âge et que toute disposition ou tout acte contraire à l'égard d'un salarié est nul* ». En conséquence, dès lors que l'employeur n'invoquait comme cause de rupture que l'âge du salarié, lequel ne bénéficiait pas d'une retraite à taux plein, sa mise à la retraite constituait un licenciement nul. A l'inverse, lorsque les conditions de la mise à la retraite sont remplies et que la lettre de licenciement ne fait pas référence à l'âge du salarié mais au bénéfice d'une pension de retraite à taux plein, le licenciement n'est pas discriminatoire.

PARAGRAPHE 4.- LES MODES DE PREUVE

284.- Concernant les modes de preuve, deux questions retiennent l'attention : d'un côté, l'utilisation des comparaisons et, d'un autre côté, les éléments de fait qui permettent d'établir la présomption de discrimination.

A.- L'utilisation des comparaisons

285.- Cette technique se rencontre pour la discrimination syndicale, la discrimination sexuelle, la discrimination liée à l'âge et celle fondée sur l'orientation sexuelle.

1.- S'agissant de la discrimination syndicale

286.- S'agissant de la discrimination syndicale, il est permis d'établir une typologie des modes de preuve et de délimiter la méthode d'appréciation du juge sur les éléments de fait.

⁴⁵¹ Cass. soc., 21 déc. 2006, Société Bretagne Angleterre Irlande BAI, n° 05-12.816, *Bull. civ.* V, n° 412, p. 399.

a.- Typologie des modes de preuve

287.- L'analyse des arrêts d'appel offre la possibilité d'établir une typologie des modes de preuve en matière de discrimination syndicale tant à l'égard des éléments de fait qu'aux éléments objectifs.

aa.- Les éléments de fait

288.- Comme cela a été relevé précédemment, la seule assertion de la prétendue victime ne déclenche pas la présomption de discrimination, encore faut-il que cette assertion soit corroborée par des faits. Comment prouver ces faits ? Sur la question des modes de preuve, les juridictions d'appel se montrent très ouvertes⁴⁵². Sans être très exhaustif, les modes de preuve relevés sont très variés et peuvent consister en une déclaration en ce sens lors d'une réunion des délégués du personnel⁴⁵³ ; un argumentaire de l'Inspection du travail⁴⁵⁴ ; un rapport établi par un collègue ; un courrier d'un délégué du personnel qui relate certains propos de l'employeur⁴⁵⁵ ; des attestations d'anciens collègues⁴⁵⁶ ; des procès-verbaux du CHSCT⁴⁵⁷ ; des fiches de notations négatives avec des allusions claires aux activités syndicales et heures de délégations de l'appelant⁴⁵⁸.

289.- Au contraire, comme il se doit, les courriers adressés par le salarié à la Direction Départementale du Travail et à son employeur ne peuvent être retenus comme probants, s'agissant d'écrits émanant du salarié⁴⁵⁹. Il en est de même pour les attestations ne

⁴⁵²Pour un autre exemple, CA Douai, 29 juin 2007, RG n° 06/02510.

⁴⁵³CA Nancy, 27 oct. 2006, RG n° 05/03040.

⁴⁵⁴ Cf. notamment CA Douai, 31 oct. 2008, RG n° 08/00098 (rapports émanant des services de l'Inspection du travail) ; CA Grenoble, 12 sept. 2011, RG n° 10/00957 (climat relationnel délétère attesté par l'Inspection du travail) ; CA Nancy, 6 déc. 2006, RG n° 04/00471.

⁴⁵⁵ CA Colmar, 10 nov. 2011, RG n° 10/02314.

⁴⁵⁶CA Colmar, 14 sept. 2010, RG n° 09/03249.

⁴⁵⁷CA Poitiers, 2 nov. 2011, RG n° 10/00566.

⁴⁵⁸CA Riom, 2 févr. 2010, RG n° 09/00857.

⁴⁵⁹CA Colmar, 23 févr. 2010, RG n° 08/05888.

relatant que les dires du salarié prétendument victime⁴⁶⁰.

290.- En ce qui concerne les modes de preuve dans l'évolution des carrières – qui peuvent même être établis par l'Inspection du travail⁴⁶¹ –, il est admis généralement la présentation d'un tableau établi par le salarié qui démontre que l'évolution des carrières des salariés appartenant à la même catégorie professionnelle ne s'est pas faite de manière égale⁴⁶².

ab.- Les éléments objectifs

291.- La même liberté semble guider les juges dans l'appréciation des « *éléments objectifs étrangers à la discrimination* ». En ce sens, l'employeur peut utiliser des statistiques établis par ses soins ou encore le contenu des rapports rédigés par des conseillers rapporteurs du Conseil de prud'hommes⁴⁶³.

b.- La méthode d'appréciation du juge sur les éléments de fait

292.- Les éléments de fait présentés au juge doivent-ils être envisagés de façon globale ou analytique ? En théorie, on dispose de deux méthodes de comparaison : - la comparaison globale, c'est-à-dire que l'on va comparer une situation dans son entier par rapport à une autre ; - la comparaison analytique qui consiste à comparer les situations qui ont le même objet ou la même cause. Pour la chambre sociale, il semble qu'il faille retenir une approche globale dans la mesure où elle énonce régulièrement qu' « *il appartient au juge d'apprécier si ces éléments dans leur ensemble laissent supposer l'existence d'une telle discrimination* ». Source ? Après analyse de la jurisprudence des cours d'appel, il apparaît que l'ensemble des cours d'appel met en œuvre une méthode

⁴⁶⁰ *Ibid.*

⁴⁶¹ CA Douai, 30 janv. 2009, RG n° 07/03122.

⁴⁶² CA Chambéry, 3 mai 2007, RG n° 06/00092 ; CA Grenoble, 5 févr. 2007, RG n° 05/03789 (tableaux comparatifs d'évolution d'indice).

⁴⁶³ CA Douai, 26 oct. 2007, RG n° 06/03168.

analytique et non pas une méthode globale⁴⁶⁴. Tous les éléments de fait sont passés au crible par les juridictions.

293.- Enfin, de jurisprudence constante⁴⁶⁵, la chambre sociale estime que l'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres salariés. Encourt ainsi la cassation l'arrêt d'appel qui déboute le demandeur de ses demandes pour discrimination syndicale au motif que le salarié ne produit aucun élément de comparaison avec la situation d'autres salariés⁴⁶⁶. Dans la même optique, la seule circonstance que des salariés exerçant des mandats syndicaux aient pu bénéficier de mesures favorables n'est pas de nature à exclure en soi l'existence de toute discrimination à l'égard d'autres salariés⁴⁶⁷. Dernièrement la chambre sociale a néanmoins considéré que il entraine dans l'office du juge de comparer l'évolution des salaires et le déroulement de carrière de l'intéressé avec ceux des salariés exerçant les fonctions auxquels il se comparait⁴⁶⁸. Ces lignes directrices sont déjà suivies avec plus ou moins de parcimonie par les cours d'appel⁴⁶⁹. Par exemple, la Cour d'appel de Colmar persiste à considérer que la discrimination induit une différence de traitement entre salariés syndiqués et salariés non-syndiqués⁴⁷⁰. De même, la Cour d'appel de Versailles, ayant relevé que le salarié n'a pas avancé de comparaison chiffrée de salaires vis-à-vis de ses collègues commerciaux, n'a pas retenu la discrimination syndicale⁴⁷¹.

⁴⁶⁴ Par ex., CA Chambéry, 14 mai 2009, RG n° 08/02927.

⁴⁶⁵ Entre autres, Cass. soc., 20 mai 2008, n° 06-45.556 ; Cass. soc., 4 févr. 2009, n° 07-42.697, *Bull. civ.* V, n° 33 ; Cass. soc., 10 nov. 2009, n° 07-42.849, *Bull. civ.*, V, n° 246 ; Cass. soc., 20 févr. 2013, n° 10-30028, Publié ; Cass. soc., 12 juin 2013, n° 12-14153, Publié.

⁴⁶⁶ Cass. soc., 29 juin 2011, Société Sacer Sud-Est, n° 10-15.792, *Bull. civ.* V, n° 166.

⁴⁶⁷ Cass. soc., 12 juin 2013, n° 12-14153, Publié.

⁴⁶⁸ Cass. soc., 26 mars 2014, n° 12-10202, Publié.

⁴⁶⁹ Pour une application correcte, CA Douai, 29 mai 2009, RG n° 08/02964.

⁴⁷⁰ Par ex., CA Colmar, 8 févr. 2011, RG n° 09/01934, mais également CA Colmar, 23 févr. 2010, RG n° 07/04493, CA Riom, 30 oct. 2007, RG n° 06/00630, CA Grenoble, 26 mars 2007, RG n° 05/00938, CA Riom, 23 janv. 2007, RG n° 05/02993. V. aussi CA Douai, 29 juin 2007, RG n° 06/02139 pour qui la comparaison avec un seul autre salarié est insuffisante.

⁴⁷¹ CA Versailles, 26 juin 2008, RG n° 07/02673.

2.- S'agissant de la discrimination sexuelle

a.- La délicate détermination du cercle des égaux : persistance d'une « distinction genrée »

294.- Comme nous l'avons déjà rappelé, lorsqu'une discrimination est invoquée par un salarié, celui-ci est tenu, en vertu de l'article L. 1134-1 du Code du travail, d'apporter des éléments laissant supposer l'existence d'une discrimination. Lorsque le juge accueille cette présomption, il revient à l'employeur d'apporter les éléments objectifs de nature à caractériser l'absence de toute discrimination. Ainsi, « *la preuve d'un traitement inégalitaire est nécessairement une preuve par comparaison. Elle suppose toujours la mise en parallèle de la situation de celui qui invoque l'inégalité de traitement avec la situation d'autres salariés auquel il entend se comparer. L'essentiel des questions posées à la Cour de cassation en matière d'égalité de traitement concerne précisément la pertinence des situations comparées. Il s'agit de déterminer le cercle des égaux, l'espace au sein duquel doit être assurée l'égalité en évinçant de la comparaison ceux qui ne se trouvent pas dans une situation identique*⁴⁷² ».

295.- Fondamentalement, l'homme et la femme ne sont jamais placés dans des conditions identiques de travail. La physiologie et la morphologie diffèrent inéluctablement en raison du sexe des individus qui, dès lors, ne vivent pas de la même manière la charge physique du travail, ni même la charge émotionnelle du travail. Toutefois, et à en passer par là, deux hommes ne vivent pas de la même manière le travail alors même que sexuellement, ils sont tous deux des hommes. La vie du salarié au travail est une donnée tout à fait subjective qui s'apprécie nécessairement *in concreto*. Les évolutions législatives tendant à affirmer une égalité entre hommes et femmes au

⁴⁷² Cour de cassation, *Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation, Rapport annuel 2008*, Paris : La Documentation française, 2009, p. 86.

travail, essentiellement en matière de rémunération, ont largement contribué à rendre comparable les situations de l'homme salarié et de la femme salariée, non pas en se fondant sur des éléments liés à la psychologie des individus, mais en s'appuyant sur des données objectives permettant d'établir un véritable cadre à l'égalité entre hommes et femmes au travail. Toutefois, et comme indiqué en amont, la nécessité d'une évolution législative permettant d'introduire une effective égalité entre hommes et femmes mais teintée d'objectivité amène forcément à conserver certains aspects de la distinction des deux genres afin d'éviter toute négation de « la réalité physiologique⁴⁷³ ». En somme, le physique, et plus particulièrement les capacités athlétiques des hommes, conduisent encore, dans certains cas, à faire du corps de l'homme un élément objectif permettant de démontrer l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe.

b.- Le rétablissement progressif de la balance des sexes : vers un principe d'égalité professionnelle femmes-hommes effectif

296.- Le progressif rétablissement de la balance des sexes est le résultat de l'adoption de deux lois. La première, celle du 13 juillet 1983, s'est attachée à poser les critères de comparaison liés au travail⁴⁷⁴ en s'interrogeant sur les notions de même travail ou encore de travail d'égale valeur. La seconde, celle du 16 novembre 2001, a élargi la mise en œuvre du principe d'égalité professionnelle femmes-hommes en modifiant les dispositions du Code du travail et du Code pénal en matière de discrimination⁴⁷⁵. Ce texte ajoutait notamment à l'article L. 123-1 du Code du travail un alinéa disposant que « *en cas de litige relatif à l'application du présent article, le salarié concerné ou le candidat à un recrutement présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination, directe ou indirecte, fondée sur le sexe ou la situation de famille. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Le juge forme*

⁴⁷³ Blanc-Jouvan (X.), *JCl Travail Traité*, Fasc. 9-10, n° 2.

⁴⁷⁴ L. n° 83-635 du 13 juillet 1983 portant modification du Code du travail et du Code pénal en ce qui concerne l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, *JO*, 14 juill. 1983, p. 2176.

⁴⁷⁵ L. n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, *JO* n° 267, 17 nov. 2001, p. 18311.

sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utile ». Ainsi, les exigences en matière de preuves liées à la démonstration d'une discrimination sexuelle sont renforcées.

c.- Des évolutions législatives insufflées par les textes européens et la jurisprudence de la CJCE

297.- Ces évolutions législatives ont notamment été insufflées par les textes européens ainsi que par la jurisprudence de la CJCE sur la question de l'égalité entre hommes et femmes au travail. En effet, la directive n° 75/117 ayant envisagé avec plus de précision la notion de travail de valeur égale, la jurisprudence de la CJCE a pu s'affiner en matière de méthodes de comparaisons portant sur les fonctions occupées par les salariés des deux sexes⁴⁷⁶. Ces jurisprudences, parfois rappelées dans certaines décisions de Cour d'appel, permettent de mettre en évidence une méthode de comparaison ou, du moins, des éléments intangibles sur lesquels cette comparaison peut reposer. L'arrêt Brunnhofer⁴⁷⁷ de la CJCE entérine le dispositif. Cette décision précise que « *le fait que le travailleur féminin qui prétend être victime d'une discrimination fondée sur le sexe et le travailleur masculin de référence sont classés dans la même catégorie professionnelle prévue par la convention collective régissant leur emploi n'est pas, à lui seul, suffisant pour conclure que les deux travailleurs concernés exercent un même travail ou un travail auquel est attribuée une valeur égale au sens des articles 119 du traité et 1er de la directive 75/117, cette circonstance ne constituant qu'un indice parmi d'autres que ce critère est rempli* ». Au point 43 de cette décision, la CJCE s'efforce d'appuyer sa jurisprudence antérieure en expliquant qu'il a déjà été jugé « *à plusieurs reprises que, pour apprécier si des travailleurs exercent un même travail ou un travail*

⁴⁷⁶ V. notamment CJCE, 31 mars 1981, Jenkins, aff. 96/80, *Rec. CJCE*, p. 911 concernant des femmes qui occupaient à temps partiel les mêmes emplois que les hommes à temps plein ; CJCE, 27 oct. 1993, aff. C-127/92, Enderby, *Rec. CJCE*, p. I-5535 s'agissant des fonctions d'orthophonistes dans le Service national de santé au Royaume-Uni comparées aux fonctions de pharmaciens de ce même service ; CJCE, 30 mars 2000, aff. C-236/98, Jämo, *Rec. CJCE*, p. I-2189 concernant les fonctions de sages-femmes comparées à celles d'ingénieur clinique ; CJCE, 31 mai 1995, aff. 400/93, Royal Copenhagen, *Rec. CJCE*, p. I-1275 s'agissant des peintres sur machine comparés aux peintres effectuant leur travail à la main.

⁴⁷⁷ CJCE, 26 juin 2001, aff. C-381/99, Susanna Brunnhofer, *Rec. CJCE*, p. I-4961.

auquel une valeur égale peut être attribuée, il convient de rechercher si ces travailleurs, compte tenu d'un ensemble de facteurs, tels que la nature du travail, les conditions de formation et les conditions de travail, peuvent être considérés comme se trouvant dans une situation comparable ».

Pour cette raison, « *en tant qu'indices, les indications générales figurant dans la convention collective doivent, en tout état de cause, être corroborées par des facteurs précis et concrets déduits des activités effectivement exercées par les travailleurs concernés* ». Ainsi, **sans forcément rejeter l'approche subjective de l'égalité de traitement hommes-femmes, la CJCE tend à beaucoup plus d'objectivité s'agissant de la preuve de la discrimination. Toutefois, si un début de méthode de comparaison a pu être proposé par ces multiples décisions, force est de constater qu'il n'a pas été dégagé un modèle strict**, la CJCE laissant aux juridictions nationales le soin de procéder à l'examen de l'égalité de traitement hommes-femmes afin de déterminer si la justification apportée par l'employeur est objective, non liée au sexe et proportionnée à l'objectif poursuivi⁴⁷⁸.

3.- S'agissant de la discrimination liée à l'âge

298.- La discrimination indirecte est constituée lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'un âge par rapport à d'autres personnes.

a.- Quelques décisions de la Cour de cassation et de la CJUE

299.- Souvent, les données statistiques vont être un outil efficace pour prouver qu'une mesure est défavorable à une classe d'âge. A titre d'illustration, on peut s'intéresser à un arrêt rendu par la Cour de cassation le 30 avril 2009⁴⁷⁹. En l'espèce, un salarié licencié soutenait que le plafonnement d'une indemnité conventionnelle de licenciement, à partir

⁴⁷⁸ CJCE, 30 mars 2003, aff. C-236/98, Jämo, *Rec. CJCE*, p. I-2189.

⁴⁷⁹ Cass. soc., 30 avril 2009, D. 2009, p. 1359, obs. S. Maillard ; RDT 2009, p. 519, obs. K. Berthou.

de douze ans d'ancienneté, constituait une discrimination indirecte en raison de l'âge. Selon lui, il existe un rapport entre l'âge et l'ancienneté qui fait que les salariés les plus anciens sont souvent les moins jeunes. La Cour de cassation rejette son argumentation au motif qu'il ne résultait pas des constatations de la Cour d'appel que ce plafonnement avait pour effet de désavantager les salariés en fonction de leur âge. La haute juridiction invite donc à distinguer entre le critère de l'ancienneté et l'âge. L'employeur peut, dans le cadre de son pouvoir d'individualisation, tenir compte de l'ancienneté. La solution aurait pu être différente si le salarié avait démontré qu'en application de la convention collective d'entreprise, les plus anciens étaient aussi en proportion les plus âgés et subissaient de ce fait un désavantage. Cette approche est partagée par la CJUE. Dans l'arrêt Cadman du 3 octobre 2006⁴⁸⁰, elle a ainsi considéré que l'ancienneté pouvait être un critère d'ajustement des rémunérations : « *constitue un but légitime de politique salariale le fait de récompenser notamment, l'expérience acquise qui met le travailleur en mesure de mieux s'acquitter de ses prestations* ».

300.- Dans le même ordre d'idée, la Cour de cassation s'est prononcée le 19 octobre 2010⁴⁸¹ sur une éventuelle discrimination indirecte dans l'établissement d'un ordre des licenciements. En l'occurrence, l'ordre des licenciements a été appliqué à l'intérieur de catégories professionnelles distinctes constituées, d'un côté, par les directeurs artistiques « seniors », de l'autre, par des directeurs « juniors ». Ne faut-il pas y voir une discrimination fondée sur l'âge puisque le terme senior s'applique à un âge élevé ? Le grief de discrimination invoqué par une directrice âgée de 40 ans est toutefois écarté car l'employeur a précisé que le rattachement du salarié à l'une ou l'autre des catégories dépendait seulement de la mise en œuvre d'un critère lié à l'expérience professionnelle. La discrimination aurait pu être constituée si la salariée avait produit des éléments établissant qu'en fait la catégorie des seniors comprenait un grand nombre de salariés âgés ou si elle avait démontré que les éléments déterminant l'intégration des salariés dans la catégorie des « seniors » étaient susceptibles de désavantager les salariés les plus âgés.

⁴⁸⁰ CJUE, 3 oct. 2006, Cadman, aff. C-17/05, RDT 2006, p. 395.

⁴⁸¹ Cass. soc., 19 oct. 2010, n° 08-45.254.

b.- L'arrêt de la cour d'appel d'Orléans du 15 septembre 2011

301.- La preuve de la discrimination au stade de l'embauche est très difficile à établir. Souvent, il sera utile d'établir une comparaison entre des personnes placées dans une situation comparable. Mais à qui comparer celui qui se prétend victime d'une discrimination en raison de son âge ? Faut-il regarder la situation des personnes qui appartiennent à la même catégorie d'âge ou la situation des personnes plus jeunes ? Un arrêt rendu par la Cour d'appel d'Orléans le 15 septembre 2011⁴⁸² permet de mesurer les difficultés. En l'espèce, un homme employé par une société de presse en qualité de correspondant local, a déposé sa candidature à un emploi de journaliste au sein de cette même société. Suite au refus de cette dernière de l'embaucher en qualité de journaliste, il décide de saisir le conseil de prud'hommes pour discrimination à l'embauche.

Devant la Cour d'appel d'Orléans, il fait valoir que sa candidature à un emploi de journaliste n'a jamais été prise en compte malgré les nombreuses années passées au service de la société et ses compétences journalistiques indéniables. Et dans le même temps, la société a recruté comme salarié des personnes moins expérimentées et sans formation spécifique de journaliste. L'intéressé indique également que, quadragénaire noir plus proche de la cinquantaine, il réunissait les facteurs les plus discriminants. D'ailleurs, le rédacteur en chef de la société a déclaré que la politique de recrutement était de rechercher des gens diplômés d'écoles de journalisme, dotés d'une petite expérience dans d'autres journaux et ... jeunes, la pyramide des âges étant déséquilibrée en raison du nombre important de quinquagénaires en place.

302.- Dans sa décision, la Cour d'appel s'est en particulier intéressée aux profils des candidats qui ont été recrutés au cours des dernières années. Quatre salariés ont en commun, des études sanctionnées par un diplôme en histoire garantissant une culture générale les prédisposant à une polyvalence indispensable pour l'exercice du métier de journaliste. D'autres salariés possèdent une expérience acquise dans des journaux régionaux ou d'autres supports médiatiques. D'autres recrutements s'expliquent par des

⁴⁸² CA Orléans, 15 sept. 2011, RG n° 10/01165.

compétences acquises dans le domaine de la photographie. S'agissant du plaignant qui s'estime victime d'une discrimination, la Cour d'appel relève qu'il ne produit pas de curriculum vitae, ni ne communique d'information sur son parcours ou concernant les diplômes qu'il prétend détenir, à savoir un DESS de droit et une maîtrise de droit privé. En conséquence, la comparaison avec la situation des salariés recrutés comme journaliste est impossible.

4.- S'agissant de l'orientation sexuelle

303.- Sur le plan des éléments de fait que la victime potentielle de la discrimination doit apporter, il faut néanmoins reconnaître que l'orientation sexuelle est un motif particulier. En effet, l'analyse statistique qui peut être d'une réelle utilité dans le domaine de la discrimination en raison du sexe par exemple est inenvisageable lorsqu'il s'agit de mettre en évidence une discrimination en raison de l'orientation sexuelle.

304.- Par ailleurs, par définition, l'orientation sexuelle ne se voit pas. Avant d'invoquer une discrimination en raison de l'orientation sexuelle, encore faut-il que le salarié puisse établir que son employeur avait connaissance de ses préférences sexuelles. Sur ce point, la charge de la preuve pèse exclusivement sur le salarié.

B.- Les éléments de fait permettant d'établir la présomption de discrimination

1.- S'agissant de la discrimination sexuelle

a.- Une application uniforme du mécanisme d'aménagement de la charge de la preuve

305.- Au niveau des Cours d'appel françaises, le mécanisme d'aménagement de la charge de la preuve, institué en matière de discrimination – plus particulièrement en matière d'égalité femmes-hommes et d'égalité de rémunération entre femmes et hommes– fait l'objet d'une application relativement uniforme bien que les textes n'indiquent pas clairement ce qui est effectivement attendu de celui qui invoque la présomption de discrimination. Cette présomption de discrimination sera le plus souvent accueillie favorablement par le juge dès lors que le salarié mettra en avant son ancienneté, ses diplômes, son parcours professionnel, etc., dans un schéma comparatif propre à provoquer la suspicion. Les praticiens l'ont d'ailleurs bien compris et, on constate, dans la présentation des prétentions des parties figurant dans les arrêts d'appel, une forte tendance des salariés à expliciter au maximum leurs demandes de sorte que l'on pourrait se demander s'il s'agit encore de simples éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination ou alors, d'une véritable preuve de la discrimination.

La difficulté n'est alors pas la méthode avec laquelle le juge d'appel procède au contrôle motivation de l'employeur – chose que les tribunaux effectuent avec une objectivité certaine – mais bien les variations que l'on peut encore retrouver au détour de certaines décisions s'agissant de l'admission de la présomption de discrimination sexuelle.

b.- Une application variable des éléments de fait requis pour admettre la présomption de discrimination sexuelle

306.- Lorsque le salarié n'a que très peu d'éléments à avancer, certaines Cours accueillent volontiers les prétentions de la partie s'estimant victime de discrimination. Cette idée peut être observée dans un arrêt précité de la Cour d'appel de Montpellier⁴⁸³, rendue en matière de licenciement discriminatoire qui constate qu'une mention figurant sur la lettre de licenciement d'un salarié, indiquant que son statut au service de la clientèle au quotidien ne permettait pas de tolérer le port de boucles d'oreilles sur l'homme qu'il était, est suffisant pour révéler la présence d'éléments laissant supposer l'existence d'une discrimination fondée sur le sexe. Si la référence au sexe du salarié semble ici particulièrement explicite, il n'en demeure pas moins que la Cour ne s'adonne pas à plus d'investigation pour tenter de déterminer s'il s'agit d'une simple maladresse de l'employeur ou alors d'une véritable présomption de discrimination étayée par l'existence d'autres éléments. Cette approche est, de notre point de vue, confirmée par l'interprétation laborieuse effectuée par la Cour qui note que « *le motif du licenciement révèle une référence au sexe du salarié laissant supposer l'existence d'une discrimination directe par rapport aux autres membres du personnel de sexe féminin et laissant entendre qu'il ne serait pas un homme en portant des boucles d'oreilles* ».

307.- Ainsi, sur la base d'une simple suspicion et d'une interprétation casuistique des faits, un employeur peut être tenu de se justifier par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Dans le même ordre d'idée, un arrêt de la Cour d'appel de Douai⁴⁸⁴ accueille favorablement les éléments de faits présentés par une salariée au titre de la présomption de discrimination au motif que la salariée en question « *présente des éléments de faits laissant supposer l'existence d'une discrimination dès lors qu'il résulte de la procédure qu'elle a bénéficié d'une rémunération équivalente à ses autres collègues de travail, occupant des postes de responsables de magasins, lorsqu'elle a remplacé par intérim le responsable de la boutique de Lille et qu'elle a, à la suite de sa*

⁴⁸³ CA Montpellier, 27 oct. 2010, RG n° 10/01174.

⁴⁸⁴ CA Douai, 28 oct. 2011, RG n° 10/02405.

nomination sur le poste, perçu un salaire moindre que ses collègues de travail exerçant notamment à Paris, et dont elle souligne qu'ils appartiennent à la gent masculine ». L'allusion de la salariée au fait que ses collègues appartiennent à la gent masculine paraît ici suffire à déclencher le processus d'aménagement de la charge de la preuve sans qu'aucun autre élément ne vienne étayer la présomption. Ceci est d'ailleurs retrouvé dans d'autres affaires⁴⁸⁵. En d'autres termes, une simple allégation de la salariée provoque le contrôle de motivation des agissements de l'employeur.

308.- Pour autant, et bien qu'on puisse envisager cet aspect sociologique du dispositif, il convient d'admettre que *« l'office du juge s'inscrit dans une problématique d'un droit procédural, c'est-à-dire d'un droit qui lie les procédures préalables à une décision et le fond du droit⁴⁸⁶ »*. Ainsi, dans un arrêt du 23 novembre 1999, la chambre sociale de la Cour de cassation indique qu' *« il appartient au salarié qui se prétend lésé par une mesure discriminatoire de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de caractériser une atteinte au principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes et qu'il incombe à l'employeur, s'il conteste le caractère discriminatoire de cette mesure, d'établir que la disparité de situation ou la différence de rémunération constatée est justifiée par des critères objectifs, étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe⁴⁸⁷ »*. En d'autres termes, en matière d'égalité de traitement entre hommes et femmes, la présomption de discrimination doit reposer sur certains éléments de fait. En la matière, se fondant sur l'article L. 3221-4 du Code du travail⁴⁸⁸, la jurisprudence traditionnelle de la Cour de cassation enseigne que peuvent être pris en considération l'ancienneté, l'expérience, le parcours professionnel, les tâches et la nature du poste, la qualité du travail, les statuts différents, le marché du travail, et le diplôme.

309.- De toute évidence, la majorité des arrêts d'appel démontre que le juge du fond a

⁴⁸⁵V. notamment CA Colmar, 11 sept. 2007, RG n° 06/00161 ; CA Rennes, 15 mars 2011, RG n° 09/05255.

⁴⁸⁶*Ibid.*

⁴⁸⁷Cass. soc., 23 nov. 1999, n° 97-42.940.

⁴⁸⁸Art. L. 3221-4, C. trav., *« Sont considérés comme ayant une valeur égale, les travaux qui exigent des salariés un ensemble comparable de connaissances professionnelles consacrées par un titre, un diplôme ou une pratique professionnelle, de capacités découlant de l'expérience acquise, de responsabilités et de charge physique ou nerveuse »*.

fait siennes ces pistes d'études puisque les décisions de Cours d'appel françaises ne sont pas, en matière de preuve, d'une plus grande originalité. On peut notamment citer un arrêt de la Cour d'appel d'Orléans en date du 24 février 2011 qui est une illustration topique de ce que l'on peut observer dans la majeure partie des Cours d'appel françaises. Dans cette affaire, une salariée, promue responsable d'une agence située, pour une société ayant pour activité l'aménagement de terrains pour les lotir et les revendre, saisi le conseil de prud'hommes au motif d'une inégalité de traitement hommes-femmes en matière salariale. Cette demande se fonde sur la comparaison avec un responsable d'agence récemment embauché et qui perçoit une rémunération supérieure. Aux vises des articles L. 3221-2 et L. 3221-4 du Code du travail, la Cour d'appel procède à la comparaison des différentes situations. Si l'on met de côté le fait que la Cour procède à une confusion entre le principe de non-discrimination et le principe à travail égal, salaire égal⁴⁸⁹, on observe que la méthode de comparaison s'appuie sur les indices objectivement dégagés par les textes et confirmés par la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation.

En outre, la Cour d'appel note que le salarié qui fait l'objet de la comparaison est né en 1977 alors que la requérante est née 1963. Par ailleurs, *« celle-ci reste taise sur son curriculum vitae avant son recrutement par la société SOFIAL, alors que son collègue expose qu'il est titulaire d'un DEUG de l'université PARIS 12 et qu'il est responsable commercial depuis le mois de mai 2001, soit depuis sept ans avant son entrée dans la société : pendant deux ans, de 2001 à 2003, il a animé une équipe de cinq commerciaux, après avoir élaboré le site Internet de la société puis, de juillet 2003 à février 2008, il est devenu responsable commercial d'une équipe de 15 commerciaux, dont il a mis en œuvre la stratégie commerciale et a permis une augmentation des ventes de 500.000 euros à 1.500.000 euros »*. Partant, la Cour conclut que *« ces faits*

⁴⁸⁹ A ce titre, le rapport annuel 2008 de la Cour cassation explique, pour fonder ce genre de regroupement que l'on pourrait estimer malheureux, que *« La confusion entre les notions est également entretenue par le fait que, de technique probatoire dans le dépistage des discriminations, la méthode comparative est parfois érigée en règle substantielle d'égalité. C'est bien ce qui paraît caractériser l'égalité de rémunération hommes/femmes. On sait en effet que l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe est difficile à combattre parce que les comportements condamnables sont diffus. L'inégalité des salaires, notamment, est persistante et on postule que cette inégalité est en partie imputable à une discrimination rampante »*.

s'analysent comme une ascension professionnelle, associée à une réussite incontestable et méritait un positionnement indiciaire à la hauteur de ce que ce cadre jeune avait pu accomplir dans un passé proche. Comme la cour reste dans l'ignorance de ce qu'a pu accomplir [la salariée], avant son intégration dans l'entreprise le 15 janvier 2007, il en résulte que la différence de traitement à hauteur de 500 euros par mois restait totalement justifiée, sans que la moindre discrimination salariale entre le salaire des hommes et des femmes puisse être caractérisée ». Dans le même sens, une décision rendue par la Cour d'appel de Paris⁴⁹⁰ fait montre de la rigueur avec laquelle est appliqué le dispositif. Alors même que la salariée s'appuie sur des allégations pour rechercher la présomption de discrimination sexuelle, la Cour d'appel constate qu'elle ne produit aucun élément de comparaison et, notamment son curriculum vitae pour permettre d'emporter la présomption de discrimination. Ainsi, la Cour d'appel de Paris réclame que les allégations soient au moins étayées par des éléments tangibles – comme les diplômes, l'expérience professionnelle, etc – afin de pouvoir mettre les arguments de l'employeur sur le banc d'essai. On comprend donc que le juge s'appuie effectivement sur le faisceau d'indices qui a pu être dégagé, au fil des années, par le droit droit européen, la jurisprudence européenne et, par application du principe de primauté du droit international, par la transposition qui en a été faite en droit interne. Ce dispositif permet, semble-t-il, de faire objectivement la lumière sur une demande relative à l'égalité de rémunération entre hommes et femmes.

c.- La curiosité du juge d'appel saisi d'un litige de discrimination sexuelle

310.- Toutefois, cette machinerie relativement lourde, mise en place par les textes européens, pose de sérieuses questions « *d'autant plus que les articles L. 1134-1 (anc. art. L. 122-45, al.4) et L. 1144-1 (anc. art. L. 123-1, al.5) du Code du travail confortent le pouvoir du juge quant à la preuve de la discrimination. Celui-ci forme sa conviction et, notamment, "en cas de besoin", peut ordonner "toutes les mesures d'instruction qu'il*

⁴⁹⁰ CA Paris, 20 déc. 2007, RG n° 05/00409. Dans le même sens, CA Orléans, 7 déc. 2006, RG n° 06/01578 ; CA Paris, 28 févr. 2007, RG n° 06/08314 ; CA Riom, 21 nov. 2007, RG n° 06/00849 ; CA Douai, 29 mai 2009, RG n° 08/01031 ; CA Rennes, 5 nov. 2009, RG n° 08/05516 ; CA Grenoble, 3 nov. 2010, RG n° 09/05144.

*estime utiles*⁴⁹¹ ». Cependant, et comme le constate le rapport annuel 2008 de la Cour de cassation, le mécanisme institué en matière de preuve permet de titiller la curiosité du juge alors même qu'il conditionne le besoin de l'employeur de se constituer une défense quand bien même les éléments avancés par le salarié ne permettraient pas de créer la présomption de discrimination sexuelle. En outre, « *le développement de l'égalité procède aussi d'une dynamique propre qui prend racine dans la prohibition des discriminations. Si l'on commence à mettre en question les différences au titre des discriminations, il est en effet difficile de s'arrêter à la seule constatation que telle différence ne relève pas d'une discrimination interdite. L'esprit humain est ainsi fait qu'il veut en savoir plus. Si telle différence n'est pas l'effet d'une discrimination, de quoi donc est-elle l'effet ? De son côté, l'employeur soumis à la question ne peut guère montrer ce que la différence n'est pas, sans établir ce qu'elle est. Le dépassement de la discrimination est inéluctable et rencontre alors la montée en puissance des exigences de motivation et de justification des conduites patronales. Le recours à une règle d'égalité permet au juge de légitimer son questionnement et d'apprécier la valeur de la réponse de l'employeur. Elle est essentiellement une exigence de rationalité, une condamnation de l'arbitraire* ».

D'ailleurs, cette théorie est observable dans certaines décisions de Cour d'appel. Notamment, un arrêt de la Cour d'appel de Nancy, daté du 27 novembre 2009, constate, s'agissant d'une femme qui se prévaut de l'existence d'une discrimination sexuelle à l'embauche concernant un poste de chauffeur routier, que l'attestation délivrée par l'un des salariés de l'employeur, qui ne fait que rapporter des propos eux-mêmes rapportés par un tiers d'une conversation non datée et tenue entre des personnes inconnues, n'a dès lors qu'une valeur probante relative. Ayant écartée la présomption de discrimination en raison d'un manque évident d'élément laissant supposer l'existence d'une discrimination fondée sur le sexe, la Cour d'appel de Nancy envisage néanmoins les explications de l'employeur qui « *justifie, pour le poste demandé par [la requérante], n'avoir procédé à l'embauche d'un chauffeur qu'en mars 2009 et avoir recruté une femme en qualité de chauffeur routier en janvier 2009* ». En d'autres termes, et même si l'existence d'une

⁴⁹¹ Lanquetin (M.-Th.), *op. cit.*, n° 236.

présomption conditionne, logiquement, l'aménagement de la charge de la preuve, il ne fait aucun doute que l'employeur prépare, en amont, une hypothétique défense, laquelle sera inéluctablement présentée au juge, qui, de son côté, ne se prive pas d'en user dans la motivation de sa décision comme le montre l'arrêt précité.

Cependant, cette décision n'est pas une panacée pour le juge d'appel car, si la discrimination fondée sur le sexe repose, malgré les tentatives d'objectivation, sur une part de subjectivité eu égard aux circonstances de fait, l'étude des arrêts d'appel montre globalement que le rapport annuel 2008 de la Cour de cassation fait fausse route car, en définitive, on constate dans la majeure partie des cas que l'esprit humain, ou du moins celui du juge, ne souhaite pas toujours en savoir davantage. Ce dernier n'a pas, par essence, une curiosité à toute épreuve. L'étude des arrêts de Cour d'appel en matière de discrimination fondée sur le sexe montre bien l'inconstance de cette donnée psychosociologique.

2.- S'agissant de la discrimination syndicale

312.- Dans un premier temps, le curseur se tourne du côté de la prétendue victime qui devra présenter « *des éléments de fait constituant selon lui une discrimination directe ou indirecte* ». Deux interrogations surgissent. Premièrement, en quoi consistent ces éléments de fait ? Deuxièmement, quelle est la méthode d'appréciation employée par le juge tel que la conçoit la chambre sociale de la Cour de cassation ?

a.- Les éléments de fait permettant au salarié ayant des fonctions syndicales d'établir une présomption simple de discrimination en sa faveur

aa.- Les règles jurisprudentielles dégagées par la Cour de cassation

313.- La chambre sociale de la Cour de cassation opère une sorte de contrôle de qualification sur les éléments de fait présentés par un salarié ayant des fonctions syndicales. Elle retient que présente de tels faits « *en raison de ses absences pour exercer ses mandats représentatifs le salarié s'était vu affecter un autre véhicule que celui qu'il conduisait habituellement jusqu'à l'intervention de l'inspecteur du travail, qu'il n'avait bénéficié ni des frais de repas lors de ses journées de délégation ni de diverses primes attachées à son exercice professionnel, que son salaire moyen était le plus faible de tous les chauffeurs, à l'exception d'un autre, qu'il n'avait pas d'entretien d'évaluation, et qu'il était l'un des seuls chauffeurs – exception faite de trois autres délégués syndicaux – à ne pas bénéficier d'un téléphone mobile*⁴⁹² ».

314.- De même constitue un élément de nature à laisser supposer l'existence d'une discrimination syndicale le fait pour un employeur de ne pas fournir de travail au salarié pendant une longue période⁴⁹³.

Doit encore être cassé l'arrêt d'appel qui, après avoir constaté que des fiches d'évaluation du salarié faisaient mention d'une disponibilité réduite du fait de ses fonctions syndicales, le déboute d'une demande de dommages-intérêts pour discrimination syndicale affectant le déroulement de sa carrière au motif que la référence à ses activités syndicales constitue un simple constat dépourvu de jugement de valeur ne remettant pas en cause la qualité du travail de l'intéressé soulignée dans d'autres rubriques d'évaluation et que les éléments de fait qu'il présente ne laissent pas supposer l'existence d'une telle

⁴⁹²Cass. soc., 29 juin 2011, n° 10-15792, *Bull. civ. V*, n° 166.

⁴⁹³Cass. soc., 29 juin 2011, n° 10-14067, *Bull. civ. V*, n° 166.

discrimination⁴⁹⁴.

Concernant un salarié qui invoque un retard de carrière discriminatoire, il a été jugé dernièrement qu' « *au nombre de ces éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte peut figurer un rapport établi par un inspecteur ou un contrôleur du travail eu égard aux compétences reconnues aux corps de l'inspection du travail, notamment par les articles L. 8112-1 et L. 8112-2 du Code du travail, aux prérogatives qui leur sont reconnues par l'article L. 8113-5 du même Code et aux garanties d'indépendance dont bénéficient leurs membres dans l'exercice de leurs fonctions, peu important que l'agent de contrôle soit intervenu à la demande de l'une des parties et n'ait pas relevé par un procès-verbal les infractions éventuellement constatées*⁴⁹⁵ ».

ab.- L'application de ces règles par les cours d'appel

315.- Généralement, ce sont les modifications des éléments essentiels du contrat de travail ou la mise en œuvre maligne des clauses du contrat de travail qui constituent des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination.

aba.- Abus de droit de l'employeur dans la mise en œuvre d'une clause de mobilité

316.- Une décision rendue par la Cour d'appel de Versailles⁴⁹⁶ apporte un éclairage sur la caractérisation de l'abus de la part de l'employeur en raison de la mise en œuvre d'une clause de mobilité. En effet, quand bien même ce type de clause est courant dans le secteur d'activité du nettoyage, la mise en œuvre répétée de la clause en proposant des affectations prévoyant le samedi en jour travaillé, et ce malgré les refus répétés du salarié, a été interprété par les juges comme une tentative d'imposer cette clause, constituant un abus commis par l'employeur dans l'exercice de son droit contractuel. De

⁴⁹⁴Cass. soc., 11 janv. 2012, n° 10-16.655, *Bull. civ.* V, n° 8.

⁴⁹⁵Cass. soc., 15 janv. 2014, n° 12-27261 *et al.*, Publié.

⁴⁹⁶CA Versailles, ch. soc., 12 juin 2008, RG n° 06/00819.

plus, le salarié étant titulaire d'un mandat syndical, la discrimination syndicale a été retenue à son encontre. La répétition de propositions non conformes aux attentes du salarié peut en effet constituer un abus, témoignant d'une certaine déloyauté de la part de l'employeur dans la mise en œuvre de la clause. Plus généralement, la jurisprudence considère comme abusive la mise en œuvre de la clause portant atteinte à un droit ou à une liberté, sauf à ce qu'une telle atteinte soit justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché⁴⁹⁷.

abb.- Changement d'affectation de courte durée d'un salarié ayant des fonctions syndicales

317.- Il est de jurisprudence constante qu'aucune modification du contrat ou des conditions de travail ne peut être imposée au salarié protégé⁴⁹⁸. L'accord exprès de ce dernier est alors indispensable⁴⁹⁹. Il ne peut résulter ni de l'absence de protestation du salarié, ni de la poursuite par celui-ci de son travail aux nouvelles conditions⁵⁰⁰. En cas de refus de ce dernier, l'employeur doit alors se résigner ou engager une procédure de licenciement et demander l'autorisation préalable auprès de l'inspection du travail.

Dans le cas où l'employeur vient à procéder à telle une modification, sans tenir compte du refus du salarié, la résiliation judiciaire du contrat de travail peut être prononcée, aux torts de l'employeur⁵⁰¹. La prise d'acte qui résulte de ce manquement contractuel de la part de l'employeur produit alors les effets d'un licenciement nul⁵⁰².

Au regard de ces données, on peut citer comme autre illustration un arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux de 2010⁵⁰³ où un salarié, analyste programmeur, est amené à effectuer des missions de longue durée auprès de clients de sa société. Titulaire de

⁴⁹⁷ A ce sujet, Cf. G. Auzero, *RDT* 2008, p. 731, à propos de la mise en œuvre d'une clause portant atteinte à une vie personnelle et familiale normale ; Cass. soc., 13 janv. 2009, *JCP S* 2009, 1162, note B. Bossu.

⁴⁹⁸ Cass. soc., 2 mai 2001, n° 98-44.624.

⁴⁹⁹ Cass. soc., 1^{er} déc. 2010, n° 09-42.078.

⁵⁰⁰ Cass. soc., 11 févr. 2009, n° 07-43.948.

⁵⁰¹ Cass. soc., 15 févr. 2006, n° 03-42.510.

⁵⁰² Cass. soc., 4 juill. 2012, n° 11-13.346.

⁵⁰³ CA Bordeaux, 8 juin 2010, RG n° 09/02565.

plusieurs mandats de représentant salarié et syndical, il se voit proposer un changement d'affectation. La société lie cette décision notamment au regard de la forte part de son temps de travail consacré à son activité de représentation, entre 50 % à 80 %.

En l'espèce, le salarié, qui avait dans un premier temps refusé le changement de mission, l'a par la suite acceptée. Un courriel qui émanait de sa part dans lequel il demandait des informations complémentaires pouvant être interprété comme un accord de sa part. Cette affectation, qui se révélera être de courte durée, sera remplacée par une nouvelle mission. Ce « compromis », ainsi qualifié par les juges du fond, a alors conduit le salarié à ne plus avoir d'activité réelle. Depuis lors, la société n'ayant pas été en mesure de pouvoir justifier d'une activité du salarié, la cour a retenu l'absence de loyauté de l'employeur dans l'exécution de son contrat de travail, justifiant alors la prise d'acte du salarié. La nullité du licenciement est alors prononcée en raison de l'absence d'autorisation de l'inspection du travail.

C'est le manque de loyauté qui a retenu l'attention des juges du fond et qui l'a emporté sur l'accord formulé par le salarié. Il est vrai que l'approbation de ce dernier n'envisageait pas une telle situation. Le régime juridique applicable en l'absence de consentement d'une modification des conditions du travail par le salarié protégé semble donc dans ses effets s'appliquer à cette situation, qui tend à se rapprocher d'un vice du consentement. En effet, ce dernier n'a pas donné son accord pour une mission vide de tout travail. Qu'en aurait-il été si le salarié avait eu une activité, mais différente de ses attentes ?

abc.- Absence de proposition de reclassements

318.- En cas de perte de marchés, les propositions de reclassement doivent être suffisamment sérieuses, à défaut elles peuvent constituer une discrimination syndicale comme il ressort d'un arrêt de la Cour d'appel de Versailles⁵⁰⁴. En l'espèce, l'entreprise

⁵⁰⁴CA Versailles, 5^e ch., 5 févr. 2009, RG n° 06/04080.

ayant perdu le marché dont le salarié était le responsable, cette dernière devait alors proposer un nouvel emploi au sein du groupe. Or, il apparaît que les propositions formulées « *ne pouvaient qu'entraîner le refus de la part du salarié* », en raison notamment d'une diminution de ses responsabilités et de sa rémunération. De plus, l'absence de toute proposition située géographiquement dans la région de son domicile, a convaincu les juges d'appel de l'existence d'une discrimination syndicale. Ces derniers confirment le jugement prud'homal en ce qui concerne la condamnation de l'employeur pour discrimination syndicale, retenant la même indemnité qu'en première instance.

abd.- Rémunération variable induisant une discrimination indirecte

319.- Un mode de rémunération ne doit pas induire une inégalité de traitement, qui plus est dans le cas où cela concerne spécifiquement un salarié titulaire d'un mandat syndical, sous peine de discrimination syndicale. Les cas présentés devant les cours d'appel présentent différentes formes. Si la principale forme de discrimination repose sur une différence dans le déroulement de carrière, il se peut également que certains modes de rémunération soient en eux-mêmes porteurs de discrimination à l'encontre d'un titulaire de mandat syndical.

En témoigne l'arrêt de la Cour d'appel de Rouen rendu le 10 avril 2007⁵⁰⁵. Une entreprise a introduit une partie variable de la rémunération de ses salariés commerciaux calculée sur des résultats individuels et collectifs. Un représentant syndical de la société se plaint alors d'une inégalité de traitement, en raison des heures passées en délégation, réduisant ainsi ses performances individuelles et donc sa rémunération. L'employeur s'étant engagé à compenser cette perte, le salarié saisit la juridiction prud'homale en référé en raison d'un désaccord sur le calcul de cette compensation. La chambre des appels prioritaires de la Cour infirme la décision prud'homale, donnant pourtant gain de cause au salarié, au motif d'une contestation sérieuse. Le salarié saisit alors à nouveau la juridiction prud'homale au fond qui le déboute de l'ensemble de ses demandes. La Cour d'appel confirme le jugement sur le nouveau mode de calcul de compensation proposée

⁵⁰⁵CA Rouen, 10 avr. 2007, RG n° 06/04080.

par la société, et rejette la demande du salarié faute pour lui d'apporter la preuve d'un écart défavorable par rapport à ses prétentions. La Cour retient cependant que la société a cessé le versement de cette compensation, et à ce titre, n'ayant apporté aucune raison objective de cette cessation, s'est rendue coupable d'une discrimination.

A l'aune de cette décision, l'employeur doit donc s'assurer de corriger les effets discriminatoires indirects, à l'encontre des représentants syndicaux. La Cour de cassation a par la suite adopté, dans une autre affaire, une position similaire en venant préciser le mode de calcul de la compensation⁵⁰⁶.

b.- L'appréciation du juge sur les éléments de faits

ba.- Le contentieux sur l'appartenance syndicale

320.- La seule référence aux activités syndicales paraît être suffisante pour imposer à l'employeur de se justifier. En ce sens, doit être cassé l'arrêt d'appel qui, après avoir constaté que des fiches d'évaluation du salarié faisaient mention d'une disponibilité réduite du fait de ses fonctions syndicales, le déboute d'une demande de dommages-intérêts pour discrimination syndicale affectant le déroulement de sa carrière au motif que la référence à ses activités syndicales constitue un simple constat dépourvu de jugement de valeur ne remettant pas en cause la qualité du travail de l'intéressé soulignée dans d'autres rubriques d'évaluation et que les éléments de fait qu'il présente ne laissent pas supposer l'existence d'une telle discrimination⁵⁰⁷.

321.- Le contentieux sur l'appartenance syndicale est quasiment inexistant en appel. Une décision de 2011⁵⁰⁸, portant sur la qualification d'une prime, rejette les demandes relatives à la discrimination syndicale dans la mesure où l'attitude de l'employeur était

⁵⁰⁶ Cass. soc., 6 juill. 2010, n° 09-41.354, note B. Bossu, *JCP S* 2010, 1034.

⁵⁰⁷ Cass. soc., 11 janv. 2012, n° 10-16655, *Bull. civ.* V, n° 8 ; concernant le « présentisme », Cass. soc., 20 févr. 2013, n° 10-30028, Publié.

⁵⁰⁸ CA Riom, 13 déc. 2011, RG n° 10/01925.

étrangère à toute notion de discrimination syndicale. La Cour d'appel de Colmar rejette également les demandes relatives à la discrimination syndicale car le lien entre la prétendue discrimination et les fonctions syndicales du salarié n'est absolument pas établi⁵⁰⁹, les manœuvres de l'employeur devant d'ailleurs concernées le salarié lui-même⁵¹⁰.

bb.- Les postures adoptées par les cours d'appel

322.- Au sujet des éléments de fait, les juges d'appel adoptent plusieurs postures dans leur appréciation des éléments de fait.

Soit ils estiment que ces éléments de fait sont inexistants⁵¹¹. C'est le cas lorsque le salarié n'est plus titulaire de mandat syndical⁵¹². C'est le cas aussi lorsque la prétendue victime se limite à de simples affirmations⁵¹³, à des supputations⁵¹⁴ ou de simples allégations non étayés par des faits⁵¹⁵. Le seul sentiment de discrimination de la prétendue victime est insuffisant à établir une présomption de discrimination⁵¹⁶. Les propres déclarations de la prétendue victime doivent être corroborées par d'autres pièces⁵¹⁷.

Soit ils relèvent que l'appartenance syndicale n'est pas en cause⁵¹⁸. Sur ce point, il

⁵⁰⁹ CA Colmar, 22 sept. 2009, RG n° 08/05075.

⁵¹⁰ CA Douai, 12 avr. 2007, RG n° 07/01197.

⁵¹¹ En ce sens, CA Riom, 12 sept. 2006, RG n° 05/01434 ; CA Douai, 29 juin 2007, RG n° 06/02845 ; CA Douai, 29 mai 2009, RG n° 08/02964 ; CA Douai, 29 juin 2007, RG n° 06/02271 ; CA Douai, 20 août 2007, RG n° 07/02251 ; CA Riom, 12 févr. 2008, RG n° 06/02840 ; CA Colmar, 11 sept. 2008, RG n° 08/01042 ; CA Orléans, 18 déc. 2008, RG n° 08/00805 ; CA Riom, 11 janv. 2011, RG n° 09/03000 ; CA Riom, 27 sept. 2011, RG n° 10/02956 ; CA Douai, 30 juin 2010, RG n° 09/02744.

⁵¹² CA Nancy, 10 sept. 2010, RG n° 10/00117 ; V. également CA Versailles, 25 mai 2011, RG n° 09/03918 où les « difficultés » sont apparues avant toute désignation du salarié comme délégué syndical (rejet discrimination et le salarié se plaignant de d'éléments remontant à l'année 2005 alors qu'il exerçait son mandat depuis plus de quatre ans).

⁵¹³ CA Versailles, 25 mai 2011, RG n° 10/02509.

⁵¹⁴ CA Colmar, 23 févr. 2010, RG n° 07/04493.

⁵¹⁵ CA Douai, 27 nov. 2009, RG n° 08/03797.

⁵¹⁶ CA Douai, 29 janv. 2010, RG n° 09/01264 ; *contra*, où le salarié a exposé à ses collègues des revendications justifiant un mouvement de grève, CA Grenoble 13 oct. 2010, RG n° 09/05251.

⁵¹⁷ CA Nancy, 4 nov. 2009, RG n° 08/02280.

⁵¹⁸ CA Grenoble, 5 févr. 2007, RG n° 05/03789 ; V. également CA Douai, 30 nov. 2007, RG n° 07/00491 selon laquelle le salarié ne démontre donc pas avoir subi un traitement discriminatoire de la part de son employeur lié à son appartenance syndicale, ou encore CA Grenoble, 19 janv. 2009, RG n° 08/01907 où le contexte est apprécié en fonction du début du mandat syndical. Pour un arrêt où le juge d'appel opère son appréciation au regard des dates et de la connaissance par l'employeur de

ressort de certaines décisions que c'est l'intention de l'employeur qui est jaugée. L'examen des faits peut faire ressortir que l'intention réelle de l'intimée était, au travers de cette sanction disciplinaire ainsi motivée, de porter atteinte à l'exercice plein et entier de son mandat syndical⁵¹⁹. D'autres juridictions font état de l'absence d'intention de nuire⁵²⁰.

Soit les juges d'appel jouent sur la qualification juridique et ne font pas entrer les éléments présentés comme des éléments laissant supposer l'existence d'une discrimination

Soit ils subordonnent les faits à une condition d'intention de la part de l'employeur. Par exemple, la Cour d'appel de Douai⁵²¹, estime que le salarié n'invoque pas des faits pouvant laisser présumer un harcèlement dès lors que l'absence de paiement des congés payés relevait plutôt d'une mauvaise application des dispositions légales que d'une intention de nuire.

Enfin, le contexte dans lequel s'inscrit la demande de la victime est d'importance. Ainsi, les éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination sont retenus en cas de concomitance entre la convocation en vue du licenciement et l'engagement syndical⁵²². Dans la même optique, la persistance du défaut de réintégration et le licenciement prononcé peu de temps à une réintégration constituent de tels éléments de fait⁵²³. Plus hardie, la Cour d'appel de Douai considère qu'en raison du contexte dans lequel ils ont été proférés, des propos injurieux ne caractérisent pas une discrimination syndicale⁵²⁴.

323.- A l'inverse, il semblerait que certains manquements à des obligations légales de l'employeur ne constituent pas en soi des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination. En ce sens, le fait de ne pas déférer immédiatement à une obligation de négocier un accord collectif ne constitue pas un élément laissant supposer

l'engagement syndical : CA Nancy, 11 sept. 2009, RG n° 08/01910.

⁵¹⁹CA Metz, 20 oct. 2009, RG n° 07/00829.

⁵²⁰CA Nancy, 4 nov. 2009, RG n° 08/02280.

⁵²¹CA Douai, 27 juin 2008, RG n° 07/02646.

⁵²²CA Nancy, 11 sept. 2009, RG n° 08/01910.

⁵²³CA Chambéry, 20 mars 2007, RG n° 05/01616.

⁵²⁴CA Douai, 30 mai 2011, RG n° 10/01691.

l'existence d'une discrimination⁵²⁵.

324.- En outre, le seul fait pour le salarié de s'estimer insuffisamment reconnu dans ses capacités professionnelles étant insuffisant pour caractériser un manquement de l'employeur⁵²⁶. Les mêmes conséquences sont attachées à la décision de l'employeur de supprimer le poste d'une assistante pour rendre plus difficile l'exercice des fonctions syndicales du salarié visé⁵²⁷.

3.- S'agissant de la discrimination liée à l'orientation sexuelle

a.- Les éléments de fait permettant à un salarié d'établir une présomption de discrimination liée à son orientation sexuelle

325.- On l'a vu, lorsque survient un litige relatif à une discrimination, le salarié est tenu de présenter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Mais quels sont ces « éléments de fait » ? En la matière, la réponse peut paraître simple : sous réserve d'avoir été obtenu loyalement, tout élément est susceptible d'être avancé par le salarié. En effet, dans le cadre d'un litige prud'homal, dès lors qu'elle est loyale, la preuve est libre. De fait, le salarié peut avancer tant des éléments matériels que des éléments factuels.

aa.- Les éléments matériels produits par le salarié

326.- Le salarié peut d'abord avancer des éléments matériels permettant de mettre en évidence un comportement potentiellement discriminatoire. A titre d'illustration, dans un

⁵²⁵CA Chambéry, 18 janv. 2011, RG n° 10/01029.

⁵²⁶CA Chambéry, 18 janv. 2011, RG n° 10/01029.

⁵²⁷CA Chambéry, 22 mars 2007, RG n° 05/01916 ; pour un litige relatif à une requalification d'une démission en prise d'acte de la rupture du contrat, V. CA Colmar, 6 oct. 2011, RG n° 10/02446.

arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 10 janvier 2012⁵²⁸, un salarié a mis en évidence une discrimination en raison de son orientation sexuelle (en l'occurrence, une promotion lui avait été refusée) en produisant des courriers électroniques émanant de collègues de travail mais aussi de son supérieur hiérarchique qui démontraient qu'à plusieurs reprises le salarié s'était vu affublé d'un surnom à consonance féminine.

ab.- Les éléments factuels produits par le salarié

aba.- L'existence d'une politique d'embauche homophobe

327.- Le salarié peut également s'appuyer sur des éléments factuels. Une décision rendue par le CJUE le 25 avril 2013⁵²⁹ permet d'illustrer le propos. En l'espèce, un salarié qui affirmait et semblait jouer un rôle important dans la gestion d'une entreprise s'est livré à des déclarations suggestives mettant en avant l'existence d'une politique d'embauche homophobe. Un candidat à un emploi déçu a alors sollicité une indemnisation en raison de la politique d'embauche discriminatoire. Dans cette affaire, toute la difficulté résidait dans le fait que l'auteur des déclarations litigieuses n'était pas l'employeur lui-même ni l'un de ses représentants mais simplement un autre salarié.

328.- A l'appui de sa demande, le candidat à l'emploi invoquait les propos tenus, mais également le fait que l'employeur n'ait pas clairement pris ses distances avec les déclarations tendancieuses. Pour la CJUE, l'employeur ne pouvait valablement réfuter l'existence de faits permettant de présumer l'existence d'une politique d'embauche discriminatoire en se limitant à soutenir que les déclarations suggestives de l'existence d'une politique d'embauche homophobe émanaient d'une personne qui n'était pas juridiquement capable de le lier en matière d'embauche. Elle retient encore que

⁵²⁸ CA Versailles, 10 janv. 2012, n° 10/04996.

⁵²⁹ CJUE, 25 avr. 2013, Assoc. ACCEPT, Aff. C-81/12, *JCP G* 2013, *Doctr.* 751, n° 22, obs. J.-Ph. Tricoit.

l'absence de prise de distance avec les déclarations est un élément de fait pouvant être pris en compte lors de l'appréciation de la discrimination.

abb.- L'absence d'évolution de carrière

329.- Le salarié peut s'appuyer sur son évolution de carrière pour mettre en évidence la discrimination. Tel a été le cas dans une espèce⁵³⁰ où, postérieurement à son inscription sur la liste d'aptitude de sous-directeur, un salarié avait postulé en vain à quatorze reprises à un poste de sous-directeur ou à un poste de niveau équivalent. Il avait également répondu à des propositions de postes à l'international, à une proposition de poste dans une filiale à Paris. En outre, il était le seul de sa promotion de 1989 à ne pas avoir eu de poste bien que son inscription sur la liste d'aptitude ait été prorogée à deux reprises en 1995 et en 2000. Enfin, il était parmi les candidats les plus diplômés et plusieurs témoins font état d'une ambiance homophobe dans les années 1970 à 1990 au sein de l'entreprise. Pour les juges du fond, ces différents éléments laissaient présumer l'existence d'une discrimination en raison de son orientation sexuelle.

abc.- La production d'attestations

330.- La possibilité pour la victime potentielle de s'appuyer sur des attestations doit alors être examinée. Sur le principe, rien n'interdit au candidat à un emploi ou à un salarié de s'appuyer sur une attestation. Il faut toutefois reconnaître que la jurisprudence fait preuve d'une certaine méfiance envers les attestations en tant qu'élément laissant supposer l'existence d'une discrimination, d'autant plus lorsqu'elles émanent d'un proche, d'un membre de la famille ou du concubin⁵³¹. Ainsi, pour lui accorder du crédit, les juges exigent de façon assez unanime que l'attestation fasse référence à des faits précis et circonstanciés⁵³². La simple référence à l'existence d'une discrimination est

⁵³⁰ CA Paris, Pôle 6, ch. 8, 10 mars 2011, n° 09/05939, confirmé par Cass. soc., 24 avril 2013, n° 11-15.204, *Juris Data*, n° 2013-007941.

⁵³¹ CA Rennes, 10 juin 2004, *JurisData* n° 2004-246297.

⁵³² CA Aix en Provence, 17^{ème} chambre, 29 sept. 2008, n° de rôle : 07/06233.

généralement considérée comme étant insuffisante⁵³³.

b.- L'appréciation du juge sur les éléments de fait

331.- En matière d'orientation sexuelle, les juges du fond prennent parfois en considération le comportement du salarié pour apprécier si les éléments produits aux débats constituent des « *éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination* ». Par ailleurs, il convient de rappeler que pour former sa conviction, le juge peut toujours ordonner les mesures d'instruction qu'il estime utiles.

ba.- La prise en considération du comportement du salarié

332.- Lorsqu'il invoque une discrimination, le salarié ne doit pas seulement apporter des éléments factuels faisant référence à son orientation sexuelle. Ces éléments de faits doivent laisser supposer l'existence d'une discrimination. Tel n'est pas nécessairement le cas si l'employeur fait ouvertement référence à l'orientation sexuelle du salarié parce que ce dernier a encouragé cette situation. Un arrêt rendu par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 29 septembre 2008⁵³⁴ permet d'illustrer le propos. En l'espèce, après avoir été licencié pour faute grave en raison d'insultes et de propos diffamatoires tenus à l'encontre de l'un de ses collègues, un salarié a soutenu que son éviction de la société n'était pas étrangère à son homosexualité. Pour appuyer l'existence d'une discrimination, le salarié invoquait des propos tenus par son employeur durant le déroulement de la relation de travail (l'employeur ne contestait pas les avoir tenus). En l'occurrence, le chef d'entreprise avait dit à son salarié, alors que ce dernier avait augmenté le volume de la radio de son véhicule professionnel : « *nous ne sommes pas la Gay Pride* ».

Quelques temps plus tard, l'employeur avait écrit à son salarié pour lui indiquer que sa réflexion était « *due à (son) attitude de danseuse de peep show, musique de l'ambulance à fond* » alors qu'il devait nettoyer son véhicule. Indéniablement, ces propos étaient

⁵³³ Cass. soc., 17 déc. 2008, pourvoi n° 07-42.205 ; CA Reims, 30 nov. 2005, *JurisData* n° 2005-293912.

⁵³⁴ CA Aix en Provence, 18^{ème} chambre, 17 janv. 2012, RG n° 10/13916.

déplacés et blâmables. Pourtant, les juges du fond n'ont pas retenu la discrimination. Pour l'écarter, ces derniers ont pris en compte le comportement du salarié qui « *jouait d'ailleurs beaucoup de cet état de fait et avait souvent des attitudes ambiguës* » envers le personnel. Ils ont alors considéré que « *bien que déplacée, la réflexion (du chef d'entreprise), eu égard au climat convivial entretenu par (le salarié) lui-même qui ne faisait pas mystère de son orientation sexuelle et la banalisait par l'humour, est explicable et ne s'inscrit pas dans une démarche homophobe* ».

bb.- Le recours à une mesure d'instruction

333.- Concernant la mesure d'instruction, la décision rendue par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 29 septembre 2008⁵³⁵ présente un autre intérêt, celle de rappeler que pour former sa conviction, le juge peut toujours ordonner les mesures d'instruction qu'il estime utiles. En l'espèce, il apparaît que le Conseil de prud'hommes avait ordonné des auditions de salariés pour être totalement éclairé sur la situation factuelle à l'origine du litige. Cette enquête a alors permis de confirmer que le salarié invoquant la discrimination avait une attitude ambiguë avec ses collègues et que son homosexualité était connue de tous sans qu'elle n'ait jamais posé de problème pendant de nombreuses années. En définitive, la mesure d'instruction a permis au juge de confirmer l'absence de toute discrimination mais également de mettre en évidence que le licenciement était fondé.

334.- A ce stade de la réflexion, il apparaît que l'orientation sexuelle est un motif illicite de différenciation auquel le régime probatoire de la discrimination doit être appliqué. L'analyse des différentes décisions rendues par les juges du fond laisse globalement apparaître une bonne maîtrise et une juste application du régime probatoire en présence d'un litige relatif à une discrimination en raison de l'orientation sexuelle.

⁵³⁵ CA Aix en Provence, 18^{ème} chambre, 17 janv. 2012, RG n° 10/13916.

4.- S'agissant de la discrimination liée à l'âge

335.- A titre d'illustration, on peut s'intéresser à un jugement rendu par le conseil de prud'hommes de Nanterre le 22 novembre 2013⁵³⁶. En l'espèce, un salarié engagé en 1994 en qualité d'ingénieur technico-commercial a été promu « Senior Solution Strategist » en 2008. Un an après cette promotion, alors qu'il est âgé de 54 ans, le salarié est licencié pour insuffisance professionnelle et insuffisance de résultats. Le salarié, qui s'estime victime d'une discrimination en raison de son âge produit les éléments suivants :

Une lettre de l'inspection du travail en date du 8 décembre 2010 qui relève que tous les licenciements notifiés en 2010 reposent sur une insuffisance professionnelle et/ou de résultats et que 11 des salariés licenciés disposent d'une ancienneté de plus de 12 ans et 4 de plus de 20 ans.

L'organigramme de l'année 2007 dont l'intéressé déduit que 11 salariés dans la même tranche d'âge que lui ont été licenciés, alors que dans le même temps, la société recrutait des solutions strategists.

L'analyse des listes recensant les licenciements pour un motif personnel de 2009 et 2010, indiquant que la majorité des salariés concernés avaient plus de 45 ans au moment du licenciement.

Pour le conseil de prud'hommes, ces éléments laissent présumer l'existence d'une discrimination liée à l'âge. En conséquence, il appartient à l'employeur de justifier sa décision par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Or, puisque l'employeur ne produit aucun élément précis permettant d'écarter l'existence d'une discrimination, le licenciement est frappé de nullité.

336.- Dans une autre affaire, examinée par la Cour d'appel de Chambéry le 19 avril 2007⁵³⁷, une responsable de magasin a été licenciée pour « *dégradation des résultats du magasin et comportement non adapté* ». Selon la salariée, l'entreprise en cause pratique

⁵³⁶ CPH Nanterre, départage, Sect. encadr., 22 nov. 2013, RG n° 09/01725, inédit, CSBP n° 259, janv. 2014, p. 21, note D. Pallantza.

⁵³⁷ CA Chambéry, 19 avr. 2007, RG n° 05/0522.

une politique illégale consistant à licencier ou à provoquer le départ des responsables de magasins « *d'un certain âge* ». Elle produit plusieurs documents internes qui confortent son argumentation (comptes rendus de réunions, documents publicitaires ...). Plusieurs témoignages versés aux débats précisent que certains directeurs, lors des réunions, utilisaient l'expression « *la chasse aux vieilles* ». Pour les juges du fond, ces différents éléments de fait constituent une discrimination en raison de l'âge et en conséquence le licenciement doit être annulé.

5.- S'agissant de la discrimination liée à l'état de santé

337.- Si certains arrêts relèvent plusieurs éléments pour établir la présomption de discrimination, d'autres se contentent parfois d'un seul élément pour l'établissement de la présomption se trouvant soit en dehors de la lettre de licenciement, soit dans la lettre de licenciement. Dès lors que la présomption de discrimination a été établie, aucun employeur, n'a réussi à la renverser. On relèvera quelques arrêts où la discrimination invoquée est considérée comme reposant sur de simples allégations.

a.- Plusieurs éléments peuvent permettre d'établir cette présomption.

338.- Sans être exhaustif, on s'intéressera un arrêt de la cour d'appel d'Aix en Provence du 9 février 2010⁵³⁸ qui, pour établir la présomption simple de discrimination, ont retenu quelques éléments probatoires.

Une salariée avait été **engagée en qualité d'aide-soignante par une SAS, exploitant une maison de retraite**, suivant un contrat à durée indéterminée prenant effet le 2 juillet 2006 et prévoyant une période d'essai de 60 jours, prolongée d'une nouvelle durée équivalente par avenant du 1^{er} septembre 2006, durant laquelle elle s'est vue notifier par lettre du 24 octobre 2006 la rupture de son contrat de travail. **Elle a saisi le conseil des prud'hommes pour attaquer cette décision de l'employeur considérant qu'elle procédait d'une discrimination liée à son état de santé, l'employeur ayant rompu le**

⁵³⁸ CA Aix en Provence, 9 février 2010, RG n° 08/14924.

contrat après sa visite d'embauche en raison des conclusions du médecin du travail limitant son aptitude à l'emploi. Elle invoque à ce titre notamment la nullité la rupture et demande des dommages et intérêts en raison de son caractère brutal et vexatoire. *A priori*, la rupture de la période d'essai n'était pas motivée. Par jugement de départage du 27 juin 2008, la juridiction a écarté la discrimination alléguée mais a considéré que ce licenciement (sic) était dépourvu de cause réelle et sérieuse. On s'étonne de l'argumentation juridique des premiers juges car « *en principe* », en présence d'un contrat à durée indéterminée, « *la rupture décidée par l'employeur* », durant la période d'essai, *n'est pas assujettie aux règles du licenciement (C. trav., art. L. 1231-1)*⁵³⁹.

Pour prouver l'existence de la discrimination, la salariée produit : « *la fiche établie par le médecin du travail, suite à sa visite d'embauchage du 13 octobre 2006 dont les conclusions sont les suivantes : **Apte travail en équipe sauf manutention de charges de plus de 20 kg**...la fiche relative à la seconde visite du 24 octobre 2006, mentionnant les conclusions suivantes du même médecin : **Apte travail de nuit en équipe. Pas de manutention de résidents seule.** A revoir dans trois mois* ».

Par ailleurs, elle produit également « *les écritures prises par l'employeur au cours de l'instance, dans lesquelles il reconnaît avoir décidé de rompre le contrat en raison des restrictions émises par le médecin du travail* ». Pour la cour d'appel, « *ces éléments laissent supposer l'existence d'une discrimination liée à l'état de santé de la salariée* ». L'employeur tente alors vainement de la renverser par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. En effet, il **indique dans ses écritures** que la salariée avait été embauchée en qualité d'aide soignante à un poste de nuit « *et fait savoir qu'il est nécessaire pour le poste d'aide-soignante a fortiori pour un travail de nuit que l'aide-soignante soit à même de relever les personnes âgées, que ce n'était pas le cas de* » la salariée « *qui n'aurait pu secourir des résidents, les changer, les relever pour les accompagner aux toilettes, qu'il ne faut voir* » dans cette rupture « *qu'une décision visant à garantir la sécurité des personnes âgées hospitalisées, que la période d'essai*

⁵³⁹ Auzero (G.), Dockes (E.), *Droit du travail*, 28^e éd., Paris : Dalloz, Coll. *Précis*, 2014, n° 236, p. 261.

est le moyen de juger des aptitudes professionnelles du candidat à l'embauche, que » la salariée « n'était plus en capacité de satisfaire aux exigences des soins à apporter à des personnes âgées le plus souvent grabataires et dans l'incapacité de se déplacer et de bouger seules, que l'avis d'inaptitude rendu par le médecin du travail est un avis d'aptitude ou d'aptitude partiel », la salariée « ne pouvant accomplir toutes les tâches confiées à une aide-soignante de nuit ».

L'employeur produit également une **attestation de la directrice de la maison de retraite** expliquant notamment qu'elle a convoqué la salariée pour l'informer « *qu'au vu de la fiche établie par le médecin, il est impossible de la conserver dans son emploi d'aide soignante, compte tenu qu'elle ne peut soulever des charges supérieures à 20kg et qu'en aucun cas* », elle ne peut « *prendre un tel risque vis-à-vis de la Caisse d'assurance maladie en cas d'accident du travail* », où la responsabilité de l'établissement serait engagée. Elle relate dans son attestation que, suite à cet entretien, la salariée convoquée a demandé à revoir le médecin du travail qui a établi « *une nouvelle fiche mentionnant Apte au travail de nuit en équipe, pas de manutention de résidents seule* ».

Suite à la réception de cette nouvelle fiche, elle énonce que la direction a décidé de mettre fin à la période d'essai et qu' « *en aucun cas, il s'agit de discrimination mais d'une décision visant à garantir, d'une part, la sécurité des résidents et d'autre part, le risque d'accident du travail encouru par* » la salariée « *qui ne saurait être reconnu par la caisse d'assurance maladie et l'inspection du travail* ». On remarquera que la seconde partie de son argumentation n'est pas justifiée, la Caisse en droit ne pourrait remettre en cause un tel accident dès lors qu'il a eu « *à l'occasion ou par le fait du travail* » (C. séc. soc., Art. L. 411-1). L'employeur produit également une **attestation d'une aide-soignante en congé parental** expliquant les difficultés du travail de nuit « *il y a souvent des complications qui surviennent (résident agité, chute, décès...)*. Et là, la difficulté commence car à seulement deux selon la corpulence et le poids de la personne, ce n'est pas facile de la calmer, la relever ou même la manipuler... ». **La cour rejette les éléments produits par l'employeur notamment car « il ne résulte nullement » du**

contrat de travail de la salariée qu'elle « ait été recrutée exclusivement pour un emploi de nuit » et « force est de constater que la seule affirmation par l'employeur de sa bonne foi ne suffit pas à faire la preuve qui lui incombe ». Elle relève qu' « il se déduit des dires de l'employeur que celui-ci a considéré l'avis médical d'aptitude comme valant avis d'inaptitude ». « Il apparaît ainsi qu'en mettant fin au contrat de travail du seul fait de l'état de santé de la salariée, l'employeur a commis une discrimination entraînant la nullité du licenciement ».

L'employeur est donc condamné à payer à la salariée 10.070 euros pour licenciement nul et est débouté de sa demande reconventionnelle en nullité du contrat de travail. En effet, il invoquait le dol de la salariée quant à son état de santé. La cour relève que, « *les renseignements relatifs à l'état de santé du candidat à l'emploi ne peuvent être confiés qu'au médecin chargé de l'examen médical d'embauche, en application de l'article » L. 4624-10 du Code du travail et « lorsque l'employeur décide que le salarié recruté avec une période d'essai prendra ses fonctions avant l'accomplissement de cet acte médical, il ne peut se prévaloir d'un prétendu dol du salarié quant à son état de santé ou à son handicap, que ne dernier n'a pas à révéler ».* La motivation de la cour d'appel nous semble ici contestable. Certes, la jurisprudence de la Cour de cassation a posé la règle selon laquelle la salariée n'a pas à révéler sa qualité de travailleur handicapé, **ce qui conduit logiquement** à étendre ce raisonnement aux informations liées aux difficultés engendrées par son état de santé mais la cour d'appel, en l'espèce, semble suggérer que si l'employeur avait conditionné l'entrée dans l'emploi à la visite d'aptitude, il aurait pu invoquer le dol. Or, selon nous, ça n'aurait rien changé, dès lors que l'avis est l'aptitude avec réserves, quel que soit le moment où il a été formulé, l'employeur n'aurait pu mettre fin à la période d'essai qu'en obtenant, éventuellement grâce à un recours, un avis d'inaptitude définitive.

On est néanmoins mal à l'aise, comme l'illustre le jugement de départage du conseil des prud'hommes car, on peut s'interroger sur la bonne foi d'une salariée qui se fait embaucher dans une maison de retraite en tant qu'aide soignante, qui par définition - elle ne postule pas pour un poste de secrétaire- va impliquer de relever à un moment donné

une personne âgée qui est tombée, et qui, en vertu de son aptitude avec réserves, ne le pourra pas. Certes, il est clair qu'en droit il y a discrimination mais cette décision ne nous paraît pas satisfaisante du point de vue l'équité contractuelle.

En réalité, l'employeur a commis une erreur stratégique, comme le relève d'ailleurs la cour. En effet, il lui appartenait, s'il n'était pas d'accord avec l'avis d'aptitude du médecin du travail, qui s'impose en droit à lui, d'exercer un recours devant l'inspecteur du travail en vertu de l'alinéa 3 de l'article L. 4624-1 du Code du travail. Si l'inspecteur du travail avait maintenu cet avis avec réserves aurait-il du conserver la salariée et recruter quelqu'un d'autre pour l'aider voire déjà la reclasser ? En tous les cas, la salariée ne pouvait bénéficier des dispositions de l'article L. 5213-6 du Code du travail dès lors qu'elle n'appartient pas à une des catégories des bénéficiaires de l'obligation d'emploi visées à l'article L. 5212-13 du Code du travail.

b.- Un seul élément peut permettre d'établir cette présomption

339.- Il n'est pas rare qu'un seul élément soit retenu par les cours d'appel pour retenir la présomption simple qu'il figure en dehors de la lettre de licenciement ou dans la lettre de licenciement.

ba.- Un seul élément figurant en dehors de la lettre de licenciement

CA Bordeaux, 24 février 2011⁵⁴⁰

340.- En l'espèce, une salariée a été embauchée, pour une durée indéterminée, par une société dans le cadre d'un contrat insertion-revenu minimum d'activité, le 11 juillet 2007 en tant que préparateur emballeur. Le 29 septembre 2008, elle s'est vue prescrire un arrêt de travail, lequel a fait l'objet de plusieurs prolongations. Le 9 janvier 2009, alors que le contrat était toujours suspendu, elle a reçu une convocation à un entretien

⁵⁴⁰CA Bordeaux, 24 février 2011, RG : 10/02296.

préalable et a été licenciée le 22 janvier 2009 en raison de son absence longue durée pour maladie, du 29 septembre 2008 au jour du licenciement, soit plus de trois mois rendant nécessaire son remplacement définitif pour assurer un fonctionnement normal de l'entreprise.

La salariée saisit le conseil de prud'hommes pour obtenir des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. L'employeur est effectivement condamné pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, la salariée obtenant à ce titre 7.000 euros de dommages et intérêts mais étant déboutée pour ses autres demandes⁵⁴¹. Cette dernière interjette néanmoins appel pour obtenir la réformation du jugement, et notamment 17.300 euros de dommages et intérêts, au titre de la nullité du licenciement.

Devant la Cour d'appel, la salariée fait valoir que son licenciement est entaché de nullité car il a été prononcé en raison de son état de santé et son handicap. A l'appui de sa prétention, elle produit **le compte rendu d'entretien préalable** réalisé par sa conseillère où il est indiqué : « *Il (l'employeur) dit à la salariée qu'elle n'est pas en capacité de reprendre le travail au vu de son handicap.*

La salariée lui répond qu'il n'est pas habilité pour juger de son état de santé et lui rappelle que le 9 janvier 2009, elle lui a téléphoné pour lui demander de prendre contact avec la médecine du travail afin que celle-ci donne un avis sur son état de santé. Elle dit que l'employeur a catégoriquement refusé de prendre un rendez-vous et lui a répondu qu'il maintenait la convocation du 19 janvier 2009, portant sur un éventuel licenciement.

L'employeur reconnaît les dires de la salariée. »

« J'interviens en demandant à l'employeur s'il a envisagé la possibilité d'aménager le poste de travail de la salariée ou de la reclasser sur un autre poste et que compte-t-il faire si la salariée, le lendemain se présentait à l'embauche avec une reprise de travail de son médecin traitant'. L'employeur me répond avec affirmation, qu'il n'est nullement question de la reclasser et que si elle revenait le lendemain, il la renverrait

⁵⁴¹ Non précisées par la Cour d'appel.

chez elle et la paierait jusqu'à la notification du licenciement. »

De son côté, **l'employeur, pour établir les perturbations dans le fonctionnement du service et la nécessité d'un remplacement définitif** de la salariée, verse un seul document au débat décrivant des étapes du poste occupé par la salariée.

La Cour d'appel commence par rappeler qu'il résulte de la combinaison des articles L. 1132-1 (Ch. II principe de non discrimination) et L. 1132-4 du Code du travail (tout acte pris à l'égard d'un salarié en méconnaissance des dispositions du chapitre II est nul), qu'est entaché de nullité le licenciement prononcé en raison de l'état de santé du salariée ou de son handicap. Par ailleurs, elle rappelle, en se basant sur l'article L. 1134-1 du même Code, que « *les éléments de faits contenus dans l'attestation de la conseillère « non sérieusement contredite laissent supposer l'existence d'une discrimination* », qu' « *il appartient à l'employeur de prouver que sa décision de rompre le contrat est justifiée par des éléments objectifs à toute discrimination* ».

La Cour d'appel considère que l'employeur n'apporte pas la preuve de l'existence des perturbations alléguées ni ne démontre que le remplacement de la salariée, dont la qualification impliquait l'exécution de tâches simples, ne pouvait être assuré par le recours à un contrat de travail à durée déterminée, comme cela avait été le cas pour la période allant du 13 octobre 2008 au 27 février 2009.

« Au vu de l'ensemble de ces éléments, la Cour estime que l'intimée n'apporte pas la preuve de ce que le motif premier et déterminant du licenciement était comme elle le soutient l'absence prolongée de la salariée, pas plus qu'elle ne démontre que la décision prise était guidée par des objectifs étrangers à toute discrimination. Il en résulte que » la salariée « *a bien fait l'objet d'une mesure discriminatoire au moment de son licenciement, lequel est dès lors frappé de nullité conformément à l'article 1132-4 du Code du travail* ». Le jugement est réformé sur ce point et une indemnité de 10.000 euros est allouée à la salariée.

En l'espèce, l'employeur est victime, d'une part, de son incurie probatoire sur le motif du licenciement allégué et, d'autre part, de son propre comportement. En effet, la salariée

apporte **un seul élément qui déclenche la « présomption de discrimination »**, le compte rendu (édifiant) de la conseillère ayant assisté à l'entretien préalable, non contesté sérieusement devant la Cour d'appel, que l'employeur n'a pu renverser en apportant des éléments étrangers à toute discrimination. Cet arrêt illustre l'importance probatoire de se rendre lors de l'entretien préalable avec une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise, en application de l'article L. 1232-4 du Code du travail d'autant qu'à lui seul son témoignage est susceptible de conditionner l'issue du procès.

Dans le même sens, on peut également signaler un autre arrêt utilisant le compte rendu du Conseil municipal comme seul élément probatoire pour établir la présomption de discrimination.

CA Aix en Provence, 19 février 2009⁵⁴²

341.- Un salarié avait été embauché le 19 juin 2006 par une SARL de sécurité par un contrat à durée indéterminée, en qualité d'agent de surveillance, avec une période d'essai de deux mois, renouvelable une fois pour un mois. Il a été affecté à la sécurité de la société Brico Dépôt. Par courrier recommandé du 27 juin 2006, soit 8 jours après, l'employeur lui a indiqué qu'il mettait fin à sa période d'essai. Le salarié conteste la rupture devant le conseil des prud'hommes qui, le 17 mars 2008, le déboute de ses demandes et le condamne aux dépens, au « *motif pris de ce que la cessation de la période d'essai n'a pas été motivée en raison* » de son handicap et « *qu'il n'y a pas eu discrimination* ».

Il fait appel et obtient gain de cause devant la cour d'Aix en Provence. En effet, il **produit une attestation rédigée par un témoin** selon laquelle le responsable d'exploitation de la SARL « *lui a déclaré que cette société ne pouvait le garder dans ses effectifs, non pas à cause de la qualité de ses interventions, mais parce que vous boitez du pied, par rapport à la clientèle de Brico Dépôt* ». **Il semble que cette attestation ait été le seul élément déterminant la caractérisation de la discrimination.**

⁵⁴² CA Aix en Provence, 19 févr. 2009, RG n° 08/06786.

Pour se défendre et renverser cette présomption de discrimination qui n'est pas d'ailleurs qualifiée en tant que telle, le chef de production, dans des attestations produites devant la cour, d'une part, dément avoir tenu ces propos et, d'autre part, affirme que le salarié n'avait pas donné satisfaction dans l'exécution des tâches entre le 19 et le 26 juin 2006. La cour d'appel relève que « *la circonstance que l'appelant ne prouve pas que* » le « *témoin soit en lien de droit avec la société Brico Dépôt* » est « *inopérante pour prouver l'absence de ce témoin et la tenue de tels propos* ».

Par ailleurs, elle relève également que la SARL « *n'a pas invoqué la prétendue insuffisance professionnelle* » du salarié « *dans sa lettre du 27 juin 2006, qui notifiait la fin de la période d'essai commencée seulement le 21 juin 2006 ; que le propre planning de cette société établit que* » le salarié « *n'avait travaillé que trois jours, les 21, 22 et 24 juin 2006, avant que soit établie la fiche d'analyse de la période d'essai, datée du 26 juin 2006 ; que la SARL* » « ***ne prouve pas sur quels éléments objectifs ont été établies les évaluations de cette fiche analytique, alors qu'il est constant et non contesté que*** » le salarié « *ne travaillait pas au siège de cette société* » à Marseille, « *mais au magasin Brico Dépôt de Martigues, cette affectation dans un lieu géographique différent du siège social, contredisant que* » le chef de production « *ait pu constater par lui-même les insuffisances professionnelles consignées dans la fiche analytique du 26 juin 2006, ce témoin se contentant d'affirmer, dans son attestation..., qu'il a été témoin direct des faits suivants : ...il est apparu qu'il ne convenait pas au poste qui était le sien et de surcroît, il n'était pas motivé, sans exposer les circonstances qui lui auraient permis de réaliser de telles constatations personnelles* ». Elle ajoute que « *le dossier de la SARL* » « *est vide de tout élément émanant de la Société Brico Dépôt qui aurait permis de qualifier l'insuffisance professionnelle retenue dans la fiche analytique du 26 juin 2006* ». La cour d'appel en déduit que « ***l'insuffisance professionnelle*** » « ***n'étant pas caractérisée, les propos rapportés par le témoin*** » « ***fondant sa prétention quant à une discrimination basée sur un handicap physique*** », la SARL « *n'ayant nullement tenté de prolonger la période d'essai auprès d'un autre client, ayant une approche différente, la cour, par réformation du jugement dira abusive la rupture de la période d'essai* »

(sic).

CA Aix en Provence, 6 janv. 2012⁵⁴³

342.- L'espèce est particulière car, même si la cour relève que l'ensemble des éléments laissent présumer une présomption, **l'impression générale est que la confiance a été déterminante**. Une salariée avait été embauchée du 5 mai 2008 au 8 novembre 2008 en qualité d'employée administrative mais a finalement démissionné le 2 octobre 2008 pour signer le 9 octobre un contrat de professionnalisation dont la date de fin était fixée au 31 juillet 2010. Par courrier du 5 novembre 2008, la société l'informait qu'elle mettait fin au contrat à l'issue de la période d'essai qui n'avait pas été concluante.

La salariée a donc saisi le conseil des prud'hommes qui lui a donné gain de cause sur la rupture anticipée et abusive mais a rejeté sa demande au titre de la discrimination. En effet, elle « *considère que l'employeur a mis fin à la relation contractuelle lorsqu'il a appris qu'elle souffrait de la maladie de Behçet. Elle affirme avoir fait part de sa maladie à la DRH à l'occasion de son arrêt de travail du 27 au 29 octobre 2008 pour une rhinosinusite, ce que cette dernière ne conteste pas dans une attestation* », apparemment datée du 12 octobre 2011, « *produite aux débats, déclarant cependant ne pas avoir révélé cette information à l'employeur. L'employeur va informer dans courrier daté du 5 novembre 2008 que "nous sommes au regret de vous informer que nous mettons fin à ce contrat à la période d'essai qui n'a pas été concluante"* ». La cour relève qu'« *il est constant que la salariée n'a jamais fait l'objet de remarques de la part de l'employeur et que le courrier de rupture lui est envoyé alors qu'elle est en croisière dans le cadre professionnel, ce du 5 au 15 novembre 2008 (au demeurant au-delà du terme de la PE fixée dans le contrat de professionnalisation au 8 novembre 2008). Les parties divergent sur le motif de cette croisière, il s'agissait pour la salariée d'une croisière cadeau et pour l'employeur d'intégrer à sa formation la participation à une croisière afin de lui permettre d'appréhender les prestations commercialisées par l'employeur. L'employeur va en outre envoyer le 29 octobre 2008 un justificatif*

⁵⁴³ RG n° 10/18816.

d'absence à l'IFC de Marseille mentionnant que la salariée sera en croisière du 4 au 15 novembre 2008 et ne pourra pas donc suivre les cours dispensés à cette période. »

Pour la cour, **« l'ensemble de ces éléments laissent présumer l'existence d'une discrimination liée à l'état de santé »**. Même si la cour évoque qu'elle s'est basée sur plusieurs éléments pour retenir la présomption, à la lecture de ces développements, on a réellement l'impression que c'est la seule confidence réalisée auprès de la DRH non démentie, au contraire, par cette dernière qui est l'élément déterminant de l'établissement de la présomption de discrimination.

A partir de l'établissement de cette présomption, l'employeur a vainement tenté de la renverser.

Comme dans un arrêt de la cour d'appel d'Aix en Provence du 10 février 2009⁵⁴⁴, l'employeur *« affirme ne pas avoir été au courant de la maladie et avoir rompu la relation contractuelle pour de tous autres motifs (manque de motivation, retards et absences). Pour ce faire »*, il *« produit aux débats plusieurs attestations de salariés »*.

« Dans une attestation » datée du 6 novembre 2009, pour laquelle la cour relève que l'écriture est totalement distincte de l'attestation de 2011, *« la DRH mentionne également un manque de sérieux et précise que les confidences reçues sur l'état de santé n'ont jamais été révélées à l'employeur »*.

La cour relève que **« l'on ne peut qu'être surpris que le manque de sérieux invoqué ne se soit pas précédemment révélé, ce, depuis mai 2008. La seule absence figurant sur les bulletins de salaire est celle, justifiée du 27 au 29 oct. 2008. L'employeur fait également état d'un avertissement de l'IFC transmis le 6 nov. 2008 à la salariée et à l'employeur mettant en garde quant à un trop grand nombre d'absences. Il convient de relever qu'à cette date la salariée était bien absente mais pour cause de croisière organisée par l'employeur. Il est surprenant de laisser partir en croisière une salariée dont on entend mettre fin au contrat, a fortiori, durant son absence. L'employeur ne rapporte pas la preuve de la réalité des griefs invoqués et de l'absence de lien de causalité entre la révélation d'une maladie pouvant perturber le fonctionnement et sa**

⁵⁴⁴ RG n° 10/939.

volonté de rompre la relation contractuelle ». En définitive, la cour d'appel octroie à la salariée indépendamment de la rupture anticipée de son contrat de travail à durée déterminée pour lequel elle obtient 26.571 euros, 2.000 euros pour discrimination.

bb.- Un seul élément figurant dans la lettre de licenciement

343.- L'arrêt de la cour d'appel de Pau du 6 décembre 2010⁵⁴⁵ met en lumière l'impossibilité de renverser la présomption de discrimination en présence d'une discrimination directe dans la lettre notifiant le licenciement. Par ailleurs, dans l'arrêt de la cour d'appel d'Aix en Provence du 10 février 2009⁵⁴⁶, le salarié parvient à établir la présomption de discrimination en produisant sa lettre de licenciement laquelle mentionnait un texte spécifique au travailleur handicapé.

CA Pau, 6 déc. 2010

344.- Le 6 novembre 2007, une salariée a été embauchée par un employeur particulier en qualité d'assistante de vie par contrat d'abord durée déterminée et à temps partiel, puis par un contrat à durée indéterminée et à temps partiel à compter du 4 août 2008. La salariée a été placée en arrêt de travail et hospitalisée du 29 août au 10 octobre 2008 pour dépression caractérisée, non liée à son emploi. Son arrêt de travail a été prolongé jusqu'au 30 octobre 2008. Une lettre recommandée avec accusé de réception non datée lui signifie son licenciement. Le motif figurant dans la lettre de licenciement précise : *« je suis dans l'obligation de vous licencier pour motif suivant : raison de santé »*. Le 22 décembre 2008, la salariée saisit le conseil des prud'hommes de Dax afin de faire juger son licenciement sans cause réelle et sérieuse. Par jugement du 8 décembre 2009, ce dernier déclare sans cause réelle et sérieuse le licenciement et condamne l'employeur à verser à la salariée 7.100 euros au titre de l'indemnité prévue à l'article L. 1235-3 du Code du travail.

⁵⁴⁵ CA Pau, 6 déc. 2010, RG n° 10/00104.

⁵⁴⁶ CA Aix en Provence, 10 févr. 2009, RG n° 10/939.

Les deux parties ont interjeté appel. L'employeur demande à la cour d'appel de Pau d'infirmier le jugement et de reconnaître que le licenciement de la salariée est fondé sur une cause réelle et sérieuse. Au soutien de sa demande, ce dernier fait valoir d'une part, qu'elle est octogénaire et vit avec son fils handicapé par deux accidents de voiture, et d'autre part, qu'elle est dans un état de santé qui exige la présence d'une tierce personne. Ainsi selon l'appelant, **le motif de la rupture trouve son origine dans son état de santé et celui de son fils et non dans celui de la salariée**. La salariée demande à la cour d'appel de Pau de confirmer le jugement quant à l'indemnité prévue à l'article L. 1235-3 du Code du travail. Toutefois, cette dernière sollicite auprès de la cour d'appel, la reconnaissance de la nullité de son licenciement car intervenu en violation de l'article L. 1132-1 du Code du travail, ainsi que la condamnation de l'employeur à lui verser la somme de 1.181,39 euros pour non-respect de la procédure de licenciement et la somme de 1.500 euros sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile.

Par une décision du 6 décembre 2010, la cour d'appel indique que **le licenciement présente en l'espèce toutes les apparences d'une mesure prohibée**. Les termes de la lettre de licenciement sont discriminatoires au sens de l'article L. 1132-1 du Code du travail et la charge de la preuve pour établir qu'il n'y a pas de discrimination repose donc sur l'employeur.

Le particulier employeur produit au débat un certificat médical dans lequel est précisé que « *c'est l'état de santé [de l'employeur] qui impose une assistance constante et qui a imposé la reprise immédiate d'une assistante de vie* ». Ce dernier justifie également ce qu'elle considère être une « **maladresse** » par **l'absence d'information de l'association prestataire de services à laquelle elle a adhéré**. Dans le cadre de la convention qui lie les parties, il est précisé que « *l'association prestataire de services informera le particulier employeur des principales réglementations qu'il devra appliquer [...], notamment les dispositions particulières afférentes à la cessation d'un contrat (indemnité, préavis et licenciement)* ».

La cour d'appel considère que les éléments produits par l'employeur laissent subsister un

doute quant à l'existence d'une discrimination fondée sur l'état de santé de la salariée (elle venait d'être hospitalisée pour une dépression grave, son arrêt de travail avait été prolongé et la date de son retour auprès de l'employeur était incertaine). Elle estime que le licenciement de la salariée a été prononcé en violation de l'article L. 1132-1 du Code du travail et vise l'article L. 1132-4 du Code du travail pour le déclarer nul.

345.- Cette décision sonne comme un avertissement à l'attention des employeurs les invitant à énoncer précisément les motifs conduisant au licenciement d'un salarié. En l'espèce, **le caractère laconique du motif figurant dans la lettre de licenciement joue un rôle déterminant dans la reconnaissance de la discrimination fondée sur l'état de santé de la salariée.** La tentative de l'employeur de démontrer que le véritable motif de la rupture était lié à la fragilité de son état de santé et au handicap de son fils ne suffit pas à renverser la présomption de discrimination. La cour d'appel semble hésiter, cette incertitude la conduit à faire application du principe, selon lequel « *Si un doute subsiste, il profite au salarié* ». Les juges du fond précisent en effet que « *La charge de la preuve incombant à l'employeur et le doute subsistant, la décision déférée sera confirmée en ce qu'elle a retenu qu'il y avait lieu à l'application de l'article L. 1132-1 du Code du travail* ». Ce principe est visé à l'article 1235-1 du Code du travail, toutefois l'arrêt ne s'y réfère pas. De plus, en application du principe selon lequel « *la lettre de licenciement fixe les termes du litige* », l'employeur ne pouvait plus se prévaloir devant les juges de la perturbation que l'absence prolongée ou répétée de la salariée aurait causée au fonctionnement de l'entreprise. **Bien que justifiée en droit, cette décision nous paraît inéquitable eu égard aux faits.** Une action en responsabilité contractuelle contre l'association prestataire de services serait souhaitable afin de rétablir cette iniquité.

CA Aix en Provence, 10 févr. 2009

346.- L'arrêt de la cour d'appel d'Aix en Provence du 10 février 2009 utilise l'article L. 5213-9 du Code du travail pour établir la présomption de discrimination grâce à la contestation vaine de **l'absence de connaissance de la qualité de travailleur**

handicapé par l'employeur.

En effet, en l'espèce, le salarié avait été embauché suivant un contrat à durée indéterminée à effet du 2 mai 2005 en tant que préparateur vendeur. Il est convoqué le 7 avril 2006 à un entretien préalable fixé au 18 et s'est vu notifier son licenciement, par lettre du 24 avril 2006, énonçant notamment qu'il « *avez développé ces derniers temps un manque de polyvalence certain, qui nous a amené à douter de vos dispositions pour ce poste* », il lui « *est également reproché un défaut de professionnalisme dans la réalisation* » des tâches. « *En effet il a été constaté à plusieurs reprises par* » sa « *hiérarchie que des réceptions de matériels n'avaient pas été réalisées* » (sic).... « *les conséquences de ces faits sont importantes et mettent en cause la bonne marche du service de l'agence : départ des clients vers la concurrence : aucun matériel ne pouvant être délivré. Conformément aux dispositions légales en vigueur (Article L. 323-7), vous bénéficiez d'un préavis de deux mois qui prend effet de présentation de cette lettre et qui ne sera rémunéré que s'il est effectué* ».

347.- C'est dans ce dernier pan de la lettre de licenciement que se situe la discrimination. En effet, quelques jours après l'embauche, soit le 26 mai 2005, le salarié a été reconnu travailleur handicapé, classé en catégorie B, du 12 janvier 2005 au 12 janvier 2010 par la Cotorep. On relèvera que lors de son embauche, il avait répondu négativement à la question relative à l'existence d'un handicap lors de la demande d'admission. Néanmoins si la Cotorep lui a attribué cette qualité, cela impliquait qu'il ait fait des demandes en ce sens bien avant l'embauche. Pour autant, il n'était pas obligé de faire part de l'existence de ces démarches car la Cour de cassation a posé la règle **selon laquelle le salarié qui n'a pas révélé sa qualité de travailleur handicapé** avant la notification de son licenciement ne peut se voir priver des droits tirés de cet article⁵⁴⁷. On peut en déduire *a fortiori* qu'il n'a pas à porter à la connaissance de son employeur ses démarches et, ultérieurement, en application de la jurisprudence précitée, il n'avait pas à révéler l'obtention de cette qualité. Le salarié s'est vu débouté de sa demande de nullité de son licenciement en première instance. Le Conseil de prud'hommes de Toulon, ayant jugé que son licenciement revêtait un caractère réel et sérieux, le salarié a

⁵⁴⁷ Cass. soc., 7 nov.2006, n° 05-41380, *Bull. civ.* V, n° 326, p. 317, *RDT* 2007.116, obs.M.Vericel.

fait appel et fait valoir au soutien de sa demande qu'il a été victime d'une discrimination. En effet, comme le relève la cour d'appel, s' « *il n'est pas sérieusement discuté que sa qualité de travailleur handicapé n'a jamais fait l'objet d'une notification expresse de la part* » du salarié à son employeur, pour autant, le salarié apporte la preuve qu'il en avait connaissance ce que réfute l'employeur, ce dernier affirmant qu'il n'a eu connaissance de cette qualité que lors de l'entretien préalable.

La cour considère que **les éléments apportés par le salarié « laissent supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte »**. Tout d'abord, la **lettre de licenciement précitée vise l'article L. 323-7 du Code du travail, actuel L. 5213-9 du Code du travail** dont il résulte qu' « *en cas de licenciement, la durée du préavis...est doublée pour les bénéficiaires* » de l'obligation d'emploi, dont font partie les personnes reconnues travailleurs handicapés, « *sans toutefois que cette mesure puisse avoir pour effet de porter au-delà de trois mois la durée de ce préavis* ». En l'espèce, l'application de l'article lui faisait bénéficier d'un préavis de deux mois.

Ensuite, **le salarié présente le témoignage d'un ancien employé** de l'approvisionnement qui déclare au sujet du changement d'affectation du salarié, « *pour ma part* », j'ai « *répondu que compte tenu de la maladie* » du salarié « *ce poste ne conviendrait pas car il demande beaucoup de concentration et de mémoire* ». Enfin, il **produit une attestation du médecin du travail**, du 25 avril 2007, déclarant avoir examiné le salarié, le 28 septembre 2005, qui lui a signalé un problème de santé ayant fait l'objet d'une reconnaissance comme travailleur handicapé mais que ce problème n'avait pas d'incidence sur l'exercice de son poste de préparateur. En conséquence, le médecin l'a déclaré apte. Il atteste dans ce même document que le salarié est venu, par la suite pour une visite occasionnelle à sa demande où il lui a déclaré « *que son taux d'incapacité avait été modifié depuis le mois de septembre car il travaillait alors que seul* » (sic) « *, et qu'il y a avait eu changement de poste depuis janvier 2006 : il était affecté à la réception et de ce fait, vu la complexité du travail, son handicap ne lui permettait pas d'assurer pleinement sa tâche* ». Par ailleurs, il déclare que le 3 février 2006, il l'a classé « *SMR3, c'est-à-dire comme en surveillance médicale renforcée en*

tant qu'handicapé ».

Pour contester sa connaissance de la qualité de travailleur handicapé au moment de la procédure de licenciement, **l'employeur produit une attestation du même médecin du travail**, datée du 21 janvier 2008 énonçant « *que son état de santé* » était « *compatible avec le peu travail* » et qu'il l'a déclaré apte suite à l'examen du 28 septembre 2005 et que suite, à une visite occasionnelle, sollicitée par le salarié « *aucune fiche d'aptitude n'a été émise ce jour là, le salarié ne désirant pas, disait-il, une procédure de licenciement à son égard était en cours dans l'entreprise* » (sic). Par ailleurs, il conteste, sa connaissance de la qualité de travailleur handicapé qui serait liée au référencement en SMR3 du salarié en se prévalant « *de la copie de bordereaux de cotisations 2006 et 2007 qui ne font état d'aucun salarié répertorié en SMR3* ».

Pour la cour d'appel, « **si la seule mention de l'ancien article L. 323-7 du Code du travail dans la lettre de licenciement ne peut à elle seule établir une connaissance obligée par l'employeur du statut de travailleur handicapé** » « *avant la date de l'entretien préalable, il en est autrement en l'état du témoignage* » de l'ancien salarié « *qu'aucun élément ne permet de faire douter de sa sincérité mais aussi de l'attestation du médecin du travail déclarant avoir adressé à l'entreprise le 3 février 2006 la liste du personnel mentionnant les salariés en position SMR3, sans que la seconde attestation délivrée pour ce médecin ne vienne contredire les propos énoncés dans sa première attestation* ».

Au sujet des bordereaux, la cour d'appel relève que sont produits les bordereaux établis le 27 janvier 2006 et le 22 janvier 2007 visant pour le second, « *les effectifs déclarés au 1^{er} janvier 2006 et ceux au 1^{er} janvier 2007, de sorte que ni à la première ni à la seconde de ces dates, la situation* » du salarié « *en tant que SMR3 ne pouvait apparaître puisque la déclaration à l'entreprise faite en ce sens datait du 3 février 2006 et qu'au 24 juin 2006, ce salarié ne faisait plus partie des effectifs pour avoir été licencié. L'employeur ne s'explique pas pour autant sur la liste du personnel en position SMR3 que lui a adressée le médecin du travail le 3 février 2006* »

348.- La cour d'appel en conclut qu' « *en application des dispositions de l'ancien article L. 122-45 du Code du travail, ces éléments de fait laissent supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte* », **la présomption de discrimination étant ici établie car l'employeur s'obstine à se prévaloir de sa non connaissance de la qualité de travailleur handicapé.** Elle ajoute que l'employeur n'arrive pas à renverser cette présomption, en effet il « ne démontre pas que la décision de licenciement prononcée à l'encontre » du salarié « *le 24 avril 2006, sur les seuls motifs d'insuffisance professionnelle, était justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* ». Elle déclare en conséquence le licenciement nul.

bc.- Quelques exemples où la discrimination invoquée est considérée comme reposant sur de simples allégations

CA Versailles, 5^e ch., 2 févr. 2012

349.- Par un arrêt du 2 février 2012⁵⁴⁸, la Cour d'appel de Versailles considère que le licenciement discriminatoire allégué par un salarié doit être écarté compte-tenu de la répétition de faits fautifs ayant donné lieu, en moins d'un an à deux mises à pied disciplinaires.

En l'espèce, un salarié a été engagé le 5 novembre 1999 en qualité d'homme de toutes mains par une société de restauration. En 2002, il a été reconnu travailleur handicapé par la Cotorep suite à un accident du travail avec section du tendon droit. En février 2003, le médecin du travail le déclare **inapte au poste de plonge avec charge de plus de 5 kilos**. Il a dès lors été affecté au ménage-nettoyage puis au poste de nettoyage avec préparation des hors d'œuvre et des desserts.

Deux mises à pied disciplinaires de 7 et 3 jours ont été notifiées au salarié les 30

⁵⁴⁸CA Versailles, 5^e ch., 2 févr. 2012, RG n° 10/00745.

décembre 2005 et 1^{er} mars 2006. La lettre de la première mise à pied mentionne d'une part **l'attitude et les propos agressifs et irrespectueux du salarié à l'égard de son supérieur et de l'assistant d'ouverture**. A l'égard de son responsable, il est rapporté que suite à une discussion afférente aux dates des congés payés le salarié a dit à sa responsable : « *t'es qu'une salariée comme moi. Tu n'as rien à dire et je verrai cela avec le siège* », puis a continué à être insultant et insolant envers sa responsable en affirmant : « *Je vais te niquer la gueule* ». A l'égard de l'assistant d'ouverture, la lettre mentionne que le salarié lui reprochait d'avoir attendu quelques minutes avant qu'il lui ouvre la porte et en réaction il l'a attrapé par le cou, l'a plaqué contre la vitre en le menaçant : « *tu n'as pas intérêt à me faire chier, ça fais un quart d'heure que j'attends [...] je saurais où t'habites et je viendrais te péter la gueule* ». La première sanction disciplinaire a également été prise suite au **refus du salarié d'exécuter les consignes et pour abandon de poste**. Ce dernier a manqué à une règle élémentaire d'hygiène : il refusé de retirer son pull-over, et ce, au prétexte qu'il avait un rendez-vous à 14 heures. Après avoir été convoqué à un entretien préalable, **le salarié est licencié pour faute grave** le 27 octobre 2006. La lettre de licenciement fait état de la mise à pied disciplinaire du 30 décembre 2006 mais elle précise aussi d'autres griefs intervenus depuis cette date. Le 9 octobre 2006 vers midi, il s'en est de nouveau pris à sa responsable : « *tu n'es qu'une salariée comme moi, tu n'as rien à me dire et pas d'ordre à me donner* ». Puis vers 14h30, il a menacé un assistant serveur en lui disant qu'il finira à l'hôpital et l'a insulté « *Tu n'es qu'un chien et non un homme et un sale pédé, cela ne s'arrêtera pas là, je vais te niquer ta gueule et tu seras handicapé* ».

350.- Le salarié a contesté son licenciement devant **le conseil des prud'hommes de Poissy**. Ce dernier a déclaré sans cause réelle et sérieuse son licenciement et a condamné la société à de conséquentes indemnités. La **société a interjeté appel de ce jugement**. Elle demande à la cour d'appel d'infirmier le jugement et dire le licenciement fondé sur une faute grave, de débouter le salarié de ses demandes et le condamner au paiement de la somme de 2.500 euros sur le fondement des dispositions de l'article 700 du Code de procédure civile. Elle soutient en effet que **les sanctions dont a fait l'objet le salarié sont étrangères à son statut de travailleur handicapé**. Le **salarié demande**

à la cour de dire son licenciement nul et de condamner la société à diverses indemnités. **Il prétend qu'il y a concomitance entre les inaptitudes décidées par le médecin du travail et les deux sanctions antérieures. Il avance qu'avant son accident du travail, il n'avait jamais été sanctionné.**

La cour d'appel commence par s'interroger sur le bien fondé de la mise à pied disciplinaire du 30 décembre 2005, avant d'examiner si le licenciement reposait bien sur la faute grave du salarié.

351.- Sur le bien-fondé de la mise à pied disciplinaire, le salarié reconnaît avoir eu une altercation avec sa responsable à propos des dates de congés payés mais il réfute avoir tenu les propos menaçants : « *Je vais te niquer ta gueule* ». Les juges du fond estiment que le doute doit profiter au salarié (l'emploi de ces termes n'étant pas corroboré par les différentes attestations). Ces derniers estiment toutefois que l'attitude menaçante et insultante du salarié à l'encontre de l'assistant serveur est suffisamment établie par la main-courante déposée le jour même et l'attestation de cet assistant. De même, le refus du salarié d'ôter son pull avant de travailler est confirmé par un autre salarié. Ainsi, les juges estiment que les griefs avérés justifient la sanction disciplinaire.

352.- Sur le bien-fondé du licenciement, après avoir cité l'article L. 1132-1 du Code du travail (article posant un principal général de non discrimination) et l'article L. 1132-4 du Code du travail (sanctionnant de nullité toute mesure discriminatoire), la cour d'appel indique que **la seule concomitance entre les avis d'aptitude avec réserves du médecin du travail et les sanctions ne suffit pas à établir la discrimination**. La cour d'appel rappelle également qu'aux termes des articles L1232-1 et L1235-1 du Code du travail, le licenciement doit être fondé sur une cause réelle et sérieuse, les faits invoqués doivent être réels et suffisamment pertinents pour justifier le licenciement. L'employeur doit prouver la faute grave qu'il allègue, et s'il y a un doute, celui-ci bénéficie au salarié. En l'espèce, les juges du fond considèrent que la réalité des insultes et menaces à caractère homophobe est établie tant par la main courante déposée par la victime de ces insultes que par l'attestation d'une assistante serveuse. De plus, l'opposition du salarié à la décision de la responsable n'est pas contestée par le salarié qui motive sa position

dans sa lettre de contestation du 7 novembre 2006. Les juges du fond estiment que « **la réalité de cette faute excluant la discrimination alléguée** », **le licenciement est fondé sur une faute grave** privative de toute indemnité de rupture.

353.- Cette décision est intéressante en ce qu'elle permet de rappeler que le licenciement d'un travailleur handicapé n'est pas discriminatoire s'il est motivé non pas en raison de son état de santé mais par ses actes de violence et d'insubordinations. Rappelons que la charge de la preuve en matière de discrimination est partagée. Le salarié qui se prétend victime d'une mesure discriminatoire ne peut se contenter d'avancer de simples allégations mais il doit soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de la caractériser.

Puis il revient à l'employeur d'établir que la mesure litigieuse est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. En l'espèce, le salarié ne nie pas avoir commis ces actes mais il considère que son licenciement est discriminatoire car les sanctions disciplinaires seraient à mettre en rapport avec les avis d'aptitude avec réserves du médecin du travail. Pour la cour d'appel, la seule concomitance entre les avis d'aptitude avec réserves du médecin du travail et les sanctions ne suffisent pas à établir la discrimination. **La société parvient par ailleurs à établir que les sanctions disciplinaires** (les deux mises à pied disciplinaires et le licenciement pour faute grave) n'étaient pas liées à son statut de travailleur handicapé mais qu'elles étaient **fondées sur la violence dont avait fait preuve à plusieurs reprises le salarié. Le licenciement d'un travailleur handicapé n'est pas de facto discriminatoire**, il revient au juge dans son travail de recherche de la vérité, de déterminer si la raison qui a conduit l'employeur à prendre cette sanction est dépourvue de discrimination.

A l'évidence, un employeur doit être en mesure d'écarter de son entreprise un salarié violent. En application de l'article L. 4121-1 du Code du travail, l'obligation légale de sécurité de résultat impose à l'employeur de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs. **La situation de handicap du travailleur ne saurait constituer en elle-même un fait justifiant ou**

atténuant sa violence.

354.- Les faits présentés par cet arrêt nous conduisent à approuver l'analyse retenue par les juges du fond. Les actes de violence du salarié sont tels qu'il est permis de se demander pourquoi le conseil des prud'hommes a pu considérer le licenciement sans cause réelle et sérieuse. **Le licenciement pour faute grave semble d'autant plus justifié que le salarié a fait l'objet de deux mises à pied disciplinaires.** Et en application de l'article L. 1332-5 du Code du travail, l'employeur peut prendre en compte des fautes (ayant données lieu à des sanctions disciplinaires) pour pouvoir sanctionner plus durement la dernière faute commise. Toutefois, la jurisprudence rappelle que si des manquements antérieurs, sanctionnés en leur temps, peuvent être retenus pour caractériser une faute grave à la suite d'un nouveau manquement, c'est à la condition que ces faits ne soient pas antérieurs de plus de trois ans à l'engagement des nouvelles poursuites disciplinaires⁵⁴⁹.

CA Paris, 4 févr. 2010⁵⁵⁰

355.- Un salarié embauché à l'essai le 1^{er} juillet 2004 par l'EPIC SNCF en qualité d'agent commercial est victime d'un accident de la circulation le 12 décembre 2004. En arrêt jusqu'en juin 2006, il est licencié le 17 juillet 2006 car, à la suite de deux visites médicales (6 juin et 6 juillet 2006), il a été déclaré inapte à tout poste de travail.

Se prétendant victime d'une discrimination en raison de son handicap et de son état de santé, le salarié saisit le conseil des prud'hommes lequel le déboute de l'ensemble de ses demandes. Le salarié interjette alors appel. Il estime que la deuxième visite médicale du 6 juillet 2006 ne peut constituer la constatation de son inaptitude médicale au travail en raison de l'avis d'aptitude avec restrictions rendu lors de la première visite médicale du 28 juin 2006. Il soutient ainsi que son inaptitude n'était pas établie. Sur ce point, la cour d'appel relève que « *Contrairement à ce que soutient [le salarié], la visite du 6 juillet 2006 constitue bien la seconde visite de reprise dès lors que le médecin [...] qui a*

⁵⁴⁹ Cass. soc., 10 nov. 1992, *Bull. civ.* V, n° 541.

⁵⁵⁰ CA Paris, 4 févr. 2010, RG n° 08/07115.

examiné [...] le salarié le 28 juin 2006, avait prévu le réexamen du salarié 15 jours plus tard». Pour demander à ce que la cour d'appel prononce la nullité de son licenciement et ordonne sa réintégration, **le salarié expose que s'il a été écarté de son emploi c'est en raison de son état de santé, et plus précisément de son état sérologique.**

356.- Or, la cour d'appel souligne que le salarié « *ne précise nullement comment l'employeur aurait eu connaissance de sa séropositivité, ni a fortiori la date précise ou même à défaut la période de cette information. Il ne produit pas la moindre pièce de nature à corroborer l'affirmation selon laquelle l'employeur aurait eu notamment connaissance de sa maladie à la date du licenciement. A cet égard, il y a lieu de relever que [le salarié] n'en a pas fait état dans ses courriers de contestation de licenciement adressés à la HALDE, au Conseil de Prud'hommes, à l'Inspection du Travail et à l'Association GARE, dans lesquels il ne fait référence qu'à son statut de travailleur handicapé. [Le salarié] ne saurait sérieusement prétendre qu'il justifie de la connaissance de l'employeur de sa séropositivité par l'attestation de Monsieur Aufrere qui relate l'entretien de Monsieur Blanco avec Madame Delhinger le 24 août 2006, dès lors que cet entretien est bien postérieur au licenciement, et que le contenu de l'attestation est formellement contesté par Madame Delhinger* ». La cour d'appel confirme le jugement du conseil des prud'hommes, elle considère que le licenciement a pour cause réelle et sérieuse l'inaptitude, non contestable, du salarié.

PARAGRAPHE 5.- LE MOTIF LÉGITIME

A.- Le socle commun

357.- L'article 6, 3° de la loi du 27 mai 2008 a introduit dans le Code du travail une exception légale au principe de non-discrimination. L'article L. 1133-1 du Code du travail prévoit ainsi que « *l'article L. 1132-1 ne fait pas obstacle aux différences de*

traitement, lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée ».

358.- La règle du partage de la charge de la preuve impose à l'employeur de jouer son rôle dès lors que le salarié a apporté des éléments de faits laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte.

359.- En premier lieu, l'employeur peut purement et simplement contester l'existence d'une discrimination. Dans ce cas, il lui appartient de prouver que sa décision est « justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ». En second lieu, sans remettre en cause l'existence d'une différence de traitement, l'employeur peut tenter de démontrer que sa décision est justifiée par une exigence essentielle et déterminante. Cela implique également que l'objectif à atteindre soit légitime et l'exigence proportionnée.

B.- Les spécificités propres à chaque motif

1.- S'agissant de la discrimination liée à l'orientation sexuelle

360.- S'agissant du premier mode de justification, l'examen des décisions des juges du fond laisse apparaître que les motifs les plus fréquemment avancés pour contester l'existence d'une discrimination sont l'ancienneté, l'expérience du salarié, la différence de diplôme, les compétences professionnelles ou l'éventuelle insuffisance professionnelle. Mais n'importe quel élément peut être avancé par l'employeur pour démontrer que ses décisions sont étrangères à une discrimination, pour autant que les éléments en cause soient objectifs et donc matériellement vérifiables. En ce qui concerne spécifiquement la question de l'orientation sexuelle, un arrêt rendu par la Cour d'appel de Lyon du 14 janvier 2010⁵⁵¹ permet d'illustrer le propos. En l'espèce, un salarié

⁵⁵¹ CA Lyon, 14 janv. 2010, RG n° 08/00038.

dont l'homosexualité était connue de son employeur invoquait l'existence d'une discrimination en raison de son orientation sexuelle. Il apportait divers éléments, notamment le fait qu'il avait été privé du bénéfice d'une formation et le fait qu'il ait été cantonné dans des tâches secondaires pendant de nombreux mois. Sans réellement remettre en cause l'existence des éléments factuels apportés par le salarié, l'employeur contestait tout lien entre les éléments avancés par le salarié et son orientation sexuelle.

Au contraire, il a fait valoir que le salarié n'avait jamais protesté après que la formation lui ait été refusée en 2004, alors même qu'il était resté en fonction jusqu'en 2008. De surcroît, l'employeur a mis en évidence que le salarié avait bénéficié d'une évolution professionnelle jusqu'à la rupture de son contrat de travail. L'employeur a ensuite justifié des raisons pour lesquelles l'activité du salarié avait été limitée pendant plusieurs mois.

En l'occurrence, cela s'expliquait par des difficultés internes au niveau de l'établissement au sein duquel le salarié était affecté puisque pas moins de quatre directeurs avaient été en fonction pendant la période litigieuse. Enfin, l'employeur a rappelé que l'activité réduite du salarié n'avait donné lieu à aucune remarque de la médecine du travail ou des délégués du personnel. Au regard de l'ensemble de ces éléments, les juges du fond ont estimé que les griefs formulés par le salarié à l'encontre de son employeur étaient « sans lien avec les choix de vie » de l'intéressé. Il a donc été débouté des demandes indemnitaires formulées au titre de la discrimination. Certes l'employeur ne devait pas laisser un salarié avec une activité réduite⁵⁵². Pour autant, l'employeur a pu démontrer que ses décisions étaient justifiées par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination⁵⁵³.

361.- S'agissant du second mode de justification envisageable en matière de discrimination, il faut reconnaître qu'il peut paraître inadapté en matière de discrimination en raison de l'orientation sexuelle. En effet, on voit difficilement

⁵⁵² Cass. soc., 29 janv. 2014, n° 12-19.479.

⁵⁵³ CA Lyon, 14 janv. 2010, RG n° 08/00038 ; CA Aix en Provence, 17^e ch., 28 janv. 2008, RG n° 07/10682.

comment un employeur ayant traité défavorablement un salarié en raison de son orientation sexuelle pourrait soutenir que ses agissements sont justifiés par une exigence essentielle, déterminante et proportionnée et que l'objectif poursuivi était légitime. Surtout, il est difficile d'imaginer quelles exigences et quels objectifs sont susceptibles de remplir ces caractéristiques.

En la matière, les rares décisions rendues ont d'ailleurs écarté la légitimité de la justification apportée par l'employeur. A titre d'illustration, peut être citée une affaire trouvant son origine dans l'application de la convention collective nationale d'une banque française à une époque pas si lointaine où le mariage était réservé aux couples de sexes différents. Celle-ci accordait des jours de congés spécifiques et une prime en cas de mariage. En l'espèce, un salarié de la banque ayant contracté un pacte civil de solidarité avec son conjoint de même sexe a réclamé le bénéfice des avantages sus mentionnés. Son employeur lui ayant opposé une fin de non-recevoir, le salarié saisit les juridictions en invoquant l'existence d'une discrimination. Il soutient que le refus de lui accorder les avantages en cause, en les réservant aux seuls salariés qui contractent mariage, constitue une discrimination liée à l'orientation sexuelle, dès lors que les couples homosexuels n'ont pas le droit de se marier.

Pour le débouter de sa demande, les juges du fond ont retenu que la différence de traitement entre les personnes mariées et les partenaires d'un pacte civil de solidarité, en matière d'avantages rémunérés pour événements familiaux, ne résulte ni de leur situation de famille, ni de leur orientation sexuelle mais d'une différence de statut résultant de leur état civil, qui ne les place pas dans une situation identique⁵⁵⁴. Face à ce raisonnement, après avoir rappelé que « la convention collective qui accorde des jours de congés et des primes aux seuls salariés contractant mariage prive de ces avantages les personnes de même sexe qui concluent un pacte civil de solidarité », la Chambre sociale de la Cour de cassation a estimé qu'il était nécessaire de vérifier si « cette différence de traitement en rapport avec l'orientation sexuelle des salariés peut être objectivement justifiée par un objectif légitime tenant aux différences qui existent entre les salariés

⁵⁵⁴ CA Poitiers, 30 mars 2010, RG n° 09/02604.

contractant un mariage et ceux qui concluent un pacte civil de solidarité⁵⁵⁵ ». Elle a alors fait choix de renvoyer à la Cour de Justice de l'Union Européenne la question de savoir si le choix du législateur national de réserver la conclusion d'un mariage aux personnes de sexe différent peut constituer un objectif légitime, approprié et nécessaire justifiant la différence de traitement en cause.

A son tour, la CJUE⁵⁵⁶ s'est alors prononcée sur la question pour considérer qu'en France, à l'époque des faits, la situation des personnes contractant un mariage et celle des personnes qui, à défaut de pouvoir se marier avec une personne de même sexe, concluaient un pacte civil de solidarité, étaient comparables au regard de l'octroi des avantages en cause, ces dernières s'engageant, tout comme les personnes mariées dans un cadre juridique bien précis, à mener une vie commune, à une aide matérielle et à une assistance réciproque. Par conséquent, les juges européens ont retenu que la disposition litigieuse de la convention collective en cause créait une discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle à l'encontre des travailleurs salariés homosexuels ayant conclu un pacte civil de solidarité. Ils en concluent que le droit de l'Union s'oppose à la disposition contestée.

362.- A la lecture de ces décisions, on comprend donc que l'employeur ne pouvait se réfugier derrière les dispositions législatives qui réservaient le mariage aux personnes de même sexe pour justifier une différence de traitement en lien avec l'orientation sexuelle. De la même façon, il ne peut justifier sa décision en invoquant les dispositions discriminatoires d'une convention collective, sauf à ce que la disposition en cause ne poursuive un objectif légitime, approprié et nécessaire. Mais, au risque de se répéter, on voit difficilement comment apporter une telle justification lorsqu'est en cause l'orientation sexuelle.

⁵⁵⁵ Cass. soc., 23 mai 2012, n° 10-18.341, *JCP S* 2012, 1383, note A. Devers.

⁵⁵⁶ CJUE, 12 déc. 2013, aff. C-267/12, *JCP S* 2013, *Act.* 507.

2.- S'agissant de la discrimination liée à l'âge: l'article L. 1133-2 du Code du travail.

363.- L'article 6 § 1 de la directive 2000/78 ouvre aux Etats membres la faculté de justifier une mesure discriminatoire directement fondée sur l'âge. Aux termes de ce texte, les différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées dans le cadre du droit national et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires. Les objectifs poursuivis doivent donc être légitimes mais aussi proportionnés au but poursuivi.

a.- Le test de légitimité

364.- Les motifs légitimes justifiant une différence de traitement fondée sur l'âge sont appréciés avec une grande souplesse par le juge. L'argumentation varie selon que la différence de traitement provient d'une disposition légale ou réglementaire, ou d'une pratique de gestion d'entreprise.

aa.- Les dispositions législatives et réglementaires

365.- En raison des enjeux sociaux et financiers qui sous-tendent la plupart des dispositifs législatifs ou conventionnels, la CJUE valide fréquemment les justifications avancées par les Etats membres⁵⁵⁷. Est ainsi légitime, la réglementation qui vise à « réguler le marché national de l'emploi, notamment aux fins d'enrayer le chômage »⁵⁵⁸. De même, la promotion de l'embauche constitue incontestablement un objectif légitime de politique sociale ou de l'emploi des États membres⁵⁵⁹. Dans l'arrêt Palacios de la

⁵⁵⁷ F. Michéa, Le traitement judiciaire du critère discriminatoire de l'âge, *Dr. soc.* 2010, p. 1060.

⁵⁵⁸ CJUE, 16 oct. 2007, Palacios de la Villa, aff. C-411/05, *Rec. CJCE* I, p. 8531 ; JCP S 2008, 1152, note J. Cavallini.

⁵⁵⁹ CJUE, 18 nov. 2010, Vasil Ivanov Georgiev c/Technicheski universitet, AFF. C-250/09, RJS 2/2011, p.

Villa, la CJUE souligne encore qu'il incombe aux États membres de choisir entre des politiques tendant à « *allonger la durée de la vie active des travailleurs ou, au contraire, de prévoir le départ à la retraite plus précoce de ces derniers* »⁵⁶⁰.

366.- Cette jurisprudence est partagée par la chambre sociale de la Cour de cassation. Dans un arrêt du 26 novembre 2013 mettant en scène un salarié qui avait été mis à la retraite conformément aux dispositions légales en vigueur, la Cour de cassation a décidé que la loi met en œuvre, dans un objectif de politique sociale, le droit pour chacun d'obtenir un emploi tout en permettant l'exercice de ce droit par le plus grand nombre⁵⁶¹. Cette solution peut être rapprochée d'une décision rendue par le 4 mai 2011 par le Conseil constitutionnel. Selon lui, « *en fixant une règle générale selon laquelle, en principe, l'employeur peut mettre à la retraite tout salarié ayant atteint l'âge ouvrant droit au bénéfice d'une retraite à taux plein, le législateur n'a fait qu'exercer la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution pour mettre en œuvre le droit pour chacun d'obtenir un emploi tout en permettant l'exercice de ce droit par le plus grand nombre* »⁵⁶². Le régime de mise à la retraite prévu par la loi est donc conforme au droit à l'emploi garanti par le cinquième alinéa du préambule de la Constitution de 1946.

367.- Dès lors que les dispositions du Code du travail français satisfont aux exigences de la directive du 27 novembre 2000, un salarié peut-il demander à son employeur de démontrer que sa mise à la retraite répond bien aux objectifs affichés par la loi ? Un employeur pris individuellement ne peut être comptable d'une politique de l'emploi qui le dépasse nécessairement. Comme l'affirme à juste titre la Cour de cassation, il ne peut être imposé à l'employeur de justifier que la mise à la retraite d'un salarié répond à l'objectif de la loi, à savoir permettre à chacun d'obtenir un emploi.

99, Chron. J.-Ph. Lhernould.

⁵⁶⁰ CJUE, 16 oct. 2007, Palacios de la Villa, préc.

⁵⁶¹ Cass. soc., 26 nov. 2013, JCP S 2013, 1150, note B. Bossu.

⁵⁶² Cons. Constit., 4 fév. 2001, n° 2010-98 QPC, JO 5 fév. 2011.

ab.- Les pratiques de gestion des entreprises

368.- S'agissant des politiques de gestion des ressources humaines, l'employeur s'appuie fréquemment sur la fidélité, ou encore l'ancienneté ou l'expérience pour justifier une différence de traitement en raison de l'âge.

369.- S'agissant de l'expérience, la Cour d'appel de Nancy⁵⁶³ a refusé de suivre l'argument d'un employeur qui voulait justifier une différence de rémunération en s'appuyant sur l'inexpérience du salarié. Les juges relèvent qu'avant son embauche dans l'entreprise, le salarié travaillait déjà depuis 7 ans dans le même secteur d'activité. La Cour d'appel de Poitiers⁵⁶⁴ a aussi reconnu l'existence d'une discrimination fondée sur l'âge à l'encontre d'une candidate à l'emploi dont le dossier a été rejeté au motif qu'elle ne présentait pas « un potentiel d'évolution suffisant », alors que la comparaison des évaluations des différents candidats montrait qu'elle n'était pas en position d'infériorité mais qu'elle avait plutôt un meilleur profil que certains d'entre eux.

370.- Dans une espèce du 12 juin 2009⁵⁶⁵, la Cour d'appel de Lyon avait à connaître du bien fondé d'un licenciement pour faute grave prononcé à l'égard d'un ouvrier. Il était reproché à ce dernier, avec la complicité de trois autres salariés, un vol commis au préjudice de l'employeur. Selon la victime du licenciement, on se trouve en présence d'une discrimination fondée sur l'âge car les trois autres personnes impliquées dans l'infraction, qui étaient plus jeunes que lui, n'ont pas été sanctionnées. Pour la Cour d'appel, la discrimination est exclue car les salariés avaient agi sur ordre de l'ouvrier licencié qui était plus âgé et plus ancien et avait de fait une autorité sur les auteurs du vol.

⁵⁶³ CA Nancy, 3 nov. 2004, Antoine/ Ceccato France.

⁵⁶⁴ CA Poitiers, 17 fév. 2009, Monlouis-Bonnaire / Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres.

⁵⁶⁵ CA Lyon, 12 juin 2009, RG n° 08/04070.

b.- Le test de proportionnalité

371.- Poursuivre un objectif légitime n'est pas suffisant pour échapper au grief de discrimination : il faut encore que la mesure d'âge soit appropriée pour atteindre ledit objectif. En d'autres termes, si l'objectif ne peut être atteint par des moyens alternatifs à la limite d'âge, le test de proportionnalité est passé⁵⁶⁶. En pratique, la Cour de justice va vérifier, d'une part, que l'objectif n'aurait pas pu être atteint par d'autres moyens plus modérés et, d'autre part, que le dispositif est cohérent, c'est-à-dire adapté au résultat recherché⁵⁶⁷. La CJUE a ainsi statué sur une réglementation qui a fixé une limite d'âge (30 ans) pour accéder à un emploi de pompier. Cette limite d'âge répond à un objectif légitime : une condition physique optimale des agents est nécessaire pour assurer l'efficacité des interventions de protection des biens et des personnes. Le choix de l'âge de 30 ans passe aussi le test de proportionnalité car « un recrutement à un âge avancé aurait pour conséquence qu'un trop grand nombre de fonctionnaires ne pourraient être affectés aux tâches les plus exigeantes sur le plan physique »⁵⁶⁸. On notera que le dossier produit devant le juge contenait des données scientifiques résultant d'études menées dans le cadre de la médecine du travail et du sport, desquelles il ressortait que les capacités respiratoires, la musculature et l'endurance diminuaient avec l'âge⁵⁶⁹.

372.- Un contentieux important s'est également développé sur l'âge limite imposé aux pilotes de l'aviation pour voler. Le Code de l'aviation civile contient des dispositions qui imposent une limite d'âge aux pilotes. L'employeur doit alors proposer un reclassement dans un emploi au sol et, si le reclassement s'avère impossible ou si le salarié refuse ce dernier, la rupture du contrat est autorisée. Ces dispositions semblent répondre à un objectif légitime : la sécurité des vols, des équipages et des personnels expliquant la limite d'âge⁵⁷⁰.

⁵⁶⁶ Bailly (P.), Lhernould (J.-Ph.), Discrimination en raison de l'âge : sources européennes et mise en œuvre du droit interne, *Dr. soc.* 2012, p. 223.

⁵⁶⁷ Y. Leroy, Âge du salarié, *Rép. Trav. Dalloz*, n° 5.

⁵⁶⁸ CJUE, 12 janv. 2010, Wolf, aff. C-229/08, *JCP S* 2010, 1080, note J. Cavallini, *RJS* 4/10, Chr. J.-Ph. Lhernould.

⁵⁶⁹ Bailly (P.), Lhernould (J.-Ph.), *op. cit.*, n° 9.

⁵⁷⁰ Bailly (P.), Lhernould (J.-Ph.), *op. cit.*, n° 33 ; CJUE, 13 sept. 2011, Deutsche Lufthansa, aff. C-447/09.

Mais encore faut-il que les moyens employés pour réaliser cet objectif soient appropriés et nécessaires. Le contrôle de proportionnalité doit conduire à écarter une mesure ou une disposition prenant en compte l'âge du salarié si d'autres moyens, moins désavantageux pour lui, peuvent être mis en œuvre⁵⁷¹. Des tests médicaux réguliers peuvent sembler plus pertinents puisqu'ils permettent une évaluation individuelle de chaque pilote. Par ailleurs, il existe d'autres alternatives comme la possibilité, pour les pilotes âgés, de copiloter⁵⁷². Ces différentes considérations vont conduire la Cour de cassation à décider le 11 mai 2010 qu'une Cour d'appel ne peut se limiter à reconnaître le caractère légitime, en ce qu'il répond à un objectif de bon fonctionnement de la navigation aérienne et de sécurité, des dispositions fixant à 60 ans l'âge de cessation d'activité des pilotes d'avion, mais doit rechercher si la cessation des fonctions à cet âge est nécessaire à la réalisation de ces objectifs⁵⁷³.

Suite à la censure des juges du fond, la Cour d'appel de Paris va décider le 2 février 2012 que les dispositions du Code de l'aviation civile prévoyant une limite d'âge pour les pilotes sont dictées par un objectif légitime de politique de l'emploi et du marché du travail au sens de l'article 6 § 1 de la directive 2000/78. Ceci a conduit la Cour d'appel⁵⁷⁴ à rejeter la nullité du licenciement.

373.- Toutefois, parce que l'obligation de reclassement incombant à l'employeur n'a pas été respectée, le licenciement est sans cause réelle et sérieuse. On notera que la Cour de cassation va affirmer le 3 juillet 2012⁵⁷⁵ que la limitation à 60 ans du métier de pilote dans le transport aérien public n'est pas un moyen approprié et nécessaire dans le cadre d'une politique de l'emploi. Dans une autre arrêt en date du 10 novembre 2011⁵⁷⁶, la Cour d'appel de Paris va décider que la fixation d'une limite d'âge à l'exercice des fonctions de personnel navigant commercial a pour objectif légitime le bon

⁵⁷¹ Bailly (P.), Lhernould (J.-Ph.), *op. cit.*, n° 34.

⁵⁷² Leroy (Y.), « Âge du salarié », *op. cit.*, n° 66.

⁵⁷³ Cass. soc., 11 mai 2010, *RJS* 2010, n° 582, *RDT* 2010, p. 587, note A. Mercat-Bruno ; *LPA* 7 juin 2011, n° 112, p. 10, note Y. Leroy.

⁵⁷⁴ CA Paris, 2 fév. 2012, RG n° 10/07695.

⁵⁷⁵ Cass. soc., 3 juill. 2012, *Bull. civ.* V, n° 205.

⁵⁷⁶ CA Paris, 10 nov. 2011, RG n° 08/09238.

fonctionnement de la navigation aérienne et la sécurité de ses utilisateurs comme de ceux qui y travaillent. Par ailleurs, ces dispositions sont proportionnées au but à atteindre, au regard notamment d'une part de la spécificité des tâches du personnel navigant commercial lorsqu'il travaille en cabine ainsi que des sujétions particulières auxquelles il est soumis du fait de ses fonctions et, d'autre part, de l'organisation du personnel navigant. En conséquence, la rupture du contrat de travail n'est pas frappée de nullité. En revanche, l'absence de tentative sérieuse de reclassement rend le licenciement sans cause réelle et sérieuse. Dans une affaire similaire qui concernait un membre du personnel navigant technique, la Cour de cassation a décidé le 4 avril 2012⁵⁷⁷ qu'en l'absence de propositions de reclassement, le licenciement est nul car il repose uniquement sur l'âge du salarié. En effet, selon la Cour de cassation, l'article L. 421-9 du Code de l'aviation civile prévoit un mode original de rupture si l'employeur a tenté de reclasser le pilote dans un emploi au sol. En l'absence d'une telle démarche, il n'existe plus de rupture originale du contrat et la cessation de celui-ci s'analyse en un licenciement. En conséquence, dès lors que le seul motif invoqué est l'âge du salarié, la nullité est encourue.

374.- La question de la proportionnalité a été aussi discutée par rapport aux textes régissant la mise à la retraite des salariés. Dans un arrêt du 16 octobre 2007⁵⁷⁸, la CJUE a estimé qu'un dispositif de mise à la retraite d'office d'un salarié ayant atteint un certain âge répond à l'exigence de proportionnalité dès lors que la réglementation ne se fonde pas seulement sur un âge déterminé mais prend également en considération la circonstance que les intéressés bénéficient au terme de leur carrière professionnelle d'une compensation financière au moyen d'une pension de retraite. Cet argument est régulièrement repris en droit français par la Cour de cassation : la mise à la retraite est subordonnée à la condition que le salarié bénéficie d'une pension à taux plein⁵⁷⁹.

⁵⁷⁷ Cass. soc., 4 avril 2012, n° 11-10.706, *Bull. civ.*, V, n° 118 ; JCP S 2012, 1316, note S. Carré ; RDT 2012, p. 356, note F. Debord.

⁵⁷⁸ CJUE, 16 oct. 2007, aff C-411/05, Palacios de la Villa, *Rec. CJCE*-1, 8531.

⁵⁷⁹ Cass. soc., 26 nov. 2013, JCP S 2013, 1150, note B. Bossu.

3.- S'agissant de la discrimination liée à la race

375.- Les discriminations de type raciste ne trouvent jamais, à notre connaissance, de justification une fois qu'elles ont pu être établies, le motif légitime n'est pas possible. C'est pourquoi l'employeur, face à une présomption de discrimination établie par le salarié doit forcément établir que son comportement est étranger à toute discrimination⁵⁸⁰. Il s'en suit que les dispositions de l'article L. 1133-1 du Code du travail, qui légitiment les différences de traitement fondées sur un critère interdit lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée, ne trouvent pas à s'appliquer en la matière (une solution totalement différente prévaut en matière de discrimination religieuse).

4.- S'agissant de la discrimination liée à la religion

376.- Quoiqu'il en soit la mise en relation d'une différence de traitement établie et des convictions religieuses aboutit à créer une présomption de discrimination. Il appartient alors à l'employeur de montrer, comme l'y invite l'article L. 1133-1 du Code du travail, que sa décision est justifiée par des éléments objectifs et étrangers à toute discrimination ou bien, si elle a été prise en considération des convictions du salarié, qu'elle répond à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée. Il apparaît qu'en la matière il faut distinguer selon que les salariés exercent leur prestation de travail dans une entreprise de tendance, dans une entreprise privée mais y ont une mission de service public, ou dans une entreprise privée « ordinaire », cette dernière catégorie recouvrant toutes les autres organisations de droit privé. En effet le régime juridique des motifs légitimes, qui permettent de lever la discrimination, dégagé par la jurisprudence sous l'influence notamment des délibérations de la HALDE, n'est pas le même. Et s'il semble fixé pour les deux

580 XXX

premières catégories d'entreprises, ce n'est pas le cas de la troisième, pourtant de loin la plus fournie.

377.- Parmi les arrêts étudiés, trois seulement portent sur les questions religieuses. Le premier porte sur une affaire dans laquelle la cour d'appel a considéré que les présomptions de discrimination et le harcèlement n'ont pas été établies par la salariée, notamment parce qu'elle n'a pas fait le lien entre les comportements incriminés et les convictions religieuses⁵⁸¹. Il s'agit d'un arrêt d'espèce. Les deux autres décisions⁵⁸², ainsi que celles rendues dans les mêmes affaires, s'intègrent dans la réflexion relative à la place des convictions religieuses respectivement dans les entreprises de tendance (A), dans celles qui exercent des missions de service public (B) et dans les autres entreprises, que nous qualifierons ici d' « ordinaires » (C).

a.- Cas des salariés appartenant à une entreprise de tendance

378.- La notion d'entreprise de tendance, empruntée au droit allemand, a été introduite en France par le Doyen Carbonnier à propos d'une école⁵⁸³. Il s'agit d'entreprises qui « se donnent pour objet de promouvoir une vision de l'homme et du monde »⁵⁸⁴, c'est-à-dire qu'elles ont pour objet la défense d'une doctrine ou d'une éthique, en prônant expressément une idéologie, une philosophie, ou une politique⁵⁸⁵. Les syndicats, les partis politiques, les institutions religieuses et certaines associations sont ainsi des entreprises de tendance.

379.- La finalité propre des entreprises de tendance, leur doctrine peut constituer un motif légitime de discrimination, notamment en raison des convictions religieuses. Plusieurs arrêts l'illustrent, rendus avant que le régime probatoire des discriminations actuel ait été introduit en 2001, et même, pour certains, avant que l'article L. 122-45 ait

⁵⁸¹ CA Paris, 12 novembre 2009, n° 07/07753.

⁵⁸² CA Paris, 9 novembre 2011 n° 10/01263 ; CA Versailles 27 octobre 2011 n° 10/05462.

⁵⁸³ *JCP G* 1950, II, n° 6439.

⁵⁸⁴ G. Dole, la Liberté d'opinion et de croyance en droit comparé du travail, *Dr. soc.*, 1992, p. 442.

⁵⁸⁵ Ph. Waquet, Loyauté du salarié dans les entreprises de tendance, *Gaz. Pal.*, 1996, p. 1427.

été créé. C'est le cas de l'affaire *Sainte-Marthe*. Une salariée d'une institution catholique avait été licenciée pour s'être remariée alors qu'elle était divorcée. Les juges du fond ayant considéré le licenciement fondé, la salariée s'était pourvue en cassation. Après partage des voix au sein de la chambre sociale, la chambre mixte a réformé la décision des premiers juges, considérant que le licenciement avait porté une atteinte injustifiée à la liberté du mariage.

La cour de renvoi ayant refusé de s'incliner, la salariée avait formé un nouveau pourvoi. Elle y soutenait que le licenciement portait atteinte aux deux libertés fondamentales : la liberté du mariage et la liberté religieuse. Elle ajoutait que le « le caractère confessionnel de l'établissement n'était pas un motif impérieux suffisant pour justifier une atteinte à la liberté du mariage et encore moins à la liberté religieuse ». Elle faisait enfin valoir que l'établissement ayant passé un contrat avec l'Etat, il était tenu de dispenser un enseignement laïc. L'employeur ne pouvait donc se fonder sur une doctrine religieuse pour justifier le licenciement.

L'Assemblée plénière n'a pas été sensible à cette argumentation dans sa décision rendue le 19 mai 1978⁵⁸⁶. Au principe déjà posé par la chambre mixte qu'il ne peut être porté atteinte à la liberté religieuse « que dans des cas très exceptionnels où les nécessités des fonctions l'exigent impérativement », elle a considéré que c'était le cas en l'espèce. En effet les juges du fond avaient relevé que les convictions religieuses de la salariée avaient été prises en compte lors de la conclusion du contrat de travail et qu'elles en étaient devenues un élément déterminant. L'employeur « attaché au principe de l'indissolubilité du mariage, avait agi pour sauvegarder la bonne marche de l'entreprise, en lui conservant son caractère propre et sa réputation ».

Au-delà du cas d'espèce (le licenciement de la salariée était fondé), cet arrêt nous apprend qu'une entreprise de tendance (ici une institution d'enseignement catholique) peut faire de l'adhésion à ses valeurs (les convictions religieuses) non seulement un critère d'embauche mais encore un élément essentiel du contrat de travail, si bien que si

⁵⁸⁶ D., 1978, p. 541, cl. R. Schmelk, note Ph. Ardant ; *JCP G*, 1978, II, 19009, Rapport Sauvageot, note Lindon.

le salarié s'écarte de la doctrine religieuse, il commet une faute constituant à tout le moins une cause réelle et sérieuse de licenciement. Lorsqu'elle n'a pas fait l'objet, comme en l'espèce, d'une contractualisation, l'atteinte à une liberté religieuse prise comme liberté fondamentale ne peut être justifiée par la doctrine de l'entreprise de tendance que « dans les cas très exceptionnels où les nécessités des fonctions l'exigent impérativement ». On trouve en germe que le principe de la liberté religieuse doit être respecté dans l'entreprise, qu'il n'est pas absolu et qu'il ne peut y être porté atteinte qu'au cas par cas, au vu des fonctions exercées par le salarié. La règle posée en 2008 dans l'article L. 1133-1 du Code du travail, qui autorise les différences de traitement en raison, notamment, des convictions religieuses, lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée, va dans le même sens.

380.- Si l'on transpose le raisonnement, la doctrine de l'entreprise de tendance constitue en elle-même l'objectif légitime, mais il faut encore vérifier que les fonctions exercées par le salarié nécessitent qu'il y adhère personnellement. C'est pourquoi la Cour de cassation a décidé, à propos du licenciement d'une enseignante d'histoire de l'église moderne d'une faculté protestante que « *l'article L. 122-45 du Code du travail en ce qu'il dispose qu'aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié en raison de ses convictions religieuses, n'est pas applicable lorsque le salarié, qui a été engagé pour accomplir une tâche impliquant qu'il soit en communion de pensée et de foi avec son employeur méconnaît les obligations résultant de cet engagement* », ce qui était le cas en l'espèce⁵⁸⁷. Le Conseil d'état dans une décision du 20 juillet 1990⁵⁸⁸ adopte une position plus nuancée : l'entreprise de tendance impose aux salariés qu'ils adoptent un comportement loyal en concordance avec les valeurs revendiquées mais pas une adhésion inconditionnelle aux dogmes défendus, car cela heurterait leur liberté de conscience⁵⁸⁹. Un peu plus tard, la Cour de cassation a considéré que le licenciement par une association, la fraternité St Pie X, dont l'objet est d'aider un groupe de chrétiens

⁵⁸⁷ Cass. soc., 20 nov. 1986, *Dr. soc.*, 1987, note J. Savatier ; *JCP G*, 1987, II, 20798 note T. Revet ; Dans le même sens : CA Toulouse 17 août 1995, *RJS* 1996, 147 n° 247.

⁵⁸⁸ Cass. soc., 20 juillet 1990, n° 85829.

⁵⁸⁹ D. Corrigan-Carsin, « Entre laïcité et liberté religieuse, l'art difficile du compromis », note sous Cass. soc., 19 mars 2013, *JCP G* 2013, 542.

fondamentalistes s'opposant aux orientations prises par l'Église catholique après Vatican II, d'un aide-sacristain au motif de son homosexualité n'est pas justifié. En effet il aurait fallu que « *compte tenu de la nature de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, il [ait] créé un trouble caractérisé au sein de cette dernière* », ce qui ne résultait pas des conclusions de la cour d'appel⁵⁹⁰.

381.- Au final, et à la lumière de ces décisions, il apparaît que dans les entreprises de tendance le principe est la liberté religieuse. Cependant la doctrine développée par ces structures peut impliquer qu'elles exigent que leurs salariés y adhèrent. En cela il faut considérer que l'atteinte à la liberté religieuse poursuit un objectif légitime. Mais dans tous les cas, cette atteinte ne peut justifier de différence de traitement qu'à la condition que les fonctions exercées par le salarié rendent nécessaire qu'il soit en parfaite adéquation, et ce même dans sa vie personnelle, avec cette doctrine. Alors seulement la discrimination disparaît. Ce régime spécifique n'aurait pas été remis en cause lors de la transposition de la directive 2000/78 du 27 octobre 2000, si la France avait choisi, comme la directive l'y autorise, à exclure du champ des discriminations une différence de traitement fondée sur la religion lorsque, par la nature de l'activité ou du contexte dans lequel elle est exercée, la religion constitue une exigence professionnelle essentielle légitime et justifiée pour une entreprise identitaire. Pour être complet, il faut ajouter que la Cour européenne des droits de l'homme admet également l'existence des entreprises « de tendance » ou « identitaires » dans lesquelles les restrictions à la liberté religieuse sont admises à condition qu'elles soient proportionnées⁵⁹¹.

382.- Il reste que si le régime semble clair, son application concrète peut amener à des décisions paraissant contradictoires, et pouvant même amener certains auteurs à se demander si la jurisprudence française ne serait pas en contradiction avec celle de la CEDH⁵⁹². En effet, l'appréciation du fait que les fonctions exercées sont étroitement

⁵⁹⁰ Cass. soc., 17 avr. 1991, *Dr. soc.* 1991, obs. J. Savatier.

⁵⁹¹ Cf. par exemple : CEDH 20 octobre 2009, CEDH 23 septembre 2010, CEDH, 3 février 2011, *D.*, 2011, p. 1637 note J.-P. Marguénaud et J. Mouly ; cf. également P. Mbongo : Institutions privées, « entreprises de tendance » et droit au respect des croyances religieuses, *JCP G*, 2013, doct. 750.

⁵⁹² I. Desbarats, « Quelle place pour la religion au travail, Débat classique, nouveaux enjeux », *JCP E*, 2013, Etude 1588, § n° 16 et 17.

liées ou non à la doctrine prônée par l'entreprise de tendance, est tributaire d'une part de subjectivité qu'il est difficile de contrôler.

383.- Dans la très médiatisée affaire Baby loup, statuant sur renvoi après cassation, la cour d'appel de Paris dans son arrêt rendu le 27 novembre 2013⁵⁹³ considère que la crèche associative est une entreprise de tendance, ou plutôt « de convictions ». Elle pose d'abord le principe selon lequel « une personne morale de droit privé, qui assure une mission d'intérêt général, peut, dans certaines circonstances constituer une entreprise de tendance au sens de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et se doter de statuts et d'un règlement intérieur prévoyant une obligation de neutralité du personnel dans l'exercice de ses tâches ; qu'une telle obligation emporte notamment interdiction de porter tout signe ostentatoire de religion ». Ce faisant elle définit une entreprise de « tendance laïque » caractérisée par une mission d'intérêt général et dont la doctrine est la laïcité, ce qui lui permet d'imposer, comme dans l'entreprise publique ou dans l'entreprise privée exerçant une mission de service public, la neutralité à son personnel. Puis la cour démontre que la crèche Baby loup entre dans cette nouvelle catégorie d'entreprise de tendance, ce qui n'est pas étonnant car elle l'a créée *ad hoc* : l'objectif statutaire « *de développer une action orientée vers la petite enfance en milieu défavorisé et d'œuvrer pour l'insertion sociale et professionnelle des femmes sans distinction d'opinion politique et confessionnelle* » montre que la mission est d'intérêt général, ce qui est conforté par le fait qu'elle soit souvent accomplie par des services publics et qu'elle soit en l'espèce financée par des fonds publics. La doctrine laïque s'explique, selon la cour, par la volonté de « transcender le multiculturalisme des personnes auxquelles elle s'adresse » c'est-à-dire des enfants et des femmes, compte tenu des nécessités de protéger pour les premiers, la liberté de pensée, de conscience et de religion à construire (au sens de l'article 14 de la Convention des droits de l'enfant de 1989), et pour les secondes, de respecter leur pluralité confessionnelle. Dans la mesure où elle est « de conviction » laïque, la cour considère que l'association peut adapter, comme elle l'a fait, son règlement intérieur, étant entendu que la restriction posée est justifiée par la nécessité de protéger les enfants et de respecter les convictions des

⁵⁹³ CA Paris, 27 novembre 2013 ; n° 13/02981, *JCP E*, 2013, 1710 ; *JCP S*, 2013, 1474 comm. B. Bossu.

femmes du quartier.

384.- Deux objections au moins peuvent être faites à ce raisonnement. D'une part, la cour d'appel doit savoir que son raisonnement est contestable car elle préfère créer une nouvelle catégorie d'entreprises, de convictions, plutôt que de se référer aux entreprises de tendance. Certains auteurs pensent pourtant que cela aurait été possible, car « *absolument rien ne semble interdire que l'on donne une orientation laïque à des structures de droit privé autres que les partis et les syndicats : associations complémentaires de l'école publique, clubs sportifs scolaires et très vraisemblablement les associations périscolaires, notamment* »⁵⁹⁴. Ce faisant, nous semble-t-il, ils étendent la neutralité du service public à des structures privées, ce qui n'est pas possible dès lors qu'elles n'exercent pas de mission de service public⁵⁹⁵. Il reste que la qualification de Baby Loup d'entreprise de tendance rendrait en effet difficile l'admission que les salariées puissent, dans le cadre de leur vie privée, manifester leur religion⁵⁹⁶. Si la crèche ne peut être une entreprise de tendance, la licéité des restrictions posées par le règlement intérieur doit être examinée (*Cf. infra* § C).

385.- L'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 9 novembre 2011⁵⁹⁷ était directement relatif à la discrimination religieuse invoquée par des salariés exerçant une mission de service public.

⁵⁹⁴ Gaudu (Fr.), « La religion dans l'entreprise », *Dr. soc.*, 2010, p. 65; F. Gaudu, « L'entreprise de tendance laïque », *Dr. soc.*, 2011, p. 1186 ; D. Corrignan-Carsin, « Entre laïcité et liberté religieuse, l'art difficile du compromis », note sous Cass. soc., 19 mars 2013, n° 11-28.645 ; Mbongo (P.), « Institutions privées, "entreprises de tendance" et droit au respect des croyances religieuses », *JCP G*, 2013, *Doctr.* 750.

⁵⁹⁵ Cass. soc., 19 mars 2013, n° 12-11690 ; F. Dieu, « Le principe de laïcité s'impose à tous les employés des services publics », *JCP A* 2013, act. 847.

⁵⁹⁶ *Cf.* pour d'autres arguments commentaire critique B. Bossu, *JCP E*, 2013, 1710 et *JCP S* 2013, 1474 ; J. Huglo, « Le juge ne tranche pas les questions de société », *SSL* 2013, n° 1577, selon lequel neutralité et tendance sont antinomiques, et l'absence de loi sur les entreprises de tendance ne permettrait plus d'utiliser ce concept.

⁵⁹⁷ RG n° 10/01263.

b.- Cas des salariés exerçant une mission de service public

386.- Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 9 novembre 2011 une salariée sous CDI d'une CPAM portait un foulard en forme de bonnet. Elle refusait de l'enlever malgré la demande de la hiérarchie et la modification à partir du 10 février 2004 du règlement intérieur. Désormais étaient interdits «le port de vêtements ou accessoires positionnant clairement un agent représentant un groupe, une ethnie, une religion, une obédience politique ou quelque croyance que ce soit » et notamment « le port d'un voile islamique, même sous forme de bonnet ». Une procédure disciplinaire pouvant aller jusqu'au licenciement a été mise en œuvre. A la suite de l'entretien du 9 juin 2004 la salariée a été mise à pied à titre conservatoire dans l'attente d'une décision du conseil de discipline. Suivant la décision à la majorité de ce dernier, le licenciement pour faute avec indemnités a été prononcé le 25 juin 2004 pour « *non-respect des dispositions du règlement intérieur de la CPAM et refus persistant d'obéir aux recommandations de l'employeur* ». La salariée se considérant victime de discrimination religieuse a saisi le conseil de prud'hommes de Bobigny pour faire déclarer son licenciement nul. Par jugement du 25 mars 2008 ce dernier a retenu la discrimination et condamné solidairement la CPAM et la DRASSIF à verser à la salariée 15 280 € à titre de dommages-intérêts sur le fondement de l'article L. 122-45 du Code du travail.

Les deux parties ont interjeté appel. La salariée demande l'infirmité du jugement sur le quantum des dommages et intérêts accordés, la reconnaissance de la nullité de son licenciement et, à titre subsidiaire, son absence de cause réelle et sérieuse. Elle s'appuie sur les dispositions des articles 9 de la CEDH, 5 du préambule de la Constitution de 1946, L. 1132-1 et L. 1132-4 du Code du travail. Elle fait valoir que la Caisse n'apporte pas la preuve de la justification dans le règlement intérieur de l'interdiction du « fichu, même en bonnet » au regard de la nature de la tâche à accomplir, et n'établit pas qu'elle est proportionnée au but recherché. Elle ajoute que l'employeur ne peut démontrer que

le licenciement repose sur des motifs étrangers à toute discrimination et qu'en conséquence celui-ci doit être déclaré nul. Elle dit encore, dans le but de démontrer que le licenciement est au moins dépourvu de cause réelle et sérieuse, que la lettre de licenciement est insuffisamment motivée, qu'elle-même n'a jamais eu de comportement outrancier ou ostentatoire ni causé de trouble au public ou aux autres salariés, et que la sanction est disproportionnée. De son côté l'employeur expose que les principes de laïcité et de neutralité s'appliquent dans l'ensemble des services publics et à l'ensemble de leurs agents ; que les CPAM doivent respecter ces principes et que de ce fait les agents ne peuvent porter de signes religieux de quelque nature que ce soit. Il ajoute que cette situation a justifié la mise en place de dispositions spécifiques dans le règlement intérieur qui s'imposaient à la salariée.

387.- Par décision du 9 novembre 2011 la cour d'appel infirme le jugement et déboute la salariée de toutes ses demandes. Elle considère que dès lors que la lettre de rupture fait référence au refus de la salariée de renoncer à la manifestation de ses convictions religieuses, il appartient à l'employeur de prouver que sa décision était fondée sur des éléments objectifs et étrangers à toute discrimination. Ce faisant, elle estime que la lettre tient lieu de présomption de discrimination et applique la règle de preuve de l'article L. 1132-4 du Code du travail. Puis la Cour rappelle les textes fondant la liberté religieuse⁵⁹⁸ mais y oppose « les textes constitutionnels et législatifs » dont sont issus les principes de laïcité de l'État et de neutralité des services publics s'appliquant à l'ensemble de ceux-ci. Elle en déduit que « *si les agents des services publics bénéficient de la liberté de conscience qui interdit toute discrimination dans l'accès aux fonctions comme dans le déroulement de la carrière qui serait fondée sur leur religion, le principe de laïcité fait obstacle à ce qu'ils disposent dans le cadre du service public, du droit de manifester leurs croyances religieuses* ». La cour ajoute que ces règles s'appliquent aux CPAM qui assurent la gestion d'un service public, ainsi que l'a décidé le Conseil constitutionnel dans sa décision du 14 décembre 1982 (n° 82-148). Leurs salariés sont de ce fait soumis à des contraintes spécifiques liées au fait qu'ils participent à une mission de service public. A ce titre la salariée aurait dû, en dépit de ses convictions religieuses et de la

⁵⁹⁸ Art. 9, CEDH ; Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, art.10 ; Préambule de la Constitution de 1946 ; C. trav. art. L. 1132-1.

liberté de conscience qui ne lui ont jamais été reprochées, et de sa qualité de travail non contestée, se conformer au principe de la laïcité et de neutralité s'appliquant à l'ensemble des services publics, exigences de nature constitutionnelle commandées par la nécessité de garantir les droits des usagers des services publics et l'égalité de tous devant la loi, principes réaffirmés par le règlement intérieur de la Caisse complété en 2004 qui n'a d'ailleurs fait l'objet d'aucun recours. Ces exigences font obstacle à ce que les agents de la CPAM disposent du droit, pendant leur service et sur le lieu de travail, de manifester leur appartenance par un accessoire vestimentaire ostentatoire, ce qui était le cas du foulard en forme de bonnet porté par la salariée. La cour d'appel en déduit que le licenciement est fondé sur des éléments objectifs et étrangers à toute discrimination. La salariée n'a pas, contrairement à ce qu'elle soutient, été licenciée en raison de ses convictions religieuses, mais de la manifestation par le port d'un accessoire vestimentaire ostentatoire de ses croyances dans le cadre de l'exécution d'un service public dans lequel doit prévaloir le respect du principe de la laïcité et de la neutralité. Son comportement a été constitutif d'une cause réelle et sérieuse de licenciement.

388.- Par cet arrêt, à forte dimension pédagogique, la cour d'appel montre que le principe de laïcité et de neutralité qui s'impose aux fonctionnaires s'applique également aux salariés de droit privé exerçant une mission de service public : la liberté religieuse s'efface pendant l'exercice de leurs fonctions et la méconnaissance du principe de neutralité par le port de vêtements ou d'accessoires manifestant leur religion est une faute constitutive d'une cause réelle et sérieuse de licenciement. Les règlements intérieurs imposant le principe de neutralité restreignent la liberté de manifester ses convictions religieuses mais cette restriction est justifiée par la nature de la tâche à accomplir : servir les usagers, et est proportionnée au but recherché. Il en va autrement pour les usagers des services publics qui peuvent manifester leur religion à condition, par exemple de ne pas dissimuler leur visage⁵⁹⁹ ou de ne pas faire de prosélytisme. De même, certains auteurs soutiennent que les salariés d'entreprises privées qui travaillent sur l'espace public (voies publiques, lieux ouverts au public ou affectés à un service public : organismes privés chargés de missions de service public, commerces, cafés,

⁵⁹⁹ L. n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 *interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, JO n° 237, 12 oct. 2010, p. 18344.

restaurants, salles de spectacles..) sont soumis à l'interdiction de dissimuler leur visage⁶⁰⁰.

389.- L'arrêt étudié a fait l'objet d'un pourvoi sur lequel la chambre sociale de la Cour de cassation s'est prononcée par un arrêt peu commenté du 19 mars 2013⁶⁰¹. La Cour de cassation approuve la cour d'appel : les principes de neutralité et de laïcité du service public sont applicables à l'ensemble des services publics, y compris lorsque ceux-ci sont assurés par des organismes de droit privé et, si les dispositions du Code du travail ont vocation à s'appliquer aux agents des caisses primaires d'assurance maladie, ces derniers sont toutefois soumis à des contraintes spécifiques résultant du fait qu'ils participent à une mission de service public, laquelle leur interdit notamment de manifester leurs croyances religieuses par des signes extérieurs, en particulier vestimentaires, peu important que la salariée soit ou non directement en contact avec le public. La cour d'appel a pu en déduire que la restriction instaurée par le règlement intérieur de la caisse était nécessaire à la mise en œuvre du principe de laïcité de nature à assurer aux yeux des usagers la neutralité du service public.

390.- Dès lors, le principe de neutralité s'applique de manière inconditionnelle, c'est-à-dire quelle que soit la fonction occupée dans les entreprises privées, exerçant une mission de service public, lequel se reconnaît par l'application rigoureuse des critères dégagés par le Conseil d'Etat en 2007 : *« même en l'absence de prérogatives de puissance publique une personne privée doit être regardée, dans le silence de la loi, comme assurant une mission de service public, lorsque, eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparaît que l'administration a entendu lui confier une telle mission »*⁶⁰². C'est pourquoi le jugement du conseil de prud'hommes de Mantes-La-Jolie rendu dans l'affaire Baby loup avait

⁶⁰⁰ I. Desbarats, « Quelle place pour la religion au travail, Débats classique, nouveaux enjeux », *JCP E* 2013, Etude 1588, n° 12.

⁶⁰¹ n° 12-11690, Cf. F. Dieu, « Le principe de laïcité s'impose à tous les employés des services publics », *JCP A* 2013, Act. 847.

⁶⁰² CE, 22 février 2007, *JCP A* 2007, concl. C.Vérot, obs. M.-C. Rouault.

admis que la crèche associative exerce une mission de service public aux motifs qu'elle est financée à 80 % par des fonds publics et qu'elle exerce une mission d'intérêt général : action menée vers la petite enfance en milieu défavorisée, insertion des femmes du quartier⁶⁰³. Cette argumentation qui séduit certains auteurs⁶⁰⁴, et le Haut-Commissariat à l'intégration⁶⁰⁵, n'avait pas été retenue par la HALDE⁶⁰⁶, ni reprise par l'arrêt rendu par la cour d'appel de Versailles le 27 octobre 2011 (n° 10/05642). Elle est réfutée de manière non équivoque quoique non explicitée par la Cour de cassation qui affirme dans un arrêt du 19 mars 2013⁶⁰⁷ que « le principe de laïcité instauré par l'article 1^{er} de la Constitution n'est pas applicable aux salariés de droit privé qui ne gèrent pas une mission de service public ». La règle de droit est posée, approuvée par une partie de la doctrine parce qu'effectivement l'entreprise n'est pas laïque⁶⁰⁸, le principe de laïcité étant une règle d'organisation de l'État dans ses rapports avec les religions⁶⁰⁹. Et la cour de renvoi ne se prononce pas⁶¹⁰.

L'affaire Baby loup portait donc, selon nous, sur une affaire de discrimination religieuse dans une entreprise ordinaire.

⁶⁰³ CPH Mantes-la-Jolie, 13 déc.2010, *RTS* 2011, p. 182 note P. Adam.

⁶⁰⁴ Brice-Delajoux (Cl.), « Epilogue dans l'affaire de la crèche Baby loup : la Cour de cassation tranche en faveur de la liberté religieuse », note sous Cass. soc., 19 mars 2013 n° 11/28-845, *Dr. adm.* 2013, comm. 34.

⁶⁰⁵ Avis 1^{er} septembre 2011.

⁶⁰⁶ *Délib.* HALDE n° 2010-82 du 1^{er} mars 2010.

⁶⁰⁷ Cass. soc., 19 mars 2013, n° 11-28.845, *JCP S* 2013, 1146, note B. Bossu ; *JCP G* 2013, 542 note D. Corrignan-Carsin ; *RDT* 2013, 1146 note P.Adam ; *Dr. soc.* p. 388, obs. E. Dockès ; *D.* 2013 note J. Mouly.

⁶⁰⁸ *Cf. Délib.* HALDE n° 2011-67 du 28 mars 2011.

⁶⁰⁹ B. Bossu, note sous CA Paris, 27 novembre 2013, *JCP E* 2013, 1710 ; F. Dieu : le principe de laïcité n'a pas sa place dans l'entreprise : l'extension très limitée de l'application du principe de laïcité aux salariés de droit privé, *JCP A* 2013, 2131 ; pour avis contraire *cf.* P. MBongo : Institutions privées, « entreprises de tendance » et droit au respect des croyances religieuses, *JCP G* 2013, doctr. 750.

⁶¹⁰ CA Paris, 27 novembre 2013 n° 13/02981, *JCPE* 2013, 1710 et *JCPS* 2013, 1474 comm. B.Bossu : affaire Baby loup, le retour à la case départ.

c.- Cas des salariés appartenant aux autres entreprises

391.- On sait depuis quelques années que dans l'entreprise « ordinaire » c'est le principe de la liberté religieuse qui s'applique⁶¹¹. Les choses paraissent simples : si le droit de manifester sa religion est le principe, il n'est pas absolu. En effet il se peut d'abord que le salarié ne se comporte plus de manière loyale dans l'entreprise et fasse du prosélytisme, abuse de son droit d'expression, exerce des pressions sur les autres salariés. Ces actes sont sanctionnés, ils ne posent pas de difficulté particulière⁶¹². De même, la manifestation de la religion ne doit pas aboutir à ce que le salarié refuse d'exécuter les tâches pour lesquelles il a été embauché⁶¹³.

392.- Il se peut aussi que la revendication du salarié ou la manifestation de sa religion soit acceptée par l'employeur. Actuellement les institutions françaises et la CEDH admettent que rien n'interdit aux parties de s'entendre et d'intégrer le fait religieux dans la relation de travail, en prévoyant par exemple, pour un salarié de confession hébraïque, dans le contrat de travail, qu'il ne travaillera pas les vendredis après-midi et samedis, ou en intégrant dans un accord collectif des jours fériés ou des autorisations d'absence pour fêtes religieuses.

En l'absence d'accord entre les parties il apparait à la lecture de la jurisprudence et des délibérations de la HALDE que les restrictions à la liberté religieuse ne peuvent, à peine d'illicéité, être trop générales : seuls des impératifs d'organisation de l'entreprise, de sécurité et/ou d'hygiène, ou dans certains cas, le contact avec la clientèle, justifient une décision de l'employeur restreignant la liberté religieuse du salarié. La Cour de cassation a ainsi décidé que l'employeur peut interdire à un salarié de s'absenter pour une fête

⁶¹¹ *Délib.* HALDE n° 2009-117 du 6 avril 2008 (pouvoir direction) ; *Délib.* n° 2009-120 du 2 mars 2009 (règlement intérieur).

⁶¹² Cass. soc., 28 sept. 1993 et CA Rouen, 25 mars 1997, RG n° 95/04.028 relatifs à des actes de prosélytisme.

⁶¹³ Cass. soc., 24 mars 1998, *Dr. soc.* 1998, p. 614, à propos d'un boucher musulman qui, deux ans après son embauche, a refusé de manipuler de la viande de porc.

religieuse en raison d'impératifs liés à l'organisation du travail⁶¹⁴. De même, s'agissant d'hygiène et de sécurité, la CEDH a admis qu'un employeur peut demander à une infirmière de retirer la croix qu'elle porte autour du cou : les nouveaux uniformes ayant un col en V, la croix, qui peut être en contact direct avec le patient, risque de véhiculer des infections⁶¹⁵. Dans le même sens, la HALDE, dans une délibération n° 2010-166 du 18 octobre 2010 a écarté la discrimination pour une salariée, licenciée pour faute grave pour avoir refusé d'ôter voile au profit d'une charlotte dans une cuisine. En ce qui concerne les contacts avec la clientèle justifiant une restriction de la liberté religieuse, on peut citer un arrêt de la cour d'appel de Paris ayant admis qu'un employeur puisse refuser à une salariée le port du voile au motif, au demeurant discutable, que cette dernière, travaillant dans un centre commercial était au contact avec la clientèle, donc d'un large public dont les convictions, notamment religieuses sont variées⁶¹⁶.

393.- Dans une autre affaire, après avoir justement dit que dès lors que la lettre de rupture fait référence au refus de la salariée de renoncer à la manifestation de ses convictions religieuses (port d'un foulard), la même cour rappelle qu'il appartient à l'employeur de prouver que sa décision est fondée sur des éléments objectifs et étrangers à toute discrimination, et décide que ce n'est pas le cas en l'espèce. En effet les nouveaux contacts avec la clientèle allégués par l'employeur existaient déjà, et il n'y a pas de problème avec les clients⁶¹⁷. En revanche la cour d'appel de Saint Denis de la Réunion a retenu qu'un employeur peut valablement interdire à une salariée, vendeuse dans un magasin de mode, de porter un vêtement la couvrant de la tête aux pieds⁶¹⁸. Ici ce n'est pas tant la clientèle que l'image de marque que l'entreprise entend véhiculer auprès de cette dernière, qui a fondé la restriction religieuse. Dans le même sens, on peut encore mentionner un arrêt par lequel la CEDH a considéré non fondée l'interdiction faite à un agent d'escale d'une compagnie aérienne d'ôter la croix qu'elle portait par-dessus son uniforme au motif que la compagnie n'établissait pas que le port

⁶¹⁴ Cass. soc., 16 déc. 1981, n° 79-41.300.

⁶¹⁵ CEDH 15 janv. 2013, Chaplin c/ Rouyaume-Uni, Req. n° 48420/10.

⁶¹⁶ CA Paris, 16 mars 2001, RG n° 99/31302, *JCPE* 2001, II, 3164, note C. Puigelier.

⁶¹⁷ CA Paris, 19 juin 2003, *D.* 2004, somm. 174 note Pousson ; *RJS* 2003, 757, n° 1116 ; *JS Lamy* 2003 n° 131-3.

⁶¹⁸ CA Saint-Denis-de-la-Réunion 9 septembre 1997, *D.* 1998 p. 546.

d'un tel signe religieux nuisait à l'image de marque de l'entreprise⁶¹⁹.

394.- Il est à noter que la plupart des arrêts rendus par les juridictions françaises sont anciens ou portent sur des faits antérieurs aux lois de 2001 et 2008, et si les principes restent vrais, il n'est pas certain que toutes les solutions apportées aux cas d'espèces soient les mêmes aujourd'hui. En effet dans tous les cas la restriction apportée ne peut que satisfaire aux règles posées dans le Code du travail d'une part par l'article L. 1121-1 (nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché), repris pour le règlement intérieur par l'article L. 1321-3 ; d'autre part par les articles L. 1132-1 (interdisant toute discrimination dans l'emploi en raison, notamment des convictions religieuses), L. 1134-1 (règle de preuve) ; et enfin, depuis 2008, par l'article L. 1133-3, qui dispose que la différence de traitement (refus d'accéder à une demande, réaction à un refus d'exécuter une tâche,...) ne peut être justifiée que par une exigence professionnelle essentielle et déterminante, justifiée par un objectif légitime, et que cette restriction doit être proportionnée au but recherché.

De la combinaison de tous ces textes il nous semble qu'en cas de litige dans l'entreprise privée ordinaire le raisonnement doit être le suivant : toute restriction à la liberté religieuse doit, pour ne pas être qualifiée de discriminatoire, satisfaire à plusieurs conditions. Il faut d'abord qu'elle soit limitée dans sa portée, puis qu'elle satisfasse un objectif légitime, lequel est ramené par les articles L. 1121-1 et L. 1321-3 à la nature de la tâche à accomplir et par l'article L. 1133-1 à une exigence professionnelle essentielle et déterminante, et enfin la restriction doit être proportionnée au but recherché. La Cour de cassation, dans son arrêt du 19 mars 2013 a une lecture très peu différente puisqu'elle déduit de la combinaison de ces mêmes textes que « *les restrictions à la liberté religieuse doivent être justifiées par la nature de la tâche à accomplir, répondre à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et proportionnée au but recherché* »⁶²⁰.

⁶¹⁹ CEDH, 15 janv. 2013, Eweida c/ Royaume-Uni, Req. n° 48420/10.

⁶²⁰ Affaire Baby loup, arrêt n° 11-28.845, *JCP S* 2013, 1146, note B. Bossu ; *JCP G* 2013, 542 note D. Corrignan-Carsin ; *RDT* 2013, 1146 note P.Adam ; *Dr. soc.* p. 388, obs. E. Dockès ; *D.* 2013 note J.

395.- Ces principes d'analyse peuvent être mis en œuvre dans l'affaire Baby Loup. Les restrictions à la liberté religieuses sont apportées par le règlement intérieur, dans le but de prévenir ce que l'employeur considère comme des « débordements ». On sait que ces restrictions ne doivent pas être trop générales, et le Conseil d'État a par exemple jugé illicite la clause d'un règlement intérieur qui interdisait les discussions politiques ou religieuses et, de manière générale, toute conversation étrangère au service⁶²¹. Dans l'association Baby loup le règlement intérieur initial imposait au personnel de respecter et de garder une neutralité d'opinion politique et confessionnelle au regard du public accueilli. Modifié en 2003, il indique que le principe de liberté de conscience et de religion de chacun des membres du personnel ne fait pas obstacle au respect des principes de laïcité et de neutralité qui s'appliquent dans l'exercice de l'ensemble des activités développées, tant dans les locaux de la crèche ou ses annexes qu'en accompagnement extérieur des enfants confiés à la crèche.

La Cour d'appel de Versailles dans sa décision du 27 octobre 2011⁶²² (n° 10/05462) a considéré que la restriction apportée à la liberté religieuse est justifiée par la nature de la tâche à accomplir (selon ses statuts l'action de l'association est dirigée vers la petite enfance en milieu défavorisé et l'insertion professionnelle des femmes du quartier) et proportionnée au but recherché. Ce faisant, elle a adopté une position contraire à celle qu'avait pris le collège de la HALDE⁶²³. La Cour de cassation a cassé la décision aux motifs notamment que la restriction instaurée est trop vague « générale et imprécise » ne répondant pas aux exigences des articles L. 1121-1 et L. 1321-3 du Code du travail. Partant, le licenciement prononcé pour n'avoir pas respecté ces dispositions est nul.

Mais la cour de renvoi résiste : « *la formulation de cette obligation de neutralité dans le règlement intérieur, en particulier celle qui résulte de la modification de 2003, est suffisamment précise pour qu'elle soit entendue comme d'application limitée aux*

Mouly.

⁶²¹ CE, 25 janv. 1989, *Dr. soc.* 1990, p. 201, concl. J. de Clausade.

⁶²² CA Versailles, 27 oct. 2001, RG n° 10/05462.

⁶²³ *Délib.* HALDE n° 2010-82 du 1^{er} mars 2010.

activités d'éveil et d'accompagnement à l'intérieur et à l'extérieur des locaux professionnels ; elle n'a donc pas la portée d'une interdiction générale puisqu'elle exclut les activités sans contact avec les enfants, notamment celles destinées à l'insertion sociale et professionnelle des femmes du quartier, qui se déroulent hors de la présence des enfants confiés à la crèche »⁶²⁴. Ainsi pour la cour de renvoi le règlement intérieur de la crèche n'a pas de portée générale, parce qu'il ne concerne pas les activités autres que celles de la crèche... La juridiction en déduit que les restrictions apportées sont justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché au sens des articles L. 1121-1 et L. 1321-3 du Code du travail. Elle ajoute qu'elles ne sont pas discriminatoires (en l'espèce selon la cour l'entreprise étant de conviction laïque, le principe de neutralité se justifie) et de plus elles répondent à l'exigence essentielle et déterminante de respecter et de protéger la conscience en éveil des enfants, peu important que cette exigence ne résulte pas de la loi.

Cette affirmation nous paraît contestable parce que péremptoire : la cour ne fait pas apparaître que l'employeur a démontré que l'éducation et l'éveil des jeunes enfants est en péril par le port du voile, autrement dit que le travail d'une éducatrice de jeune enfants impose qu'il soit ôté⁶²⁵. Certes, l'argument n'est pas nouveau, et avait été accueilli favorablement par la CEDH dans un arrêt du 15 février 2001⁶²⁶ à propos d'une institutrice d'une école publique. La CEDH avait en effet indiqué que s'il n'est pas facile « d'apprécier l'impact qu'un signe religieux fort tel que le port d'un foulard peut avoir sur la liberté de conscience et de religion des enfants en bas âge », il reste qu'il est « difficile de concilier le port du foulard avec le message de tolérance, de respect d'autrui et surtout d'égalité et de non-discrimination que, dans une démocratie, tout enseignant doit transmettre à ses élèves ». L'objectif peut paraître légitime, la question reste posée de sa satisfaction à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et proportionnée au but recherché. Il appartient à celui qui s'en prévaut de le démontrer,

⁶²⁴ CA Paris, 27 nov. 2013, n° 13/02981, *JCP E* 2013, 1710 com. B. Bossu.

⁶²⁵ En ce sens, cf. J.MOULY La liberté d'expression religieuse dans l'entreprise : le raidissement de la Cour de cassation, *D.* 2013, p. 963, B. Bossu : Affaire Baby Loup : le retour à la case départ, *JCP E* 2013, 171.

⁶²⁶ Dahlab c/ Suisse, *AJDA* 2001, p. 480 note J.-F. Flauss.

ce qui n'a pas été fait en l'espèce⁶²⁷.

396.- Les réponses apportées par la HALDE et la jurisprudence amènent, lorsque le litige porte sur une discrimination religieuse dans l'entreprise privée à quelques certitudes et à des interrogations persistantes. Au plan des certitudes le régime juridique des salariés exerçant une mission de service public est fixé par l'arrêt de la Cour de cassation du 19 mars 2013⁶²⁸ : ils sont soumis au principe de neutralité comme les fonctionnaires. Le reste n'est qu'incertitudes, à des degrés divers. S'agissant en premier lieu des salariés travaillant dans les entreprises de tendance, s'il semble établi que ces dernières peuvent limiter la liberté religieuse des salariés dont les fonctions nécessitent qu'ils adhèrent parfaitement à la doctrine qu'elles défendent, et que la restriction doit être proportionnée, la notion même d'entreprise de tendance semble en question. En ce qui concerne les entreprises ordinaires, le principe reste la liberté religieuse, et il est acquis qu'il trouve des limites « *justifiées par la nature de la tâche à accomplir, répondant à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et proportionnée au but recherché* »⁶²⁹, et que des considérations tenant à l'organisation de l'entreprise, l'hygiène et/ou la sécurité ainsi que l'image de marque de l'entreprise peuvent justifier ces restrictions qui s'apprécient au cas par cas. Cependant, au jour où nous terminons ce rapport⁶³⁰, il est permis de se demander si les partisans de l'extension de la laïcité dans l'entreprise privée ne vont pas, puisque la Cour de cassation fait barrage, convaincre le législateur d'intervenir, au nom d'une certaine conception de « l'intérêt général ». Après l'école en 2004⁶³¹, ce seraient les secteurs de la petite enfance, des hôpitaux.... Ainsi la laïcité succèderait en boomerang à la diversité, qui a permis, notamment, à la faveur de l'ANI du 12 octobre 2006, de diminuer le nombre des discriminations en raison des origines et des convictions dans l'entreprise. Nous ne pourrions que le regretter.

⁶²⁷ En cens, cf. B. Bossu note sous CA Paris, 27 nov. 2013, RG n° 13/02981, *JCP E* 2013, 1710.

⁶²⁸ Cass. soc., 19 mars 2013, n° 12-11.690.

⁶²⁹ Cass. soc., 19 mars 2013, n° 11-28.845.

⁶³⁰ Septembre 2014.

⁶³¹ L. n° 2004-228 du 15 mars 2004 *encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics*, *JO* n° 65, 17 mars 2004, p. 5190.

5.- S'agissant de la discrimination liée à l'état de santé

397.- L'étude de la discrimination en raison de l'état de santé du salarié permet de distinguer les situations de licenciement pour motif personnel, de celles impliquant un licenciement pour motif économique.

a.- Licenciement pour motif personnel

398.- Le licenciement pour motif personnel en raison de l'état de santé du salarié peut se révéler discriminatoire dans deux cas de figures : d'un part, en raison de l'impact de cet état sur le fonctionnement de l'entreprise, d'autre part, en cas d'inaptitude non constatée par le médecin du travail.

aa.- La perturbation du fonctionnement de l'entreprise

399.- La situation personnelle du salarié peut parfois constituer une gêne importante pour l'entreprise, ce qui va justifier son licenciement. C'est le cas lorsque le salarié est malade et que les arrêts de travail pour santé se prolongent. Dans ce cas, l'employeur peut estimer que le salarié perturbe le fonctionnement de l'entreprise et qu'il est nécessaire de le remplacer. L'exclusion de l'entreprise du salarié malade peut alors devenir une cause réelle et sérieuse de licenciement. Sur ce point la jurisprudence a considérablement évolué adoptant une position de plus en plus protectrice pour les salariés.

400.- Après la loi du 13 juillet 1973⁶³², les juges considéraient que la rupture était justifiée en cas de maladie et que cette rupture n'était pas imputable à l'employeur. Cette rupture ne pouvant s'analyser en un licenciement, le salarié n'avait donc pas droit aux

⁶³² L. n° 73-680 du 13 juillet 1973 relative à la modification du Code du travail en ce qui concerne la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée, JO 18 juill. 1973, p. 7763.

indemnités qui y étaient liées.

Puis, par un arrêt du 21 avril 1988⁶³³, la chambre sociale de la Cour de cassation a considéré que la rupture justifiée par une absence prolongée due à la maladie du salarié devait s'analyser en un licenciement, l'employeur devait donc respecter la procédure de licenciement et verser au salarié l'indemnité de licenciement. A cette époque, le licenciement était justifié par le seul fait de son absence prolongée ou répétée.

401.- Depuis l'adoption de la loi du 12 juillet 1990⁶³⁴, les employeurs ne peuvent plus licencier un salarié en raison de leur état de santé ou de leur handicap, un tel licenciement est frappé de nullité en raison de son caractère discriminatoire. Cette loi, « adoptée alors que la question se posait de la situation des salariés séropositifs, atteints du sida ou touché par des pathologies associées »⁶³⁵, a eu une influence importante sur la jurisprudence ultérieure relative au licenciement du salarié malade.

402.- Par l'arrêt *La Parisienne* du 16 juillet 1998⁶³⁶, la chambre sociale de la Cour de cassation est venue préciser que l'article L. 1132-1 du Code du travail ne s'oppose pas au licenciement motivé, non pas par l'état de santé du salarié, mais par la situation objective de l'entreprise qui se trouve dans la nécessité de pourvoir au remplacement définitif d'un salarié dont l'absence prolongée ou les absences répétées perturbent son fonctionnement. Ainsi, les absences prolongées ou répétées du salarié ne sont plus des causes du licenciement en tant que telles. Pour que le licenciement d'un salarié malade repose sur une cause réelle et sérieuse, l'employeur doit démontrer que les absences prolongées ou répétées du salarié entraînent une telle perturbation du fonctionnement de l'entreprise et qu'il est dans l'obligation procéder à son remplacement définitif. Ces deux conditions cumulatives sont appréciées de façon rigoureuse par les juges.

403.- Ainsi, d'une part, concernant la perturbation qui désorganise l'entreprise, celle-ci

⁶³³ Cass. soc., 21 avr. 1988, *D.* 1977, p. 322, note A. Lyon-Caen.

⁶³⁴ L. n° 90-602 du 12 juillet 1990 *relative à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap*, *JO*, 13 juill. 1990, p. 8272.

⁶³⁵ Blatman (M.), Verkindt (P.-Y.), Bourgeot (S.), *L'état de santé du salarié. De la préservation de la santé à la protection de l'emploi*, 3^e éd., Paris : Editions Liaisons, 2014, p. 496.

⁶³⁶ Cass. soc., 16 juil. 1998, n° 97-43484, *RJS* 1998, n° 1200.

sera caractérisée si l'employeur démontre que la répétition des absences crée un préjudice à l'entreprise mettant en péril la bonne marche de l'entreprise. Les fonctions du salarié et les caractéristiques de l'entreprise seront prises en considération souverainement par les juges du fond pour apprécier si l'employeur était dans l'impossibilité de réorganiser le travail⁶³⁷. Par ailleurs, la perturbation doit affecter le fonctionnement de l'entreprise dans sa globalité, et non un seul de ses établissements⁶³⁸. Lorsqu'il est constaté que l'employeur pouvait réorganiser le travail sans conséquences graves pour l'entreprise, se pose alors la question de la nature juridique du licenciement. Si la Cour de cassation, en 2002, a pu décider que « l'absence de justification de l'employeur de la nécessité de procéder à la modification du contrat de travail du salarié en raison de ses absences répétées pour maladie ne rend pas le licenciement prononcé en raison du refus d'accepter ladite modification nul mais sans cause réelle et sérieuse »⁶³⁹, elle est revenue, en 2012, sur cette jurisprudence en décidant que la sanction de la discrimination liée à l'état de santé est la nullité du licenciement⁶⁴⁰.

404.- D'autre part, s'agissant du remplacement du salarié malade, il doit intervenir dans un délai raisonnable après son licenciement. Les juges du fond apprécient souverainement ce délai en tenant compte des spécificités de l'entreprise, de l'emploi concerné ainsi que des démarches faites par l'employeur en matière de recrutement⁶⁴¹. Ce remplacement doit être définitif. Par un arrêt du 18 octobre 2007, la chambre sociale de la Cour de cassation précise que « seul peut constituer un remplacement définitif, le remplacement qui entraîne l'embauche d'un autre salarié ». Cette embauche doit se traduire par la conclusion d'un contrat à durée indéterminée⁶⁴² avec l'entreprise qui a procédé au licenciement du salarié malade⁶⁴³. Ainsi, le recours à une entreprise prestataire de service ne caractérise pas le remplacement définitif du salarié⁶⁴⁴.

⁶³⁷ Cass. soc., 31 octobre 2006, n° 05-42.206.

⁶³⁸ Cass. soc., 23 janv. 2013, n° 11-28075, *RJS*, 2013, n° 362.

⁶³⁹ Cass. soc., 26 janv. 2013, n° 00-44517, *Bull. civ.* V, n° 353, p. 345.

⁶⁴⁰ Cass. soc., 11 juill. 2012, n° 10-15905, *Bull. civ.*, V, n° 218 ; Cass. soc., 29 mai 2013, n° 11-28734, publié au *Bulletin*.

⁶⁴¹ Cass. soc., 10 nov. 2004, *RJS*, 2005, n° 30.

⁶⁴² Cass. soc., 18 oct. 2007, *RDT*, 2007, n° 717, note J. Péliissier. ; *Dr. soc.* 2008, p. 127, note J. Savatier.

⁶⁴³ Cass. 25 janv. 2012, n° 10-26502, *RDT* 2012, p. 148, note G. Auzero ; *JCP S* 2012.1210, note C. Puigelier.

⁶⁴⁴ Ass. plén. 22 avr. 2011, *RDT*, 2011, p. 372, note B. Lardy-Péliissier ; *JCP S* 2011, note P.-Y. Verkindt.

405.- Dans aucun des arrêts étudiés, l'employeur n'a réussi à apporter les preuves exigées par la Cour de cassation pour justifier le licenciement de son salarié. Un arrêt rendu par la cour d'appel de Versailles permet d'illustrer la difficulté d'une telle entreprise⁶⁴⁵. En l'espèce, une salariée avait été engagée en qualité de coiffeuse selon un contrat à durée indéterminée à temps complet, en date du 10 juillet 2001. Par courrier recommandé du 4 novembre, cette dernière avait donné sa démission avant de saisir le conseil des prud'hommes de Poissy le 10 décembre 2008 de demandes tendant à voir requalifier sa démission en licenciement sans cause réelle et sérieuse et condamner son employeur à lui verser diverses sommes à ce titre. Par jugement du 17 décembre 2009, le conseil des prud'hommes a considéré la rupture du contrat de travail en un licenciement sans cause réelle et sérieuse et, a octroyé à ce titre 9.500 € de dommages et intérêts. L'employeur a interjeté appel de ce jugement, soutenant que les absences fréquentes de la salariée ont perturbé aussi bien le fonctionnement du salon que son chiffre d'affaires (la salariée avait été absente pendant presque toute l'année 2007 et très souvent absente en 2008). La salariée a alors répliqué que « *l'existence d'une discrimination à son encontre est patente* » dans la mesure où l'employeur aurait exercé des pressions à son encontre pour la contraindre à démissionner. Elle indiquait en effet que « *n'appréciant pas que ses salariées soient enceintes* », l'employeur « *a décidé de licencier deux coiffeuses à leur retour de congé de maternité* » et à son propre « *retour de congé maternité* » celui-ci n'a « *pas été attentif à sa santé et lui a formulé des reproches et des menaces en faisant abstraction de sa fragilité médicale et psychologique* ».

Le courrier envoyé le 9 avril 2008 à la salariée conditionne la motivation de la cour d'appel tant sur la qualification de la prise d'acte en licenciement sans cause réelle et sérieuse que sur la caractérisation de la discrimination fondée sur l'état de santé. Dans ce courrier, l'employeur récapitule tout d'abord « *les absences de la salariée entre le 27 février 2007 et le 31 mars 2008 en mettant en évidence que cette situation est extrêmement perturbante pour la clientèle et qu'elle a contribué depuis février 2007 à*

⁶⁴⁵ CA Versailles, 14 sept.2011, RG n° 10/01145.

la baisse régulière du chiffre d'affaire du salon ». Il affirme ensuite que « l'état de santé de la salariée (dépressive) ne lui permettait pas d'envisager l'avenir avec sérénité ». Il annonce enfin « sa décision d'abandonner la procédure de licenciement engagée pour perturbation du bon fonctionnement de l'entreprise du fait de ses absences répétées » tout en ajoutant que « "Vous comprendrez néanmoins qu'à l'avenir, si vos absences continuaient, nous serions obligés, pour la sauvegarde de notre entreprise, de mettre fin à votre contrat de travail" ». Après avoir cité l'article posant le principe de non-discrimination, l'article L. 1132-1 du Code du travail, la cour d'appel relève alors « qu'en l'espèce, l'absence de la salariée n'a pas perturbé l'entreprise dès lors que des solutions de remplacement temporaires ont été prises rapidement et pouvaient être prolongées ». La cour estime en conséquence que le courrier envoyé le 9 avril 2008 caractérise « un traitement discriminatoire ». Sans mentionner de fondement juridique, elle condamne l'employeur, en guise de réparation, à verser à la salariée la somme de 3.000 €.

ab.- Inaptitude non constatée par le médecin du travail

406.- Le médecin du travail est le seul compétent pour apprécier l'aptitude ou l'inaptitude au travail d'un salarié⁶⁴⁶. Lorsque les faits reprochés à un salarié se rapportent à sa maladie, l'employeur peut le licencier mais à condition, d'une part, qu'il ait fait constater son inaptitude par le médecin du travail et, d'autre part, qu'il ait établi l'impossibilité de procéder à son reclassement. Dans un arrêt du 28 janvier 1998, la Cour de cassation, visant notamment l'ancien article L. 122-45 du Code du travail, a ainsi considéré que le licenciement d'une salariée, sans constatation préalable de son inaptitude par le médecin du travail, était nul car discriminatoire. En effet, les faits invoqués au soutien de son licenciement étaient en rapport avec sa maladie. En l'espèce, l'employeur lui reprochait son « *comportement anormal d'excitation* », or ce

⁶⁴⁶ Cass. soc., 13 janv. 1998, *Dr. soc.* 1998, p. 281, note A. Mazeaud. Par cet arrêt la Cour de cassation indique qu'« en l'absence de constatation du médecin du travail de l'inaptitude du salarié à reprendre l'emploi précédemment occupé ou tout emploi dans l'entreprise, le licenciement prononcé par l'employeur au seul motif d'un classement en invalidité de la deuxième catégorie est nul et cause nécessairement au salarié un préjudice qu'il appartient aux juges du fond de réparer ». Dans le même sens : Cass. soc., 7 janv. 2011, n° 10-15222, *JCP S* 2012.1109, note N. Dauxerre.

comportement s'expliquait par son état dépressif⁶⁴⁷.

407.- Seul un constat d'inaptitude délivré par le médecin du travail autorise un employeur à licencier un salarié ou à ne pas renouveler son contrat de travail. Celui-ci doit impérativement, sous peine de nullité, être précédé de deux examens médicaux espacés de deux semaines. Par un arrêt du 20 septembre 2006⁶⁴⁸, la Haute juridiction a en effet décidé que « *le licenciement prononcé en raison de l'état de santé d'un salarié dont l'inaptitude n'a pas été constaté conformément aux exigences de l'article R.4624-31 du Code du travail à l'issue de deux examens médicaux espacés d'un délai minimum de deux semaines est nul en application de l'article L. 1132-1 du Code du travail* ».

408.- Plusieurs arrêts de cour d'appel mettent ces règles en application.

CA Versailles, 16 nov. 2001, RG n° 08/03855

409.- En l'espèce, une salariée a été engagée en qualité de vendeuse retoucheuse de vêtements de prêt-à-porter selon contrat à durée indéterminée à compter du 1^{er} mars 1994. Cette salariée a été en arrêt de travail durant les périodes suivantes : du 7 au 21 mai 2007, du 9 au 23 juillet 2007 et du 27 août 2007 au 28 septembre 2008. Alors que le 30 septembre 2008 la salariée a été déclarée apte sans restrictions ni réserves par le médecin du travail, elle reçoit 2 jours plus tard, soit le 1^{er} octobre 2008, une convocation à un entretien préalable à une mesure de licenciement économique. Puis par courrier RAR du 8 octobre 2008, son employeur a formalisé une proposition de reclassement en tant que monteuse retoucheuse pour une durée minimale hebdomadaire de travail au domicile de 10 heures. Le 14 octobre 2008, la salariée a refusé cette proposition de reclassement et par lettre RAR du 23 octobre 2008, son employeur a procédé à son licenciement pour motif économique. La salariée a saisi le conseil des prud'hommes de Saint-Germain-en-Laye afin d'obtenir 55. 596,96 € à titre de réparation des préjudices

⁶⁴⁷ Cass. soc., 28 janv. 1998, *Dr. soc.* 1998, p. 406, note A. Mazeaud. Dans le même sens : Cass. soc., 14 juin 2007, n° 06-43.443, *JCP S* 2007, n° 37, 1670, note P-Y.Verkindt.

⁶⁴⁸ Cass. soc., 20 sept. 2006, n° 05-40.241, *JCP S* 2006, 1890, note P-Y.Verkindt ; *Dr. soc.* 2006, p. 1117-1125, note J. Savatier. V. également : Cass. soc., 16 déc. 2010, n° 09-66954, *JCP S* 2011, 1044, note P-Y. Verkindt.

subis par elle du fait de la nullité de son licenciement en application de l'article L. 1132-1 du Code du travail. Les juges prud'homaux déboutent la salariée de l'ensemble de ses demandes considérant que son licenciement avait un motif économique. La salariée interjette appel. Elle demande aux juges de retenir qu'en fait le motif économique invoqué par l'employeur n'était ni un réel, ni sérieux et que le véritable motif résidait dans la volonté de l'évincer du fait de son état de santé. L'employeur demande quant à lui à ce que le jugement déféré soit confirmé.

410.- La cour d'appel a considéré que le refus d'accorder à la salariée un mi-temps thérapeutique et l'absence de proposition de reclassement sérieuse démontraient que le véritable motif du licenciement de la salariée résidait dans la volonté manifestée par l'employeur de l'évincer du fait de son état de santé. Les juges ont ainsi écarté le motif économique invoqué par l'employeur dans la mesure où celui-ci n'a pas établi que sa décision de procéder au licenciement de la salariée était justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Dès lors, il s'agissait d'un licenciement pour motif personnel. Or, en application des articles L. 1132-1, L. 1152-2 et L. 1152-3, un tel licenciement opéré sans avis d'inaptitude est nul. L'employeur ne peut pas dans ce cas se prévaloir de la perturbation que l'absence prolongée de la salariée aurait causée au fonctionnement de l'entreprise. La cour d'appel de Versailles a, sans viser l'article L. 1132-4, prononcé la nullité du licenciement de la salariée et a considéré que cette dernière avait droit d'une part, à une indemnité réparant l'intégralité du préjudice subi, laquelle est au moins égale à celle prévue par l'article L. 1235-3 du Code du travail (c'est-à-dire au moins égale à six mois de salaire, quelle que soit l'ancienneté du salarié) et elle avait droit d'autre part à la réparation de l'irrégularité de la procédure qui peut être englobée dans l'indemnisation résultant de la nullité du licenciement. La cour a ainsi pu constater qu'elle a subi un préjudice particulièrement important notamment dans la mesure où compte tenu de son âge (63 ans au moment du licenciement) et de sa spécialité, cette dernière se trouvant pratiquement dans l'impossibilité de retrouver un emploi. Ainsi, en réparation de ce licenciement discriminatoire, les juges ont condamné l'employeur à verser à la salariée la somme de 46.000 €.

CA Orléans, 23 juin 2011, RG n° 10/03798

411.- Une association d'entraide des familles handicapées a engagé, le 4 avril 1998, un salarié en qualité d'adjoint de direction par contrat à durée déterminée et à mi-temps. Ce salarié a été ensuite confirmé, le 1^{er} mars 1999, dans son poste par un contrat de travail à durée indéterminée puis, il a été promu à deux reprises : le 1^{er} avril 2002 il était devenu directeur d'établissement et son temps partiel était porté à 75 %, et le 1^{er} janvier 2005, il était à nouveau promu directeur d'établissement, directeur de la maison familiale d'accueil temporaire et directeur d'établissement, et cette fois-ci à temps plein. Mais, à la suite d'un audit ayant relevé un nombre important d'anomalies sur les contrats de travail et les bulletins de paie du personnel, le salarié a été convoqué à un entretien préalable au licenciement « avant d'être licencié pour faute grave le 2 avril 2008, sous le double motif de refus d'exécution des prestations expressément demandées par l'employeur et indécidités, déclinées en sept griefs ». S'estimant victime d'une discrimination fondée sur son état de santé, le salarié a saisi le conseil des prud'hommes d'Orléans. Les juges prud'homaux ont considéré que le licenciement du salarié reposait bien sur une faute grave. Au soutien de son appel, le salarié qui était atteint de la maladie de Parkinson a exposé que la véritable cause de son licenciement résidait dans la prise en compte discriminatoire de son état de santé. Il a également précisé que « *l'association [aurait] cherché à monter artificiellement un dossier à son encontre pour s'en débarrasser à moindre coût dans la mesure où le licenciement pour inaptitude était exclu puisque le médecin avait délivré un avis d'aptitude* ». Enfin il a versé au débat deux documents : le courrier du 1^{er} février 2008 dans lequel le trésorier de l'association indiquait : « *je suis conscient que l'intéressé, suite à maladie, est dans une position personnelle difficile qui, par ailleurs, handicape l'établissement* », et le compte-rendu de l'entretien préalable dans lequel le membre de l'association qui a mené l'entretien a évoqué que « *pour l'association, le poste confié [au salarié ne correspondait] plus à ses capacités* ». Pour contester l'argument selon lequel le salarié aurait été licencié en raison de son état de santé, l'association a fait valoir d'une part, que celle-ci était par nature sensible aux handicaps et d'autre part, que la maladie dont souffrait le salarié était connu de tous et depuis longtemps.

412.- La cour d'appel n'a pas été convaincue par les arguments de l'employeur. Il semble que le licenciement discriminatoire était en l'espèce établi non seulement par le contenu des documents produits par le salarié mais encore par la constatation visuelle des juges, lors de l'audience, des signes de la maladie du salarié (il utilisait un fauteuil roulant et « *n'était plus en capacité de se faire comprendre en raison de ses difficultés liées à la maladie pour articuler* »).

413.- La cour d'appel a ainsi retenu « *qu'il [était] clairement établi dans le contexte de cette procédure et au cours de celle-ci [que] le licenciement [du salarié était] étroitement motivé par son état de santé déficient, alors que l'article précité le prohibe formellement au titre de la discrimination* ». Les juges, qui avaient en effet cité L. 1132-4 du Code du travail, ont retenu que le licenciement du salarié était nul et non avenu. L'appréciation des sommes allouées au salarié au titre de la réparation de son préjudice économique et moral depuis trois ans, mérite d'être constatée. Pour retenir que cette somme devait s'élever à 100.000 €, la cour a relevé que « *né en 1955 [l'assuré] ne perçoit plus qu'une allocation de perte d'emploi pour 19.618 € annuels soit un revenu mensuel de 1.634 € alors qu'il percevait un salaire net de l'ordre de 4.900 €, ce qui représente une perte financière mensuelle équivalant à 3.000 €* ».

414.- Enfin, il est intéressant de relever comment les juges d'appel ont écarté d'un revers de main les griefs que l'employeur invoquaient à l'encontre du salarié pour justifier son licenciement pour faute grave. Ces derniers ont en effet indiqué que « *Dès lors que la nullité a été retenue, il est superflu d'aborder les motifs du licenciement et de se pencher sur leurs mérites* ». On est mal à l'aise car en effet, dès lors qu'une personne est en situation de handicap grave et que le médecin du travail rend un avis d'aptitude, l'employeur semble démuni. Mais ici encore l'employeur a mal géré la situation car en raison des perturbations dans l'entreprise il lui appartenait de contester l'avis d'aptitude du médecin du travail car, à défaut, face aux juges du fond, le régime de la discrimination est implacable. La cour d'appel refuse, dès lors qu'elle constate la nullité, de s'intéresser à la réalité des fautes du salarié, directeur de l'association, et à leurs

éventuelles répercussions sur l'étendue des dommages et intérêts.

b.- Licenciement pour motif économique et textes spécifiques à l'état de santé

ba.- L'utilisation des articles L. 1133-3 et L. 5213-6 du Code du travail

415.- La loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées⁶⁴⁹, dite loi Handicap, intégrant pour partie 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, a notamment inséré dans le Code du travail les articles L. 122-45-4 (actuel Art. L. 1133-3) et L. 323-9-1 (actuel Art. L. 5213-6).

416.- Le premier dispose que « *les différences de traitement fondées sur l'inaptitude constatée par le médecin du travail en raison de l'état de santé ou du handicap ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectives, nécessaires et appropriées* ». Cela signifie, par exemple, que la « discrimination positive » telle des aménagements de poste en faveur du salarié dans cette situation de santé n'est pas une discrimination au sens traditionnel du Code du travail ou du Code pénal dès lors que les conditions liées au texte sont respectées. Dans le même sens, un licenciement fondé sur ces conditions ne constituerait pas une telle discrimination.

417.- Le second article, l'article L. 5213-6, reprenant quasiment à la lettre une disposition de la directive 2000/78, introduit l'obligation pour l'employeur, « afin de garantir le respect du principe d'égalité de traitement à l'égard des travailleurs » relevant de la liste des bénéficiaires de l'obligation d'emploi ayant une réelle altération de leur état de santé (art.L. 5212-13), de prendre « *en fonction des besoins dans une situation concrète, les mesures appropriées pour permettre aux travailleurs* » « *d'accéder à un*

⁶⁴⁹ *J.O.*12 févr.2005, p. 2353.

emploi ou de conserver un emploi correspondant à leur qualification, de l'exercer ou d'y progresser ou pour qu'une formation adaptée à leurs besoins leur soit dispensée » (al.1^{er}). « Les mesures sont prises sous réserve que les charges consécutives à leur mise en œuvre ne soient pas disproportionnées, compte tenu de l'aide » étatique « qui peuvent compenser en tout ou partie les dépenses supportées à ce titre par l'employeur. » (al.2). Le dernier alinéa ajoute d'ailleurs que « le refus de prendre des mesures au sens du premier alinéa peut être constitutif d'une discrimination au sens de l'article L. 1133-3 » (al.3). La CJUE dans l'arrêt du 11 avril 2013 précité énonce d'ailleurs que l'activité à temps partiel peut être considérée comme une mesure d'aménagement dans des cas où la réduction du temps de travail permet au travailleur de pouvoir continuer à exercer son emploi (pt. 20). A notre connaissance, la Cour de cassation n'a pas encore eu à se prononcer sur le contenu des mesures appropriées. Dans le même sens, l'article L. 1133-4 précise que « les mesures » « prévues à l'article L. 5213-6 ne constituent pas une discrimination », sous-entendu une discrimination punissable, en effet, elles constituent alors ce qu'on appelle une « discrimination positive ».

418.- Un seul arrêt de cour d'appel retenant la discrimination se prononce sur l'articulation entre discrimination et refus de prendre des mesures appropriées, au sens de l'article L. 5213-6 du Code du travail, c'est celui de la Cour d'appel de Bordeaux du 20 octobre 2011⁶⁵⁰.

En l'espèce, un salarié reconnu travailleur handicapé par la Cotorep a été embauché en 2002 par une société en qualité de conducteur de car. Dès son embauche, il a informé son employeur de sa qualité de travailleur handicapé et des raisons médicales qui justifient celle-ci, la société recevant par ailleurs une aide financière correspondant à cette embauche conformément aux articles L. 5213-10 et suivants du Code du travail. Il a été victime de deux accidents du travail, le 24 janvier 2005 et le 3 août 2006. Au cours de son dernier arrêt de travail, dans le cadre d'une visite de pré-reprise le 21 mai 2007, le médecin a indiqué que des restrictions d'aptitude sont à prévoir pour la reprise. Le 7

⁶⁵⁰ RG n° 10/03585.

septembre 2007, il passe une première visite médicale de reprise à l'occasion de laquelle le médecin du travail rend un avis défavorable à la reprise et conclut à la nécessité d'étudier un reclassement à un poste moins contraignant pour le rachis, sans manutentions de charges, sans vibrations. Le médecin du travail procède à une étude de poste au sein de l'entreprise le 14 septembre 2007. A l'issue de la seconde visite de reprise, le 27 septembre 2007, le médecin du travail émet l'avis suivant : « confirmation de la visite du 7 septembre 2007, avis médical défavorable à la reprise du poste précédemment la visite du 7 septembre 2007, avis médical défavorable à la reprise du poste précédemment occupé. Pourrait faire un travail sans manutention, sans vibration. Pourrait être contrôleur ou faire un emploi de bureau ».

Par courrier recommandé en date du 5 octobre 2007, le salarié est convoqué à un entretien préalable en vue de son licenciement fixé au 10 octobre 2007 où il se présente assisté d'un membre du personnel de l'entreprise. Il est licencié pour inaptitude par courrier du 15 octobre 2007. L'employeur mentionne qu'il est « *dans l'impossibilité de pourvoir à son reclassement, car il n'y avait pas dans l'entreprise, non plus que dans les différentes filiales du groupe..., d'emploi disponible qu'il soit susceptible d'occuper, compte tenu de son état de santé, de ses contraintes personnelles et de ses compétences professionnelles.* ». Le salarié saisit le CPH compétent qui, d'une part, condamne la société à lui verser 25.000 euros de dommages et intérêts au titre de l'article L. 1235-3 considérant que licenciement est sans cause réelle et sérieuse, faute pour la société de justifier d'une recherche sincère de reclassement et, d'autre part, le déboute de sa demande en nullité du licenciement pour discrimination.

Parallèlement, avant le prononcé du jugement, la Halde avait été saisie par ses soins et dans une délibération, en date du 14 septembre 2009, avait considéré que le licenciement avait un caractère discriminatoire. Le salarié a fait appel pour que son licenciement soit considéré en outre comme un licenciement discriminatoire et donc nul car la société « *n'a pas respecté son obligation légale de reclassement à son égard et a, ce faisant refusé de prendre les mesures appropriées à son état de santé et à son handicap en violation prévue à l'article L. 5213-6 du Code du travail. Il affirme que la*

violation de cette obligation légale à l'égard d'un travailleur handicapé est constitutive d'une discrimination ». Pour la Halde, « *en l'absence de recherches de reclassement suffisamment sérieuses et de mise en place de mesures appropriées permettant de maintenir le réclamant dans son emploi, le licenciement* » du salarié « *fondé sur l'avis d'inaptitude du médecin du travail n'apparaît pas comme objectif, nécessaire et approprié et est constitutif d'une discrimination au sens des articles L. 1132-1, L. 1133-3 et L. 5213-6 du Code du travail* ».

419.- Force est de constater, à la lecture de la motivation de la cour d'appel de Bordeaux, que le foisonnement de textes, notamment ceux énumérés par la Halde, conduit les juges du fond tout d'abord à un certain « malaise » textuel. En effet, dans leur motivation sur les textes applicables au titre de la discrimination, les juges, énoncent de manière exhaustive l'intégralité des dispositions de l'article L. 1132-1, selon lequel aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire notamment en raison de son état de santé ou de son handicap, de l'article L. 1133-3, aux termes duquel « *les différences de traitement fondées sur l'inaptitude constatée par le médecin du travail...en raison de l'état de santé ou du handicap ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectives, nécessaires et appropriées* », de l'article L. 1134-1, selon lequel, « *lorsque survient un litige en méconnaissance des dispositions susvisées, le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination...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* » et, enfin, de l'article L. 5213-6, introduit par la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, aux termes duquel « *afin de garantir le respect du principe d'égalité de traitement à l'égard des travailleurs handicapés, l'employeur prend, en fonction des besoins dans une situation concrète, les mesures appropriées pour permettre aux travailleurs...de conserver un emploi correspondant à leur qualification, de l'exercer ou d'y progresser ou pour qu'une formation adaptée à leurs besoins leur soit dispensée. Le refus de prendre des mesures au sens du premier alinéa peut être constitutif d'une discrimination au sens de l'article L. 1133-3* ».

420.- A la suite de cette énumération textuelle sans réaliser le moindre rattachement aux faits de l'espèce, les juges du fond énoncent, d'une part, que « *l'employeur est ainsi tenu d'envisager toutes les solutions pour reclasser le salarié, y compris à un poste moins qualifié et moins rémunéré* » et, d'autre part, que « *s'agissant d'un travailleur handicapé, cette obligation est d'autant plus étendue que l'employeur se trouve dans l'obligation de mettre en place les mesures appropriées afin de permettre le maintien du salarié dans un emploi correspondant à ses qualifications, dès lors que ces mesures n'entraînent pas une charge disproportionnée* ».

421.- On s'étonne qu'une obligation de reclassement pour le salarié non qualifié de travailleur handicapé soit ainsi déduite des quatre articles précités comme le suggère implicitement et logiquement la lecture profane de l'adverbe « ainsi ». Il semble que les juges du fond aient tout simplement choisi de ne pas citer l'article sur lequel est basée l'obligation de reclassement liée à une inaptitude, dès lors qu'elle n'a aucun lien avec un accident du travail ou une maladie professionnelle, comme en l'espèce, c'est-à-dire l'article L. 4624-1 du Code du travail, habilitant le médecin du travail à faire des propositions telles que des mutations ou des transformations de poste en cas d'inaptitude liées notamment à l'état de santé physique du salarié que l'employeur est tenu de prendre en considération. La référence à cette disposition n'apparaît d'ailleurs à aucun moment dans la décision alors qu'elle est l'une des bases de la motivation de la condamnation. Quid d'ailleurs de l'intérêt de citer les articles L. 1132-1 et L. 1134-1, sachant que seuls les articles L. 5213-6 et L. 1133-3 se suffisaient, le second étant d'ailleurs inclut dans le premier ? En effet, l'obligation générale de prendre des mesures appropriées au sens de l'article L. 5213-6 au profit notamment des salariés travailleurs handicapés peut inclure un reclassement tout comme une mutation et est une obligation autonome par rapport à l'article L. 4624-1 qui a vocation à s'appliquer à tout salarié, travailleur handicapé ou non. Il semble que les juges aient été en prise à un « malaise » textuel, la citation des deux premiers articles s'expliquant vraisemblablement, d'une part, par le souci, dans le doute, d'éviter tout pourvoi en cassation et, d'autre part, par le choix de se mettre dans les pas de la délibération de la Halde qui cite l'article L. 1132-1.

422.- S'ajoute à ce « malaise » textuel, un « malaise » sur l'obligation applicable se révélant tout au long de la suite de la motivation de la cour d'appel de Bordeaux. En effet, dans les développements suivants de sa motivation, elle semble hésiter, d'une part, entre la distinction entre l'obligation de reclassement et l'obligation de prendre des mesures appropriées et, d'autre part, la fusion des deux. L'analyse de la décision est d'autant plus difficile qu'en début de motivation, elle a énuméré la plupart des textes existants dans le droit du travail liés à la discrimination et que, par la suite, elle n'évoque plus que le seul article L. 5213-6.

423.- Dans un premier temps, elle semble caractériser une seule et même obligation lorsqu'elle relève que dans le dossier médical du salarié qui lui a été transmis, des éléments démontrent que, depuis 2005, l'employeur a été informé par la médecine du travail de la nécessité de prendre en compte la santé de son salarié et d'adapter son poste de travail, que par ailleurs, il n'est pas contesté qu'aucune formation n'a été proposée au salarié pour envisager sa reconversion et qu'il n'a été destinataire d'aucune proposition de reclassement circonstanciée et écrite..., et qu'ils traduisent le refus de la société *« de se soumettre aux préconisations de la médecine du travail et de trouver un poste de reclassement compatible avec l'état de santé du salarié »*, *« et ce alors que les mesures à mettre en œuvre pour permettre le reclassement ne présentaient pas une charge disproportionnée compte tenu de la taille du groupe auquel appartient la société »* *« et des aides qu'elle a reçues pour avoir embauché un travailleur handicapé »*.

424.- Dans un second temps, sa motivation laisse supposer qu'elle distingue les deux lorsqu'elle ajoute qu' *« au vu de l'ensemble de ces éléments »*, la société *« n'a pas respecté son obligation légale de reclassement à l'égard du salarié »*, *« et a, ce faisant, refusé de prendre les mesures appropriées à son état de santé et à son handicap en violation avec l'obligation prévue à l'article L. 5213-6 du Code du travail »*.

425.- Et, enfin, dans un troisième temps, elle revient à une sorte de fusion des deux obligations lorsqu'elle caractérise la discrimination au sens de l'article L. 5213-6 alinéa

3 car la société ne démontre pas que ce refus de recherche de reclassement et le licenciement pour inaptitude aient été justifiés par des raisons objectives, nécessaires et appropriées.

426.- Au final, elle reprend, dans un quatrième temps, cette fusion lorsqu'elle énonce qu' « en raison de l'inexécution par la société » « de son obligation légale renforcée de reclassement et d'adaptation, le licenciement » du salarié « à la suite de l'avis d'inaptitude est nul pour être discriminatoire du fait de » son état de santé. Le fondement juridique de cette obligation semble, étant donné la structuration de la motivation, être le seul article L. 5213-6.

La cour d'appel, en définitive, suite à sa démonstration, infirme le jugement du Conseil des Prud'hommes et dit que le licenciement est nul car discriminatoire et évalue le préjudice subi par la victime compte tenu de son âge au jour du licenciement, de son ancienneté, de son statut de travailleur handicapé et du fait qu'elle a été dans l'incapacité de retrouver du travail à 40.000 euros à titre de dommages et intérêts.

427.- Cette décision illustre le manque de lisibilité pour les praticiens de l'articulation entre l'ensemble des textes liés à la discrimination et l'obligation de reclassement qui bénéficie à tout salarié déclaré inapte par le médecin du travail. En l'espèce, la solution aurait été simple si le salarié n'avait pas été un travailleur handicapé. En effet, dans ce cas, le non respect de l'obligation de reclassement au sens de l'article L. 4624-1 du Code du travail, en l'absence d'efforts suffisants pour permettre le maintien du salarié dans l'entreprise⁶⁵¹, ou encore, comme en l'espèce, sans qu'aient été prises en considération les propositions du médecin du travail à la suite de la déclaration d'inaptitude du salarié, aurait été sanctionné comme un licenciement sans cause réelle et sérieuse, c'est d'ailleurs cette position qui avait été retenue par le conseil de prud'hommes.

428.- Mais dès lors que le salarié s'est déclaré officiellement en tant que travailleur handicapé, cette obligation de reclassement doit s'articuler avec l'article L. 5213-6. En

⁶⁵¹ Cass. soc., 6 fév. 2001, *RJS* 2001, comm. n° 433 ; Cass. soc., 26 nov. 2002, *RJS* 2003, n° 178.

l'absence de jurisprudence de la Cour de cassation sur cette articulation, les juges du fond, comme en l'espèce, font preuve d'une hésitation, le pan final de leur motivation pourrait être celui le plus adéquat. En effet, les deux obligations se superposent, constituant ainsi une obligation aux contours plus larges que la même obligation de reclassement respectée au profit d'un salarié n'ayant pas le statut de travailleur handicapé⁶⁵².

bb.- L'utilisation de l'article L. 1233-5 du Code du travail

429.- L'article L. 1233-5 du Code du travail dispose que « lorsque l'employeur procède à un licenciement collectif pour motif économique et en l'absence de convention ou accord collectif de travail applicable, il définit les critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements, après consultation du comité d'entreprise ou, à défaut de délégués du personnel. Ces critères prennent notamment en compte...^{3°} La situation des salariés qui présentent des caractéristiques sociales rendant leur réinsertion professionnelle particulièrement difficile, notamment celles des personnes handicapées ». Même si l'ordre des critères fixés par la loi ne s'impose pas à l'employeur⁶⁵³, s'il n'a pas pris en compte le handicap du salarié alors que cette caractéristique est de nature à rendre plus difficile sa réinsertion professionnelle, il ne respecte pas les règles relatives à l'ordre des licenciements⁶⁵⁴.

430.- Deux arrêts mettent ces règles juridiques en application, nous les avons comptabilisés dans nos statistiques en tant que discrimination. L'arrêt du 1^{er} juin 2011 de la Cour d'appel de Nancy (arrêt n° 54 RG n° 10/02831) et celui du 15 janvier 2007 de la Cour d'appel de Lyon (arrêt n° 61 RG n° 05/02067) caractérisent tous les deux une discrimination dans la mise en œuvre de l'ordre des licenciements sans pour autant utiliser les textes relatifs à la discrimination en particulier les articles L. 1132-1 et

⁶⁵² Cf. en ce sens : B. Legros et S. Fantoni, « La juxtaposition des obligations en cas d'inaptitude et/ou de handicap, note sous l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 17 février 2010, *Dr.social* n° 9/10 Sept-Octobre 2010, p. 978.

⁶⁵³ Cass. soc., 20 nov.1963, *D.*1964.139, note G. Lyon-Caen.

⁶⁵⁴ Cass. soc., 11 oct.2006, *RDT* 2007.32, obs. Ph. Waquet.

suivants du Code du travail. Dans les deux cas, le caractère réel et sérieux des licenciements économiques n'était pas remis en cause par les cours.

431.- Dans le premier arrêt, la cour relève que « *la mise en œuvre de l'ordre des licenciements se traduit par le choix des salariés qui vont être congédiés. Ce choix doit être objectif et ne doit comporter aucune discrimination. En l'espèce, l'employeur et le représentant du personnel ont, chacun de leur côté et sans se concerter, affecté pour chaque critère une note de 0 à 3. Cette double notation et la participation du délégué du personnel à l'évaluation des deux salariés concernés par le licenciement n'a pas pu valider la mise en œuvre de critères de l'ordre des licenciements abstraits et non objectifs (disponibilité, dynamisme, implication), ou qui ont pour effet de sanctionner la réduction des capacités physiques (résistance physique, efficacité, heures supplémentaires) ».*

Pour la cour, « *l'application de critères non objectifs et discriminants a causé* » au salarié « un préjudice pouvant aller jusqu'à la perte injustifiée de son emploi ». Elle confirme alors la décision du conseil des prud'hommes en ce que ce dernier a fixé la créance du salarié à titre de dommages et intérêts au vu de son âge, de son ancienneté (soit 23 ans) et des difficultés éprouvées pour retrouver du travail, justement à la somme de 51.772,56 euros. Le conseil des prud'hommes avait condamné l'employeur à cette somme pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, ce montant a été maintenu mais son fondement juridique a été modifié par la cour d'appel.

432.- Dans l'arrêt de la cour d'appel de Lyon du 15 janvier 2007 (arrêt n° 61 RG n° 05/02067), la juridiction relève que « *si les critères d'ordre ont bien été discutés par les membres du comité d'UES..., le choix de la licencier a été déterminé par les critères professionnels pour lesquels elle a obtenu le chiffre 8 (la pondération retenue étant de 0 à 20) ».*

Il a été attribuée à la salariée « *la note 0/5 en terme de disponibilité et de 0/5 en terme de fiabilité du fait de ses absences longues et fréquentes perturbant le service production, étant observé qu'aucun reproche ne lui a été fait ni sur la qualité de son*

travail, ni sur sa ponctualité. Dès lors de l'aveu même de l'employeur, c'est bien ensuite de sa maladie que le choix de la licencié(e) a été pris» (en l'espèce, il y a bien eu discrimination même si elle n'est pas qualifiée en tant que telle) «, l'employeur ayant privilégié les compétences professionnelles ainsi qu'il en avait la possibilité mais ayant déterminé sa notation ces » (sic) « dans la note à ce titre sur des critères subjectifs ». Pour la cour, la salariée, ayant 16 ans d'ancienneté, « démontre que si l'employeur avait tenu compte uniquement de critères objectifs, elle était mieux placée, même sans retenir le critère de handicap, que 9 autres salariés dont 2 ouvrières OP1 et OP2. La Cour, considérant que les critères d'ordre des licenciements n'ont pas été appliqués de façon régulière, et que ce non respect des règles a causé à » la salariée « injustement licenciée dans des conditions particulièrement difficiles, eu égard à son état de santé et qui n'a retrouvé un emploi qu'en décembre 2005, un préjudice qu'il appartient à l'employeur de réparer, condamne » la société « à lui verser la somme de 35.000 euros », réformant sur ce point le jugement entrepris.

433.- Il y bien discrimination dans les deux arrêts liée à l'état de santé mais la cour se contente de la sanctionner au titre du non-respect de l'article L. 1233-5 du Code du travail. La question se pose alors de savoir si une condamnation à un double titre est possible, au titre de cet article et au titre des articles L. 1132-1 et suivants du Code du travail ? On s'interroge : dès lors qu'elle est sanctionnée sur la base du premier une condamnation sur la base des articles de droit commun n'est-elle plus possible ? Il nous semble que rien n'interdit de citer les deux mais peut-être que l'évaluation du préjudice moral serait plus aisée, plus compréhensible. L'ancien article L. 323-7 précité quant à lui a été qualifié d'élément de fait caractérisant la discrimination au sens de l'article L. 122-45 du Code du travail.

bc.- Le refus de caractériser une différence de traitement discriminatoire dans les indemnités contenues dans le plan de sauvegarde de l'emploi

434.- La cour d'appel d'Aix en Provence par deux arrêts refuse de caractériser une différence de traitement discriminatoire dans les indemnités contenues dans le plan de sauvegarde de l'emploi, l'un d'entre eux a d'ailleurs fait l'objet d'un pourvoi en cassation. En effet, la haute cour, le 5 décembre 2012⁶⁵⁵ a statué sur le pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix en Provence du 1^{er} juillet 2010⁶⁵⁶. Ce dernier était attaqué⁶⁵⁷ car, selon le demandeur au pourvoi, le plan de sauvegarde de l'emploi contenait une mesure discriminatoire dans la mesure où le salarié classé en invalidité deuxième catégorie n'avait pas bénéficié de l'indemnité additionnelle de licenciement. Pour la cour d'appel - qui avait d'ailleurs rendu une motivation similaire pour un autre salarié de la même entreprise s'étant trouvé dans le même cas de figure⁶⁵⁸ - « cette disposition » du PSE « *qui exclut de l'indemnisation complémentaire de licenciement les salariés qui bénéficient d'une pré-retraite ou d'une pension d'invalidité, est justifiée notamment par le fait que les intéressés se trouvent, après leur licenciement, dans une situation de précarité moindre que les salariés en activité qui perdent subitement l'intégralité de leur salaire et donc l'essentiel de leurs revenus après la rupture du contrat de travail ce qui n'est pas le cas des salariés pensionnés* ».

435.- La Cour de cassation rejette le pourvoi contre l'arrêt n° 110 RG n° 08/03008 considérant « *qu'ayant retenu que les salariés qui bénéficient d'une pré-retraite ou d'une pension d'invalidité se trouvent, après leur licenciement, dans une situation de précarité moindre que les salariés en activité qui perdent, après la rupture de leur contrat de travail, l'intégralité de leur salaire et donc l'essentiel de leurs revenus, la cour d'appel a pu décider que la différence de traitement était justifiée* ». On peut donc

⁶⁵⁵ Cass. soc., 5 déc. 2012, n° 10-24.204, note M. Hautefort, *JSL*, 2013, n° 336, p. 16-17 ; *Lexbase Hebdo édition sociale* n° 510 du 20 déc.2012, note Ch. Willmann.

⁶⁵⁶ RG n° 08/03008.

⁶⁵⁷ CA Aix en Provence, 1^{er} juill.2010, n° 2010/440, J. Lloret c/ Nestlé France.

⁶⁵⁸ CA Aix en Provence 1^{er} juill.2010, n° 2010/441, G. Cerdan c/ SAS Nestlé France, RG n° 08/03280.

en déduire que, dans les deux espèces, la différence de traitement ne constituait pas une mesure discriminatoire⁶⁵⁹. On aurait pu croire que ces deux décisions de la cour d'appel d'Aix en Provence s'inspirent d'un arrêt de 2010 de la Cour de cassation décidant que « le choix de 57 ans comme critère de plafonnement des indemnités accordées aux salariés » dans un plan de sauvegarde de l'emploi « ne pouvant être reclassés mais bénéficiant d'une retraite à taux plein à l'âge de 60 ans reposait sur la prise en compte du régime d'indemnisation du chômage plus favorable alors applicable aux salariés licenciés remplissant ces conditions ». Mais il n'en est rien car l'arrêt est postérieur aux décisions de la cour d'appel d'Aix en Provence⁶⁶⁰. La cour d'appel d'Aix en Provence semble donc précurseur dans l'appréciation du caractère discriminatoire ou non d'une différence de traitement dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi.

6.- S'agissant de la discrimination liée à l'appartenance à un syndicat

436.- L'employeur devra justifier de la différence de traitement. En ce sens, la jurisprudence réaffirme régulièrement sa position qui consiste à dire que l'employeur doit établir que la disparité de situation constatée est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination fondée sur l'appartenance à un syndicat⁶⁶¹. Force est de

⁶⁵⁹ A rapprocher de l'arrêt de la CJUE du 6 décembre 2012 (aff. C-152/11) qui a écarté le grief d'atteinte au principe de non discrimination fondé sur l'âge à propos d'un PSE régi par le droit allemand. La directive 2000/78/CE doit être interprétée en ce sens qu'elle ne s'oppose « *pas à une réglementation relevant d'un régime de prévoyance sociale propre à une entreprise qui prévoit, pour les travailleurs de celle-ci âgés de plus de 54 ans et faisant l'objet d'un licenciement pour motif économique, que le montant de l'indemnité à laquelle ils ont droit est calculé en fonction de la première date possible de départ à la retraite, contrairement à la méthode standard de calcul, selon laquelle une telle indemnité est fondée notamment sur l'ancienneté dans l'entreprise, de sorte que l'indemnité versée est inférieure à l'indemnité résultant de l'application de cette méthode standard tout en étant au moins égale à la moitié de cette dernière* ». A l'inverse, la même directive doit être interprétée en ce sens qu'elle « *s'oppose à une réglementation relevant d'un régime de prévoyance sociale propre à une entreprise qui prévoit, pour les travailleurs de celle-ci âgés de plus de 54 ans et faisant l'objet d'un licenciement pour motif économique, que le montant de l'indemnité à laquelle ils ont droit est calculé en fonction de la première date possible de départ à la retraite, contrairement à la méthode standard de calcul, selon laquelle une telle indemnité est fondée notamment sur l'ancienneté dans l'entreprise, de sorte que l'indemnité versée est inférieure à l'indemnité résultant de l'application de cette méthode standard tout en étant au moins égale à la moitié de cette dernière, et qui prend en considération, lors de la mise en œuvre de cette autre méthode de calcul, la possibilité de percevoir une pension de retraite anticipée versée en raison d'un handicap* ».

⁶⁶⁰ Ce dernier date en effet du 17 novembre 2010 : Cass. soc., 17 nov. 2010, n° 09-42071, inédit.

⁶⁶¹ Cass. soc., 26 avr. 2000, n° 98-42.643, *Bull. civ. V*, n° 151, p. 117 ; Cass. soc., 4 juill. 2000, n° 98-43.285, *Bull. civ. V*, n° 264, p. 209 ; Cass. soc., 4 juill. 2000, n° 97-44.846, *Bull. civ. V*, n° 263, p. 208 ;

constater qu'il est difficile pour l'employeur de présenter ces éléments objectifs⁶⁶².

En appel, de manière générale, la difficulté pour les employeurs de présenter de telles justifications est prégnante⁶⁶³.

437.- Concernant les justifications objectives, il est également envisageable d'établir une typologie au niveau de la jurisprudence d'appel, tout en sachant que, généralement, le juge d'appel opère une appréciation analytique des faits reprochés à l'employeur⁶⁶⁴.

438.- Premièrement, la principale des explications objectives tient au comportement du salarié. Par exemple, des changements successifs de poste peuvent s'expliquer par les manquements du salarié à ses obligations, de même que les omissions des évaluations annuelles⁶⁶⁵ ou encore l'absence de candidatures à des postes en promotion interne⁶⁶⁶. Néanmoins, le manque de réactivité du salarié ne peut à lui seul valoir explication objective : le seul fait que ce dernier n'ait pas fait appel au médecin du travail ou au CHSCT ne saurait suffire à écarter la présomption résultant des faits répétés et constants ainsi établis⁶⁶⁷.

439.- Ensuite, lorsqu'est en cause l'exercice des pouvoirs de l'employeur, l'examen de l'application correcte du pouvoir disciplinaire, par exemple, offre audit employeur d'écarter les griefs de discrimination⁶⁶⁸. La Cour d'appel de Colmar juge dans un sens identique lorsqu'elle énonce que *« la seule circonstance que l'employeur a fixé des horaires différents de ceux souhaités par le salarié n'est pas de nature à permettre de considérer qu'il s'agirait d'une mesure défavorable au salarié susceptible d'étayer la*

Cass. soc., 6 avr. 2004, n° 01-46.371.

⁶⁶² Pour un contentieux relatif à la discrimination syndicale, Cass. soc., 27 avr. 2007, n° 07-42.864 où la chambre sociale estime que le panel de comparaison présenté par l'employeur pour sa défense panel *« ne concernait que les salariés dans une situation différente de celle de l'intéressé », et « ne justifiait donc d'aucune situation analogue à celle du salarié défendeur » ; dès lors, « l'employeur ne démontrait pas que la disparité constatée n'était pas fondée sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination syndicale. »*

⁶⁶³ CA Riom, 30 oct. 2007, RG n° 06/00639 ; CA Douai, 30 juin 2010, RG n° 09/02940 ; CA Grenoble, 10 janv. 2011, RG n° 09/03395.

⁶⁶⁴ Par ex., CA Riom, 7 juin 2011, RG n° 10/02418.

⁶⁶⁵ CA Bourges, 25 sept. 2009, RG n° n° 08/01778.

⁶⁶⁶ CA Versailles, 15e ch., 15 mai 2008, RG n° 07/02479.

⁶⁶⁷ CA Colmar, 6 oct. 2011, RG n° 10/02446.

⁶⁶⁸ CA Chambéry, 15 mars 2011, RG n° 10/00620.

*discrimination invoquée à ce titre*⁶⁶⁹ ». Pour terminer sur cet aspect, aux termes d'une décision du 29 juin 2007⁶⁷⁰, où le salarié avait été licencié pour faute grave à la suite de la détérioration volontaire du système de sécurité de l'agence et d'une usurpation d'identité, la Cour d'appel de Douai a estimé que constituaient des éléments justificatifs le fait que le dossier disciplinaire du salarié comportait des avertissements datant d'avant sa désignation en tant que délégué syndical.

Par ailleurs, l'ancienneté paraît également être un critère d'exonération. En ce sens, une décision de la Cour d'appel de Versailles⁶⁷¹ semble confirmer la possibilité pour tout employeur de pouvoir traiter objectivement un salarié, représentant syndical, en prenant en compte notamment son ancienneté afin de fixer des objectifs, plus élevés que ceux de ses collègues moins expérimentés. Cette décision doit néanmoins être comparée à une autre approche qui s'est esquissée devant d'autres cours d'appel. La cour d'appel de Rouen avait ainsi retenu que l'employeur doit s'assurer de corriger les effets discriminatoires indirectes, à l'encontre des représentants syndicaux, notamment en cas de primes d'objectifs⁶⁷². L'employeur se doit alors d'adapter la charge de travail en fonction des seules heures consacrées à l'exécution des obligations contractuelles pour les représentants du personnel. Autrement dit, les objectifs doivent être adaptés, compte tenu des activités de représentation du salarié. Cette position a par la suite été confirmée par la Cour de cassation, venant préciser le mode de calcul de la compensation⁶⁷³.

Puis, l'explication peut tenir à la mise en œuvre d'un dispositif particulier, notamment le non-renouvellement du CDD du au retour de la salariée absente dont le poste a été remplacé⁶⁷⁴.

Enfin, lorsque la discrimination porte sur la rémunération, certaines cours d'appel acceptent de dédouaner l'employeur lorsqu'aux termes d'une comparaison, il apparaît

⁶⁶⁹ CA Colmar, 20 avr. 2010, RG n° 08/04204.

⁶⁷⁰ CA Douai, 29 juin 2007, RG n° 06/02510.

⁶⁷¹ CA Versailles, ch. soc., 26 juin 2008, n° 07/02673.

⁶⁷² V. CA Rouen, ch. soc., 10 avr. 2007, RG n° 06/04080, comm. T. Morgenroth, mis en ligne le 22 mars 2013.

⁶⁷³ Cass. soc., 6 juill. 2010, n° 09-41.354, note B. Bossu, *JCP S*, 3 nov. 2010, 1034.

⁶⁷⁴ CA Nancy, 26 juin 2009, RG n° 08/02241.

que les salariés comparés n'occupent pas les mêmes fonctions et n'ont pas les mêmes occupations⁶⁷⁵.

En revanche, d'autres « éléments objectifs étrangers à la discrimination » sont clairement rejetés par la jurisprudence d'appel⁶⁷⁶. Il en est ainsi de la date d'embauche différente des deux salariés, dont l'ancienneté est ainsi différente⁶⁷⁷.

⁶⁷⁵ CA Riom, 27 sept. 2011, RG n° 10/02953.

⁶⁷⁶ Par ex., CA Douai, 30 juin 2009, RG n° 08/01500, à propos du remboursement des notes de frais des autres représentants du personnel. Pour d'autres exemples plus classiques, CA Colmar, 14 sept. 2010, RG n° 09/03249, CA Colmar, 15 oct. 2009, RG n° 08/00227.

⁶⁷⁷ CA Colmar, 8 déc. 2009, RG n° 09/00216.

SECTION 3.- LA SANCTION DE LA DISCRIMINATION

PARAGRAPHE 1.- LA QUALIFICATION DE LA SANCTION

440.- Par application de l'article L. 1132-4 du Code du travail, « *toute disposition ou tout acte pris à l'égard d'un salarié en méconnaissance des dispositions du [chapitre II relatif au principe de non-discrimination] est nul* ». Ce texte s'applique quel que soit le motif discriminatoire invoqué puisqu'il découle de l'article L. 1132-1 du Code du travail. En toute logique, il est invoqué dans l'ensemble des contentieux soumis à notre analyse. Il en est ainsi, par exemple, en matière de discrimination syndicale. Il est vrai que l'on aurait pu penser que l'existence de dispositions spéciales (articles L. 2141-5 et suiv., *C. trav.*) soit de nature à exclure l'application des dispositions générales (L 1132-4, *C. trav.*) et que la réparation de la discrimination syndicale ne se conçoit qu'en l'allocation de dommages et intérêts. En réalité, les sanctions civiles applicables en cas de discrimination syndicale procèdent d'un cumul des dispositions du Code du travail. Tout acte tombant sous le coup d'une discrimination prohibée est donc sanctionné par la nullité. Rappelons que la nullité de l'article L. 1132-1 du Code du travail est une nullité de plein droit⁶⁷⁸ qui se justifie par la nécessité de protéger l'exercice d'une liberté fondamentale⁶⁷⁹, à savoir la liberté syndicale. Ainsi, pour un accord de détachement conclu entre l'employeur et un syndicat et jugé discriminatoire vis-à-vis d'un autre⁶⁸⁰.

441.- Pareillement, l'interdiction de discriminer en raison de la situation de grossesse connaît un fondement juridique double aboutissant à la nullité de la mesure prise : l'article L. 1132-1 du Code du travail, d'application générale, qui retient la grossesse parmi les motifs discriminatoires et dont le manquement est sanctionné par la nullité prévue en l'article L. 1132-4 du Code du travail. Au-delà, la candidate à un emploi ou la salariée peut invoquer le régime protecteur prévu aux articles L. 1225-1 et suivants du Code du travail. Selon les juges, toute convention contraire aux dispositions des articles

⁶⁷⁸ Cass. soc., 16 avr. 2008 : *Bull. civ.* 2008, V, n° 93.

⁶⁷⁹ Gauriau (B.), « Droit syndical dans l'entreprise, Principes », *J.-Cl. Traité Travail*, Fasc. 12-30, 2013, n° 95.

⁶⁸⁰ Cass. soc., 10 juill. 2001, n° 99-21.884, *Bull. civ.* V, n° 261, p. 210.

L. 1225-1 à L. 1225-72 du Code du travail est nulle de plein droit⁶⁸¹.

Pour autre exemple, en matière de discrimination liée au sexe, l'article L. 1132-4 du Code du travail a vocation à s'appliquer. Au-delà, l'article L. 1142-1 du Code du travail prohibe dans la relation salariale toute discrimination fondée sur le sexe et la situation de famille. La sanction est prévue en l'article L. 1142-3 du Code du travail : « *est nulle toute clause d'une convention ou d'un accord collectif de travail ou d'un contrat de travail qui réserve le bénéfice d'une mesure quelconque, à un ou des salariés, en considération du sexe* ».

La nullité de la mesure discriminatoire est prononcée également en cas de discrimination liée à l'âge, la race, la religion ou encore l'orientation sexuelle.

A.- Au stade du recrutement : une nullité peu mobilisée par les juges.

442.- La nullité est-elle prononcée par les juges du fond lorsque la discrimination intervient au stade de l'embauche ? Il ne fait aucun doute qu'elle est envisagée par les textes. Par exemple, depuis la loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 qui a érigé la grossesse au rang des motifs discriminatoires prohibés⁶⁸², l'article L. 1132-1 du Code du travail interdit expressément les discriminations à l'embauche fondées sur l'état de grossesse. Ainsi, « *aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement [...] en raison de [...] sa grossesse* ». Egaleme nt, est sanctionnée la discrimination indirecte qui est caractérisée lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique, bien que neutre en apparence, est susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs discriminatoires, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres⁶⁸³. Si l'article L. 1132-4 du Code du travail prévoit la nullité à l'égard de « *toute disposition ou tout acte pris à l'égard d'un salarié* » en raison d'un motif discriminatoire, toute la question est cependant de savoir si ce texte est applicable au refus d'embauche discriminatoire. En effet, la candidate, écartée de la procédure de recrutement pour un motif illicite, n'a pas

⁶⁸¹ Cass. soc., 1^{er} juillet 1985, n° 83-40755, *Juri-soc.* 1985, F 82.

⁶⁸² L. n° 2006-340 du 23 mars 2006 *relative à l'égalité salariale entre les hommes et les femmes*, JO n° 71, 24 mars 2006, p. 4440.

⁶⁸³ Art. 1^{er}, L. n° 2008-496 du 27 mai 2008 *portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations*, JO n° 123, 28 mai 2008, p. 8801.

signé le contrat de travail.

443.- S'agissant du régime protecteur, par application de l'article L. 1225-1 du Code du travail, l'employeur ne doit pas prendre en considération l'état de grossesse d'une femme pour refuser de l'embaucher. Il lui est en conséquence interdit de rechercher ou faire rechercher toutes informations concernant l'état de grossesse de l'intéressée. L'article L. 1225-2 dispose également que la femme candidate à un emploi n'est pas tenue de révéler son état de grossesse.

444.- A la question de savoir si la nullité est reconnue, la lecture des arrêts relatifs à la discrimination liée à la grossesse n'apporte à proprement parler aucun élément d'analyse sur les questions du refus d'embauche ou de stage ou de formation, de la recherche d'informations sur l'état de grossesse au cours du recrutement, ou encore de la mutation temporaire d'une salariée pendant sa grossesse motivée par son état de grossesse. La question de la discrimination au moment de l'embauche n'est manifestement pas au cœur des prétoires, pour des raisons probatoires bien évidentes. Toutefois, un arrêt rendu par la Cour d'appel de Versailles retient, entre autres, l'existence d'une discrimination à l'embauche caractérisée par un retard dans l'embauche du fait de la grossesse⁶⁸⁴ Les juges en tirent toutefois pour conséquence une discrimination dans la carrière, sans se questionner sur une quelconque « nullité » des mesures prises.

445.- Pour autre exemple, s'agissant de la discrimination fondée sur le sexe, l'article L. 1132-4 du Code du travail implique la nullité de toute mesure discriminatoire à l'embauche. Comme en matière de discrimination liée à la grossesse, la question se pose de l'application de ce texte au refus d'embauche discriminatoire lié au sexe. Au-delà, l'article L. 1142-1 du Code du travail prohibe dans la relation salariale toute discrimination fondée sur le sexe et la situation de famille. La prohibition porte notamment sur la mention du sexe ou de la situation de famille recherchée du candidat dans les offres d'emplois ; le refus d'embaucher en raison du sexe ou de la situation de famille ou de la grossesse ou par l'application de critères de choix différenciés.

⁶⁸⁴ CA Versailles, 28 sept. 2011, RG n° 09/03894.

Toutefois, lorsque l'appartenance à l'un ou l'autre sexe répond à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnelle, les interdictions prévues par les textes ne s'appliquent pas. La sanction est prévue en l'article L. 1142-3 du Code du travail : « *Est nulle toute clause d'une convention ou d'un accord collectif de travail ou d'un contrat de travail qui réserve le bénéfice d'une mesure quelconque, à un ou des salariés, en considération du sexe* ».

446.- Toutefois, aucune décision soumise à notre analyse ne nous permet de vérifier l'application par les juges du fond de ces règles. Un constat s'impose, l'arsenal législatif, aussi riche soit-il en la matière, est sous-mobilisé par les plaignants. Il est vrai que, s'agissant du recrutement, la preuve de la discrimination sexuelle est quasi impossible.

B.- Au stade de l'exécution du contrat de travail : une nullité peu aisément retenue par les juges

447.- Tout comme en matière d'embauche, la question se pose de la reconnaissance de la nullité d'une mesure discriminatoire au stade de l'exécution du contrat de travail. Plusieurs motifs discriminatoires peuvent illustrer le propos.

1.- S'agissant de la discrimination sexuelle

448.- S'agissant par exemple de la discrimination sexuelle, l'article L. 1132-1 du Code du travail interdit la prise en compte du sexe du salarié pour refuser l'accès à une période de formation, sanctionner ou prendre une quelconque mesure discriminatoire contre un salarié. L'article L. 1132-4 du Code du travail s'applique pleinement et consacre la nullité de telles mesures prises. Au-delà, l'article L. 1142-1 du Code du travail prohibe la prise en considération du sexe ou de la grossesse en matière de rémunération, de formation, d'affectation, de classification, de promotion et de mutation. Il est, en outre, interdit d'insérer dans une convention, un accord collectif ou

un contrat de travail, des clauses réservant le bénéfice d'une mesure quelconque à des salariés en considération de leur sexe (art. L. 1142-3 C. trav.). Ledit article prévoit la nullité de ces clauses. Enfin, en application de l'article L. 3221-2 du Code du travail, « *tout employeur est tenu d'assurer, pour un même travail ou pour un travail de valeur égale, l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes* ». Autrement dit, l'employeur ne peut fonder aucune différenciation de salaire sur le sexe. L'article L. 3221-5 du Code du travail ajoute que « *les disparités de rémunération entre les établissements d'une même entreprise ne peuvent pas, pour un même travail ou pour un travail de valeur égale, être fondées sur l'appartenance des salariés à ces établissements de l'un ou l'autre sexe* ». La sanction est organisée en l'article L. 3221-7 du Code du travail : « *Est nulle de plein droit toute disposition figurant notamment dans un contrat de travail, une convention ou accord collectif de travail, un accord de salaires, un règlement ou barème de salaires résultant d'une décision d'un employeur ou d'un groupement d'employeurs et qui, contrairement aux articles L. 3221-2 à L. 3221-6, comporte, pour un ou des salariés de l'un des deux sexes, une rémunération inférieure à celle de salariés de l'autre sexe pour un même travail ou un travail de valeur égale. La rémunération plus élevée dont bénéficient ces derniers salariés est substituée de plein droit à celle que comportait la disposition entachée de nullité* ».

449.- En la matière, très peu d'arrêts font application desdites dispositions. Seuls quelques arrêts appliquent le principe de nullité des clauses en application de l'article L. 1142-3 du Code du travail. Tel est le cas des congés « mère de famille ». Ainsi, plusieurs arrêts rendus par la Cour d'appel de Nîmes le 13 octobre 2009 (exemple : CA Nîmes 13 octobre 2009⁶⁸⁵) évoquent la demande de salariés, par ailleurs père d'enfants à charge, sollicitant la condamnation à des jours de congés supplémentaires estimant que les dispositions conventionnelles octroyant aux salariées femmes deux jours ouvrables de congés supplémentaires par enfant à charge et vivant au foyer sont discriminatoires. Pour les demandeurs, cette discrimination, même indirecte, ne repose sur aucune justification objective et raisonnable » et serait donc illégale.

⁶⁸⁵ RG n° 08/03546, n° 08/03538, n° 08/03541, n° 08/03542, n° 08/03544 et n° 08/03545.

450.- Ils rappellent, en outre, que ces dispositions ne sont que la reprise du texte conventionnel des dispositions légales de l'article L. 3141-9 du Code du travail en son alinéa 1. La Cour d'appel de Nîmes, à la différence du Conseil des prud'hommes, refuse de constater la nullité de la disposition conventionnelle en cause et retient qu' « *il n'y a pas lieu de prononcer une annulation des textes conventionnels* » alors même qu'elle caractérise l'existence d'une discrimination par l'interprétation par l'employeur des textes conventionnels qui ne sauraient, selon la Cour d'appel, faire obstacle à l'octroi de congés supplémentaires.

2.- S'agissant de la discrimination liée à l'état de grossesse

451.- S'agissant de la discrimination liée à l'état de grossesse, l'article L. 1132-1 du Code du travail interdit la prise en compte de la grossesse pour refuser l'accès à une période de formation, sanctionner ou prendre une quelconque mesure discriminatoire contre un salarié. L'article L. 1132-4 du Code du travail s'applique donc pleinement. S'agissant du régime protecteur, l'article L. 1225-1 du Code du travail interdit à l'employeur, sous réserve d'une affectation temporaire réalisée dans le cadre des dispositions des articles L. 1222-7, L. 1225-9 et L. 1225-12 du Code du travail, pour prononcer une mutation d'emploi.

452.- Rares sont les arrêts relatifs à une discrimination subie en cours d'exécution du contrat de travail. Telle est toutefois la question au cœur de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Versailles le 13 février 2007. En l'espèce, la salariée faisait valoir qu'à son retour de congé maternité, tous ses collègues responsables d'équipes, avaient été promus et qu'elle ne l'avait pas été. La Cour d'appel caractérise en l'espèce une discrimination au regard de l'article L. 1132-1 du Code du travail (CA Versailles, 13 février 2007⁶⁸⁶).

453.- Un autre arrêt retient l'existence d'une discrimination fondée sur l'article L. 1132-1 du Code du travail en ce qu'il est établi que l'exécution du contrat de travail a été différée en raison de la grossesse de la candidate. L'arrêt retient également d'autres faits

⁶⁸⁶ RG n° 06/0835.

de nature à caractériser la discrimination dans la carrière, la discrimination dans les tâches qui lui ont été confiées, non conformes à sa qualification et non susceptibles d'évaluation, et l'absence d'augmentation de salaire entre l'embauche et le licenciement (CA Versailles, 28 septembre 2011⁶⁸⁷).

454.- En matière de discrimination liée à la grossesse, il est intéressant de noter que dans les arrêts relatifs à cette question, l'article L. 1132-1 du Code du travail est mobilisé et non le régime protecteur. Pour autant, les mesures prises ne sont aucunement qualifiées de « nulles » par les juges, qui se contentent d'en tirer les conséquences indemnitaires.

C.- Au stade de la rupture du contrat de travail

1.- Le licenciement discriminatoire

a.- Une nullité souvent retenue par les juges d'appel

aa. S'agissant de la discrimination liée à l'état de grossesse

455.- L'article L. 1132-1 du Code du travail affirme l'impossibilité, par principe, de licencier une salariée en raison de son état de grossesse. Le licenciement fondé sur la grossesse est discriminatoire et nul, en application de l'article L. 1132-4 du Code du travail.

456.- De plus, par application de l'article L. 1134-4 du Code du travail, est nul et de nul

⁶⁸⁷ RG n° 09/03894.

effet le licenciement d'un salarié suite à une action en justice engagée par ce salarié ou en sa faveur sur la base des dispositions relatives aux discriminations ou à l'égalité professionnelle, lorsqu'il est établi que le licenciement n'a pas de cause réelle et sérieuse et résulte de cette action en justice.

457.- La protection contre le licenciement est spécifiquement organisée en l'article L. 1225-4 du Code du travail. Le licenciement n'est pas seulement sans cause réelle et sérieuse. Le licenciement d'une salariée en état de grossesse médicalement constatée est, en l'absence de justification par l'employeur d'une faute grave de l'intéressée non liée à l'état de grossesse ou de l'impossibilité pour un motif étranger à celle-ci de maintenir le contrat de travail, entaché de nullité⁶⁸⁸.

458.- Pareillement, l'envoi à l'employeur qui ignore que la salariée est enceinte du certificat médical justifiant de son état de grossesse n'a pas pour effet de suspendre le licenciement pour lui faire produire effet à l'issue de la période de protection mais entraîne sa nullité de plein droit⁶⁸⁹. L'article L. 1225-5 du Code du travail prévoit en effet que le « *licenciement d'une salariée est annulé lorsque, dans un délai de quinze jours à compter de sa notification, l'intéressée envoie à son employeur, dans les conditions déterminées par voie réglementaire, un certificat médical justifiant qu'elle est enceinte. Ces dispositions ne s'appliquent pas lorsque le licenciement est prononcé pour faute grave non liée à l'état de grossesse ou par impossibilité de maintenir le contrat pour un motif étranger à la grossesse ou à l'accouchement* ».

459.- Par contre, la femme enceinte victime d'un licenciement ne peut obtenir ni la reconnaissance de la nullité de ce dernier, ni la condamnation de l'employeur au paiement de dommages et intérêts dès lors que celui-ci ne connaissait pas l'état de l'intéressée au moment de la rupture et n'en a pas été ultérieurement informé dans le délai fixé par l'article L. 1222-5 du Code du travail⁶⁹⁰.

⁶⁸⁸ Cass. soc., 19 nov. 1997, n° 94-42540, *TPS* 1998, comm. 36 ; Cass. soc., 20 nov. 2001, n° 99-41.507.

⁶⁸⁹ Cass. soc., 7 avr. 2004, n° 02-40.333.

⁶⁹⁰ Cass. soc., 3 oct. 1980, n° 74-40.225.

451.- Les cours d'appel tirent logiquement toutes conséquences de l'article L. 1132-1 en retenant la nullité du licenciement en application des dispositions de l'article L. 1132-4 du Code du travail. Il en est ainsi de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Bordeaux le 1^{er} mars 2011⁶⁹¹ s'agissant d'une salariée licenciée pour inaptitude médicale avec impossibilité de reclassement, après avoir informé son employeur de sa grossesse et fait l'objet de sanctions disciplinaires outre des mesures discriminatoires allant jusqu'à ne plus percevoir de salaire. D'autres arrêts, soulignant que « l'ancien article L122-45 du Code du travail rappelle qu'aucun salarié ne peut être licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte...en raison de sa grossesse », constatent la nullité du licenciement avec toutes ses conséquences de droit (CA Orléans, 29 janvier 2009⁶⁹²).

Par application du régime protecteur cette fois, le licenciement d'une salariée non justifié par une faute grave « *est nul pour être discriminatoire et pour avoir été prononcé pendant une période de grossesse déclarée* » (CA Bordeaux, 20 septembre 2011⁶⁹³). La nullité du licenciement est ainsi envisagée sans difficulté par les juridictions du fond, lesquelles corrigent parfois une qualification de « licenciement sans cause réelle et sérieuse » maladroitement utilisée par le Conseil des prud'hommes auparavant saisi (CA Bordeaux, 24 septembre 2009⁶⁹⁴). La nullité est également retenue lorsqu'un licenciement a été notifié pour insuffisance professionnelle alors que la salariée était enceinte et était considérée, à tort, en période d'essai (CA Paris, 21 octobre 2010⁶⁹⁵).

Parfois, la Cour d'appel souligne que la rupture « *équivalait à un licenciement nul* » (CA Douai, 28 novembre 2008⁶⁹⁶), dans une situation où le licenciement est invoqué du fait d'une requalification de CDD en CDI.

Dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Versailles (CA Versailles, 28 septembre 2011⁶⁹⁷), les juges font une juste application de l'article L. 1134-2 pour rappeler qu'« *une demande d'indemnité pour discrimination à l'embauche ne peut constituer un*

⁶⁹¹ RG n° 09/06400.

⁶⁹² RG n° 08/02834.

⁶⁹³ RG n° n° 10/02060.

⁶⁹⁴ RG n° 08/02785.

⁶⁹⁵ RG n° n° 09/00491.

⁶⁹⁶ RG n° 08/00438.

⁶⁹⁷ RG n° 09/03894.

motif de licenciement qui est nul et de nul effet ».

ab.- S'agissant de la discrimination liée à l'état de santé ou au handicap

452.- S'agissant cette fois de la discrimination en lien avec l'état de santé ou le handicap, de nombreux arrêts (CA Riom, 5 mai 2009⁶⁹⁸; CA Pau, 6 déc. 2010⁶⁹⁹; CA Pau, 27 sept. 2009⁷⁰⁰; CA Paris, 15 déc. 2009⁷⁰¹; CA Orléans, 23 juin 2011⁷⁰²; CA Orléans, 15 nov. 2011⁷⁰³) retiennent que le licenciement prononcé à l'égard du salarié résulte de la prise en compte discriminatoire de leur état de santé ou de leur handicap. Les juges se réfèrent à l'article L. 1132-1 du Code du travail et indiquent que la rupture intervenue en raison d'une méconnaissance des dispositions de cet article est nulle en application de l'article L. 1132-4 du Code du travail.

ac.- S'agissant de la discrimination sexuelle

453.- S'agissant encore de la discrimination en raison du sexe, tout licenciement fondé sur ce motif est discriminatoire et nul, en application de l'article L. 1132-4 du Code du travail. De plus, par application de l'article L. 1134-4 du Code du travail, est nul et de nul effet le licenciement d'un salarié suite à une action en justice engagée par ce salarié ou en sa faveur sur la base des dispositions relatives aux discriminations ou à l'égalité professionnelle, lorsqu'il est établi que le licenciement n'a pas de cause réelle et sérieuse et résulte de cette action en justice. L'article L. 1142-1 du Code du travail prohibe également dans la relation salariale toute discrimination fondée sur le sexe et la situation de famille, et plus précisément la prise en considération du sexe ou de la situation de famille pour mettre fin à la relation salariale.

⁶⁹⁸ RG n° 08/01804.

⁶⁹⁹ RG n° 10/00104.

⁷⁰⁰ RG n° 09-00021.

⁷⁰¹ RG n° 08/08437.

⁷⁰² RG n° 10/03798.

⁷⁰³ RG n° 10/01990.

Cette qualification ne pose pas de réelle difficulté pour les juges du fond. Pour exemple, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt en date du 11 mars 2010 rappelle les dispositions de l'article L. 1134-4 et le principe de nullité du licenciement faisant suite à une action en justice engagée par ce salarié ou en sa faveur, sur le fondement du principe de non-discrimination⁷⁰⁴.

b.- Des solutions parfois contestables

ba.- La confusion fréquente entre nullité et absence de cause réelle et sérieuse de licenciement

454.- Une confusion du vocabulaire utilisé doit être soulignée et regrettée dans certains arrêts. Outre la confusion regrettable dans certains jugements de première instance, des arrêts de Cour d'appel l'entretiennent malencontreusement.

455.- Par exemple, s'agissant du contentieux relatif à la grossesse, la Cour d'appel de Douai estime que le refus par une salariée de sa nouvelle affectation, suite à l'annonce de sa grossesse à l'employeur, ne constitue pas une faute grave. De cette sorte, « *le licenciement intervenu alors que la salariée se trouvait en état de grossesse doit être déclaré nul* ». Immédiatement, elle affirme toutefois que la salariée peut prétendre à « *des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse* » (CA Douai, 31 octobre 2008⁷⁰⁵). Dans le même ordre d'idée, la Cour d'appel d'Orléans (CA Orléans, 29 janvier 2009⁷⁰⁶), dans les motifs de l'arrêt, évoque successivement « 3/ sur les conséquences de la cause réelle et sérieuse du licenciement » et « 4/sur les conséquences de la nullité du licenciement ».

⁷⁰⁴ RG n° 08/08089.

⁷⁰⁵ RG n° 08/00444.

⁷⁰⁶ RG n° 08/02834.

456.- La même confusion se retrouve dans les arrêts relatifs à la prise en compte de l'état de santé ou du handicap. Ces arrêts questionnent d'ailleurs quant aux raisons de cette confusion juridique. Par exemple, un arrêt de la cour d'appel de Douai du 28 janvier 2011 condamne l'employeur pour discrimination⁷⁰⁷. La cour considère alors « *que l'état de santé du salarié a effectivement été pris en compte dans les décisions concernant monsieur X et notamment dans la décision de licencier et ce en méconnaissance des dispositions de l'article L. 122-45 (devenu L. 1132-1) du Code du travail* » et que « *dès lors, il y a lieu de faire droit à la demande tendant à faire constater que son licenciement est sans cause réelle et sérieuse* ». Cet arrêt surprend car il résulte des textes que la sanction de la discrimination est la nullité. Ce choix est-il dû à la crainte de ne pas pouvoir octroyer un maximum d'indemnités ? Cette crainte est pourtant infondée. En l'espèce, il ne résulte pas des termes de l'arrêt que le salarié ait sollicité sa réintégration. En tous les cas, la cour d'appel de Douai lui octroie une indemnité compensatrice de préavis, une indemnité compensatrice de congés payés sur préavis, une indemnité conventionnelle de licenciement. En effet, la cour ajoute qu'« *en application des dispositions de l'article L. 122-14-4 (devenu L. 1235-3) du Code du travail* » (cet article concernant le licenciement sans cause réelle et sérieuse) », le salarié « *qui comptait une ancienneté supérieure à deux ans dans l'entreprise et dont le licenciement prononcé par un employeur occupant habituellement plus de dix salariés est sans cause réelle et sérieuse peut prétendre à une indemnité tenant compte du préjudice subi qui ne peut être inférieure aux salaires bruts des six derniers mois, soit 8091,36 euros* ». Par ailleurs, la cour lui octroie 12.000 euros à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice consécutif à la rupture de son contrat de travail notamment parce qu'il n'a toujours pas retrouvé d'emploi notamment en raison de sa situation de travailleur handicapé, (né le 30 avril 1970) et en raison de son ancienneté.

⁷⁰⁷ RG n° 10/00096.

bb. La mobilisation inutile de plusieurs fondements

457.- Dans le contentieux relatif à la discrimination relative à l'état de grossesse, certains arrêts étonnent en ce qu'ils mobilisent, pour justifier la nullité du licenciement, l'article L. 1132-4 du Code du travail mais également les dispositions relatives au régime protecteur (CA Bordeaux, 21 janvier 2010⁷⁰⁸). L'intérêt de mobiliser les deux fondements peut paraître douteux.

Pareillement, dans le contentieux sur l'état de santé et le handicap, par un arrêt du 20 octobre 2011⁷⁰⁹, la cour d'appel de Bordeaux énonce que le licenciement est discriminatoire mais on ne sait pas réellement sur la base de quel texte, cette sanction est appliquée, l'article L. 5213-6 ou l'article L. 1132-1 du Code du travail. La cour d'appel ne le précise ni à l'issue de sa motivation ni dans le dispositif.

bc. L'affirmation de la nullité sans référence aux textes

458.- Un arrêt rendu par la cour d'appel de Versailles le 16 nov. 2011 en matière de discrimination relative à l'état de santé (CA Versailles, 16 nov. 2011⁷¹⁰) a retenu qu'est nul le licenciement opéré sans avis d'inaptitude constaté par le médecin du travail. Si cet arrêt mentionne bien le principe de non-discrimination (article L. 1132-1, *C. trav.*), l'article posant la sanction de la violation dudit principe (article L. 1132-4, *C. trav.*) n'est pas visé.

⁷⁰⁸ RG n° 09/2917.

⁷⁰⁹ RG n° 10/03585.

⁷¹⁰ RG n° 09/03855.

bd. Une confusion parfois regrettable des textes visés

459.- Un arrêt de la cour d'Aix en Provence du 10 février 2009 (arrêt n° 104) est particulièrement révélateur de cette difficulté⁷¹¹. En cette espèce, les juges énoncent qu'en application des dispositions de l'ancien article L. 122-45 du Code du travail, les éléments de fait laissent supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte de la part de la SAS, de sorte qu'est prononcée la nullité du licenciement. La Cour d'appel octroie au salarié : 8.000 euros pour licenciement nul et 1.200 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile. Elle ajoute que, dans ces conditions, en l'état des dispositions de l'ancien article L. 122-45-2, devenu l'article L. 1134-4, du Code du travail, le licenciement dont s'agit doit être déclaré nul. Il semble légitime de s'interroger sur l'utilisation comme fondement de la nullité de l'article L. 1134-4. En effet, il résulte de sa lettre que le licenciement « est nul et de nul effet » lorsqu'il fait « suite à une action en justice engagée par ce salarié...sur le fondement des dispositions du chapitre II » intitulé « Principe de non-discrimination ». Or, le fondement de la nullité du licenciement n'est-elle pas la nullité prévue à l'article L. 1132-4 du Code du travail ? Le salarié ne sollicitant pas la poursuite de contrat de travail et, par voie de conséquence, sa réintégration, il lui sera alloué, en l'absence de justification d'un préjudice supplémentaire, une indemnité qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois, soit en l'espèce la somme de 8.000 euros.

c.- Le rejet légitime de la nullité en cas d'erreur de l'employeur, en l'absence de toute intention malicieuse.

460.- Une difficulté peut se présenter lorsque l'employeur commet, en l'absence de toute intention malicieuse, une erreur. La Cour d'appel d'Amiens a ainsi décidé le 27 janvier 2010 que si la décision de l'employeur est fondée sur une interprétation erronée des textes en vigueur, le licenciement n'encourt pas la nullité mais est simplement dépourvu

⁷¹¹ RG n° 07/10939.

de cause réelle et sérieuse⁷¹². Dans une autre affaire tranchée par la Cour d'appel de Versailles le 27 octobre 2010, l'employeur a commis une erreur sur l'âge du salarié : il l'a enregistré comme étant né le 1^{er} janvier 1943 alors que sa date de naissance est le 31 décembre 1943. En conséquence, il a souhaité rétracter la mise à la retraite du salarié et le conserver au sein de son entreprise. Mais le travailleur refuse cette proposition et considère que sa mise à la retraite est « *une mesure discriminatoire liée à son âge et à son état physique qui ne lui permettaient pas d'assumer des surcharges de travail et des cadences infernales imposées aux salariés du nettoyage* ».

La Cour d'appel relève que le seul élément de fait précis évoqué par le salarié permettant de supposer l'existence d'une discrimination est sa mise à la retraite de façon anticipée. L'employeur a en réalité commis une simple erreur administrative de gestion et il a souhaité réparer l'erreur commise et rétracter la mesure illicite. En conséquence, la mise à la retraite doit s'analyser en un licenciement sans cause réelle et sérieuse et pas nul en l'absence de toute mesure discriminatoire⁷¹³. Cette décision appelle deux observations.

En premier lieu, il apparaît que l'employeur ne peut pas revenir unilatéralement sur la mise à la retraite de son salarié. Cette solution qui s'applique également au licenciement, est parfaitement justifiée car on se trouve en présence d'un acte unilatéral qui produit des effets bilatéraux. En mettant fin au contrat par sa seule initiative, l'une des parties éteint non seulement les droits qui en résultaient pour elle, mais aussi ceux dont bénéficiait son cocontractant. Si l'employeur souhaite restaurer la relation de travail, il lui faut donc s'entendre avec le salarié pour considérer la résiliation comme nulle.

En second lieu, l'arrêt d'appel permet de rappeler que pour retenir la discrimination directe, il faut caractériser l'intention de traiter, pour un motif prohibé, un salarié de manière moins favorable qu'un autre ne l'est ou ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable. Tel n'est pas le cas en l'espèce puisque c'est une erreur administrative qui est à l'origine de la décision injustifiée de l'employeur, il n'avait pas

⁷¹² CA Amiens, 27 janv. 2010, David c/ Cegelec, inédit.

⁷¹³ CA Versailles, 27 oct. 2010, n° 10/00254.

l'intention d'opérer une discrimination. Au contraire, s'agissant de la discrimination indirecte, l'intention de l'auteur est indifférente, seul compte le résultat.

2.- La rupture de période d'essai

461.- Le contentieux de la rupture de la période d'essai en raison d'un motif discriminatoire est abondant. Il en est ainsi par exemple lorsqu'elle est en lien avec la situation de grossesse. Si l'article L. 1132-1 du Code du travail affirme l'impossibilité, par principe, de licencier une salariée en raison de son état de grossesse, la Cour de cassation a déjà pu rappeler que la protection de l'article L. 1132-1 s'applique également à la période d'essai⁷¹⁴. Autrement dit, une rupture de période d'essai ne saurait être justifiée par l'état de grossesse de la salariée.

Les dispositions de l'article L. 1225-5 du Code du travail, qui protègent la femme enceinte contre le licenciement, ne sont toutefois pas applicables pendant la période d'essai⁷¹⁵. Cela signifie que pendant la période d'essai, l'employeur peut rompre le contrat de travail d'une femme enceinte sans avoir à justifier d'une faute grave non liée à l'état de grossesse ou de l'impossibilité de maintenir le contrat pour un motif étranger à la grossesse.

462.- Cependant, cela ne saurait signifier que la salariée ne bénéficie d'aucune protection. La loi interdit expressément à l'employeur de prendre en considération l'état de grossesse d'une salariée pour mettre fin à sa période d'essai⁷¹⁶. Dans le cas où la salariée relève que c'est sa grossesse qui est à l'origine de la décision d'interrompre l'essai, l'employeur devra communiquer au juge tous les éléments qui ont motivé sa décision. Si un doute subsiste, il profitera à la salariée⁷¹⁷.

463.- S'agissant de la rupture de la période d'essai, la Cour d'appel de Paris a eu à en

⁷¹⁴ Cass. soc., 16 févr. 2005, n° 02-43.402.

⁷¹⁵ Cass. soc., 2 févr. 1983, n° 79-41.754, *Bull. civ. V*, n° 74 ; Cass. soc., 8 nov. 1983, n° 81-41.785, *Bull. civ. V*, n° 546 ; Cass. soc., 21 déc. 2006, n° 05-44.806, *Bull. civ. V*, n° 415.

⁷¹⁶ Art. L. 1225-1, *C. trav.*

⁷¹⁷ Art. L. 1225-3, *C. trav.*

traiter, et la juge discriminatoire par application de l'article L. 1132-1 du Code du travail dans un arrêt en date du 23 juin 2011 (CA Paris, 23 juin 2011⁷¹⁸). Au regard des éléments de fait, la Cour d'appel conclut à la « nullité » de la rupture de la période d'essai. Cet arrêt opère d'ailleurs une distinction entre « rupture abusive » de la période d'essai et « rupture nulle » du fait d'un comportement discriminatoire.

Au-delà, la règle selon laquelle le régime protecteur n'est pas applicable pendant la période d'essai est rappelée par certaines juridictions qui affirment que « la rupture de la période d'essai liée à l'état de grossesse est une décision discriminatoire prohibée par l'article L. 1132-1 du code du travail encourant la nullité » (CA Nancy, 26 novembre 2010⁷¹⁹).

Certains employeurs invoquent une rupture de période d'essai pour se prévaloir d'une rupture ne nécessitant pas de respecter le régime légal protecteur. Toutefois, des demandes de requalification de CDD antérieurs en CDI permettent d'aboutir à considérer que la rupture est un licenciement discriminatoire (CA Bordeaux, 20 septembre 2011⁷²⁰).

Parfois, l'article L. 1225-1 du Code du travail est mobilisé pour vérifier la licéité de la rupture d'une période d'essai alors que la salariée avait informé son employeur de son état de grossesse. La rupture de la période d'essai est alors « entachée de nullité » (CA Rennes, 10 juin 2012⁷²¹). Cette nullité de la rupture est évoquée dans d'autres espèces (CA Rennes, 23 février 2010⁷²²). L'utilisation du terme « nullité » en ce cas est douteuse et entretient la confusion avec la nullité de la rupture d'une période d'essai admise sur le fondement de l'article L. 1132-1 du Code du travail. Au-delà, le bon usage du terme « nullité » est parfois délicat s'agissant de la rupture de la période d'essai. Si la Cour de cassation évoque la nullité par application de l'article L. 1132-1 du Code du travail, tel n'est pas le cas par application du régime protecteur. Les juges du fond ne s'embarrassent toutefois pas de cette nuance.

⁷¹⁸ RG n° 09/09709.

⁷¹⁹ RG n° 10/00412.

⁷²⁰ RG n° 10/02060.

⁷²¹ RG n° 09/04729.

⁷²² RG n° 08/05553.

3.- La mise à la retraite du salarié

464.- La question de la mise à la retraite d'un salarié n'est pas sans questionner les juges. Il en est ainsi par exemple dans le cadre du contentieux lié à l'âge du salarié. La question de la nature de la sanction est alors posée. Plus précisément, dans l'hypothèse où l'employeur s'appuie uniquement sur l'âge du salarié pour rompre le contrat de travail, le licenciement est-il simplement sans cause réelle et sérieuse ou nul ? Pendant longtemps, la Cour de cassation a considéré que l'employeur qui invoquait comme seule cause de rupture du contrat de travail l'âge du salarié à un moment où celui-ci ne peut bénéficier d'une pension de retraite à taux plein, procède à un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Au contraire, depuis un arrêt du 21 décembre 2006, elle requalifie dans ce cas la mise à la retraite en licenciement nul⁷²³. Cette analyse est également partagée par les Cours d'appel. Ainsi, lorsque qu'un employeur met à la retraite un salarié avant l'âge de 60 ans au motif qu'il pouvait bénéficier d'une pension de retraite à taux plein, la rupture doit être requalifiée en licenciement illicite⁷²⁴.

465.- Les conventions collectives contiennent parfois des dispositions relatives à la mise à la retraite. On peut trouver en particulier des clauses dites « souples » qui fixent un âge normal de la retraite, mais l'arrivée du salarié à l'âge indiqué n'entraîne pas la rupture automatique du contrat de travail. L'employeur ou le salarié doivent prendre l'initiative de la rupture sinon le contrat de travail se poursuit au-delà de l'âge fixé par la convention collective. La loi du 30 juillet 1987 a validé ce procédé dès lors qu'il y a respect des exigences légales (article L. 1237-4, alinéa 1, *C. trav.*). Au contraire, la loi a interdit les clauses dites « guillotine » ou « couperet » qui prévoyaient une cessation « automatique » ou de « plein droit » des relations contractuelles le jour où le salarié atteignait l'âge fixé avec précision par la clause. Selon l'article L. 1237-4, alinéa 2 du Code du travail, « sont nulles toutes stipulations d'une convention ou d'un accord collectif de travail et d'un contrat de travail prévoyant une rupture de plein droit du contrat de travail d'un salarié en raison de son âge ou du fait qu'il serait en droit de bénéficier d'une pension de vieillesse ». Doit ainsi être annulée la clause d'un accord

⁷²³ Cass. soc., 21 déc. 2006, *JCP S* 2007, 1244, note B. Bossu.

⁷²⁴ CA Besançon, 31 déc. 2008, Herman c/ SARL Est auto.

collectif d'entreprise fixant à 39 ans l'âge limite d'emploi des danseurs de ballet⁷²⁵. Cette nullité ayant été édictée dans un souci de protection du salarié, l'employeur est irrecevable à s'en prévaloir⁷²⁶.

466.- En interdisant totalement les clauses « couperet » ou « guillotine », le droit français fait preuve d'une rigueur plus grande que la CJUE. Elle a ainsi admis que n'est pas contraire au principe de non-discrimination en raison de l'âge, la clause d'une convention collective espagnole prévoyant la mise à la retraite des salariés ayant atteint l'âge de 65 ans⁷²⁷. Dans un autre arrêt en date du 12 octobre 2010, LA CJUE a validé une disposition allemande autorisant des clauses de cessation automatique des contrats de travail lorsque le salarié a atteint l'âge d'admission à la retraite, aux motifs qu'il s'agit « d'un usage répandu » dans de nombreux Etats membres et qu'il revient à ceux-ci de choisir d'allonger ou non la durée de la vie active des travailleurs⁷²⁸. Mais peut-on réellement considérer qu'un dispositif discriminatoire devient légitime par le seul fait de son admission par de nombreux Etats ?⁷²⁹

467.- La mise à la retraite peut aussi s'analyser en un licenciement discriminatoire en raison de l'âge lorsque l'employeur ne respecte pas les exigences prévues par les conventions collectives. Ainsi, lorsque l'accord de branche met en place une procédure de mise à la retraite imposant à l'employeur d'adresser au salarié une lettre recommandée avec accusé de réception avec l'indication que celui-ci a la possibilité de refuser la décision de l'employeur, la rupture du contrat en l'absence d'accord du salarié constitue une mesure discriminatoire sanctionnée par la nullité⁷³⁰.

⁷²⁵ Cass. soc., 6 déc. 1995, *Dr. soc.* 1996, p. 359, note J. Savatier.

⁷²⁶ Cass. Ass. Plén., 6 nov. 1998, *Dr. soc.* 1999, p. 94, note J. Savatier.

⁷²⁷ CJUE, 16 oct. 2007, Palacios de la Villa, aff. C-411/05, *Rec. CJCE* I, p. 853, *JCP S* 2008, 1152, note J. Cavallini.

⁷²⁸ CJUE, 12 oct. 2010, Rosenblatt, aff. C-45/09.

⁷²⁹ Meyer (Fr.), « La discrimination en fonction de l'âge en droit communautaire : aperçu de la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne », *Dr. ouvr.* 2011, p. 350.

⁷³⁰ CA Reims, 3 mars 2010, Association d'aide aux infirmes moteurs cérébraux c/ M^{me} Gagnaire, Inédit.

4.- La rupture ou le non renouvellement de CDD

468.- Quelle est la qualification de la sanction de la rupture anticipée d'un CDD ou du non renouvellement de CDD ? Telle est une autre question qui mérite d'être mise en exergue.

a. S'agissant de la discrimination liée à l'état de santé ou au handicap

469.- La question se pose notamment dans le contentieux relatif aux discriminations en raison de l'état de santé ou du handicap. Un arrêt rendu par la Cour d'appel de Nîmes le 7 septembre 2010 retient particulièrement l'attention⁷³¹. En l'espèce, un salarié, reconnu travailleur handicapé avec un taux de 40 %, a été engagé par une commune à compter du 1^{er} décembre 2002 en qualité d'agent d'entretien dans le cadre d'un contrat emploi-consolidé de un an renouvelable. Ce contrat a été renouvelé à deux reprises pour parvenir à son terme le 30 novembre 2005. Le salarié soutient que la décision de ne pas renouveler son contrat procède d'une discrimination liée à son handicap. Le 23 janvier 2007, le conseil des prud'hommes de Nîmes accède à la demande du salarié. La commune interjette appel de ce jugement. Elle soutient d'abord qu'elle a procédé à l'embauche du salarié alors qu'elle connaissait son taux de handicap. Par conséquent, il ne peut lui être reproché de ne pas avoir renouvelé le contrat du salarié en raison d'une discrimination fondée sur le handicap.

Elle indique ensuite qu'il ne peut y avoir discrimination en raison de l'arrivée à échéance d'un contrat à durée déterminée. Le salarié n'apporte aucun élément de fait permettant de laisser supposer l'existence de cette discrimination, tout salarié placé dans la même situation aurait connu un traitement similaire. Elle souligne enfin que la décision de ne pas renouveler le contrat relève de l'opportunité de l'employeur, il ne peut y avoir en l'espèce de rupture abusive, la relation de travail prenant fin par la survenance du terme.

⁷³¹ RG n° 09/01817.

Si les textes permettaient le renouvellement des contrats emploi-consolidé, le salarié ne présentait aucun droit au renouvellement de son contrat dans les limites maximales fixées par les textes. De son côté le salarié estime que son contrat aurait dû être renouvelé à cinq reprises pour une durée totale de 60 mois. S'appuyant sur le compte-rendu du procès-verbal de réunion du conseil municipal, il estime que la décision de la commune de ne pas le renouveler après le 30 novembre 2005 repose sur des considérations liées à son état de santé. Il considère par conséquent avoir fait l'objet d'un licenciement nul, il aurait dû être réintégré d'autant que son taux d'incapacité a été maintenu à 40 % et que le médecin du travail l'a reconnu apte à reprendre son emploi.

470.- Au visa de l'article L. 1132-1 du Code du travail, la cour d'appel de Nîmes relève dans son arrêt du 7 septembre 2010 qu'il résulte du procès-verbal de la réunion du conseil municipal de la commune du 10 novembre 2005 que le contrat emploi-consolidé du salarié n'a pas été renouvelé aux motifs que « *le taux d'incapacité [du salarié] passe de 40 à 50 %, le Maire attire l'attention des élus que des restrictions médicales seront importantes à l'avenir...* ». Par conséquent, la cour d'appel affirme que c'est uniquement en considération de son handicap que le conseil municipal a décidé de ne pas renouveler le contrat emploi-consolidé du salarié. Une telle mesure est donc parfaitement discriminatoire au sens de l'article L. 1132-1 du Code du travail. En revanche, la cour n'accède pas à la demande incidente de l'intimé : le non renouvellement de son contrat ne peut pas s'analyser comme un licenciement nul lui permettant d'exiger sa réintégration.

471.- Cet arrêt de confirmation mérite l'entière approbation, notamment du point de vue des conséquences juridiques de la qualification. La cour d'appel estime à juste titre que le contrat de travail a pris fin par la survenance d'un terme convenu à l'avance. Ainsi le refus de renouvellement du salarié ne peut constituer une rupture du contrat de travail. Les juges indiquent que contrairement à ses affirmations, le salarié ne présentait aucun droit à voir son contrat renouvelé dans la limite maximale fixée par les textes. Cette décision est logique : considérer que le non renouvellement d'un contrat s'analyse en une rupture reviendrait à forcer un employeur à embaucher un salarié. Or une telle sanction

en nature est exclue⁷³². Par conséquent, en cas de non renouvellement discriminatoire du contrat de travail, la sanction applicable est la même que celle applicable lorsqu'un employeur refuse d'embaucher un candidat pour un motif discriminatoire.

b. S'agissant de la discrimination liée à la grossesse

472.- En matière de grossesse, il est admis que la protection contre la rupture du contrat de travail est applicable aux femmes en état de grossesse liées par un contrat à durée déterminée, sans faire obstacle à l'échéance du contrat à l'arrivée du terme⁷³³. De même, le non-renouvellement d'un CDD arrivé à son terme est aussi condamné lorsqu'il est fondé sur l'état de grossesse de la salariée. Il est susceptible de s'analyser comme un refus d'embauche. La rupture anticipée d'un CDD en raison de l'état de grossesse est sanctionnée par la nullité.

473.- De telles situations de rupture anticipée ou de non renouvellement sont rares à la lecture des arrêts, en ce que, bien souvent, une demande de requalification est opérée par la salariée. Le débat porte alors sur l'existence ou non d'une rupture discriminatoire d'un CDI. Une situation de non renouvellement de CDD suite à l'information donnée par une salariée de son état de grossesse peut être relevée dans un arrêt de la Cour d'appel de Douai en date du 28 novembre 2008 (CA Douai, 28 novembre 2008⁷³⁴). En l'espèce, suite à deux CDD de 4 mois, le contrat de travail d'une salariée n'était pas renouvelé à échéance. C'est toutefois sur le terrain de la validité du licenciement que la Cour de cassation se prononce, en ce qu'une requalification en CDI est intervenue faute de motif de recours au CDD. Il en est de même d'une salariée qui était en congé maternité jusqu'au terme de son CDD, mais obtient la requalification de son contrat en CDI (CA Paris, 9 septembre 2010⁷³⁵).

⁷³² Bossu, (B.). « Droits de l'homme et pouvoirs du chef d'entreprise : vers un nouvel équilibre », *Dr. soc.* 1994, p. 755.

⁷³³ Art. L. 1225-6, *C. trav.* - Cass. soc., 10 nov. 1993, n° 89-45.472, *Bull. civ.* V, n° 261.

⁷³⁴ RG n° 08/00438.

⁷³⁵ RG n° 08/10552.

474.- La question de la rupture du CDD pour des circonstances liées à la grossesse de la salariée est tout de même envisagée de manière directe dans certains arrêts. La nullité de ladite rupture est rappelée dans une situation où l'employeur ne pouvait justifier d'une faute grave de l'intéressée ou de l'impossibilité pour un motif étranger à la grossesse de maintenir le contrat de travail de la salariée (CA Nîmes, 7 décembre 2010⁷³⁶).

475.- Des maladresses de rédaction doivent être soulignées. Il en est ainsi d'un arrêt par lequel les juges soulignent que « s'il est certain que l'état de grossesse de la salariée reste dénué d'incidence sur le cours de son CDD, prenant fin par l'échéance de son terme convenu, il n'en va toutefois plus de même en cas, comme en l'espèce, de requalification de ce CDD en CDI. Qu'en effet, en pareille hypothèse, le régime légal de protection de la femme enceinte a assurément vocation à régir la rupture de ce CDI » (CA Paris, 9 septembre 2010⁷³⁷). Cette affirmation laisserait-elle à penser que le statut protecteur ne trouverait pas, a contrario, à s'appliquer en présence d'un CDD ? Le doute est permis sur la nature du message ainsi transmis par les juges.

5.- La prise d'acte de la rupture du contrat

476.- La prise d'acte de la rupture du contrat de travail fait l'objet d'arrêts nombreux, mais surtout d'une appréciation critiquable des juges.

Rappelons que lorsqu'un salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur, cette rupture produit les effets soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient, soit, dans le cas contraire, d'une démission⁷³⁸. Dès lors que les manquements reprochés à l'employeur entraînent la nullité du licenciement, le régime de la prise d'acte est logiquement adapté. Il en est ainsi si les griefs invoqués par le salarié caractérisent une discrimination⁷³⁹.

⁷³⁶ RG n° 10/02280.

⁷³⁷ RG n° 08/10552.

⁷³⁸ Cass. soc., 25 juin 2003, n° 01-42.335 : *JurisData* n° 2003-019644 ; Cass. soc., 25 juin 2003, n° 01-42.679, *JurisData* n° 2003-019645 ; Cass. soc., 25 juin 2003, n° 01-43.578 : *JurisData* n° 2003-019647.

⁷³⁹ Cass. soc., 12 déc. 2012, n° 10-28.166 : *JurisData* n° 2012-029487.

477.- L'existence d'une prise d'acte est au cœur des arrêts relatifs à l'état de grossesse d'une salariée, et notamment d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Pau, en date du 31 mai 2010 (CA Pau, 31 mai 2010⁷⁴⁰). En l'espèce, une salariée avait pris acte de la rupture de son contrat de travail aux torts de l'employeur en alléguant qu'elle n'avait pas été réintégrée à son retour de congé maternité dans son poste de notaire assistante. S'appuyant sur l'article L. 1132-1 du Code du travail, la salariée soutient que la prise d'acte de la rupture doit produire les effets d'un licenciement nul. Ceci est rejeté par la Cour d'appel qui considère que « la nullité sanctionne des licenciements prohibés, ce qui donne droit à la salariée à sa réintégration dans son emploi ou dans un emploi équivalent. La prise d'acte de la rupture par un salarié, ne se situe pas dans le contexte d'un licenciement prohibé. Elle ne peut que produire les effets d'un licenciement sans cause réelle ou sérieuse ou d'une démission ». Une erreur de qualification semble devoir être relevée.

478.- La même erreur de qualification peut être relevée dans le contentieux relatif à la discrimination sexuelle. Dans un arrêt en date du 26 octobre 2007⁷⁴¹, la Cour d'appel de Douai considère, en présence d'éléments de nature à démontrer l'existence d'une discrimination, que la prise d'acte de la rupture du contrat de travail doit être déclarée imputable à l'employeur et équivaut à un licenciement nul compte tenu de la qualité de salariée protégée de la salariée. L'arrêt ne précise toutefois pas si les faits de discrimination ainsi établis étaient de nature à justifier la nullité. Dans un arrêt du 15 mars 2011, la Cour d'appel de Rennes⁷⁴² considère que la prise d'acte justifiée par une discrimination produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Il en est de même dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Toulouse le 6 juillet 2011⁷⁴³. La Cour considère alors qu'en présence d'une discrimination, « la prise d'acte suffit à justifier de lui imputer la responsabilité de la rupture, laquelle a les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse ». Ces deux arrêts démontrent toute la difficulté qui persiste pour les juges du fond en matière de prise d'acte.

⁷⁴⁰ RG n° 08/01714.

⁷⁴¹ RG n° 05/02867.

⁷⁴² RG n° 09/05255.

⁷⁴³ RG n° 10/01601.

479.- Egalement, la question de la qualification de la sanction se pose dans le contentieux relatif à l'état de santé. Ainsi, par un arrêt du 14 septembre 2011, la cour d'appel de Versailles (CA Versailles, 14 septembre 2011⁷⁴⁴) considère que la requalification en prise d'acte de la démission d'une salariée en raison des agissements discriminatoires de son employeur, devait produire les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. L'arrêt rendu le 15 décembre 2009 par la cour d'appel de Paris (CA Paris, 15 déc. 2009⁷⁴⁵) retient toutefois la nullité.

480.- Dans certains cas, les juges opèrent une requalification d'une démission en prise d'acte. La même confusion terminologique, et surtout juridique, doit toutefois être relevée. Il en est ainsi dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Versailles le 14 septembre 2011. En l'occurrence, les juges accèdent à la demande de la salariée tendant à ce que sa démission soit requalifiée en prise d'acte. Ainsi que nous l'avons précédemment souligné (CA Versailles, 14 sept.2011⁷⁴⁶), ne procède pas d'une volonté claire et non équivoque la démission donnée par une coiffeuse en raison des pressions exercées à son encontre par son employeur. La motivation des juges dans cet arrêt est conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation. La cour d'appel indique en effet que *« lorsque le salarié sans invoquer un vice du consentement de nature à entraîner l'annulation de sa démission, remet en cause celle-ci en raison de faits ou manquements imputables à son employeur, le juge doit, s'il résulte de circonstances antérieures ou contemporaines de la démission qu'à la date à laquelle elle a été donnée, celle-ci était équivoque, l'analyser en une prise d'acte de la rupture qui produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient ou dans le cas contraire, d'une démission »*⁷⁴⁷. Toutefois, la cour d'appel de Versailles considère que cette prise d'acte doit produire les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Or, cette analyse nous semble discutable car, en application de l'article L. 1132-4 du Code du travail, la prise d'acte justifiée sur un motif discriminatoire devrait en toute logique produire les effets d'un licenciement nul.

⁷⁴⁴ RG n° 10/01145.

⁷⁴⁵ RG n° 08/08437.

⁷⁴⁶ RG n° 10/01145.

⁷⁴⁷ Dans le même sens, Cass. soc., 9 mai 2007, *Bull. civ.* 2007, V, n° 70 ; Cass. soc., 17 nov. 2010, n° 08-45.647, *Bull. civ.* V, n° 264.

481.- Notons cependant que cette confusion dans la qualification juridique adéquate de la sanction n'est pas commune à tous les motifs discriminatoires. Ainsi, s'agissant d'une discrimination en raison de l'origine du salarié, la Cour d'appel saisie fait logiquement produire à la prise d'acte, qu'elle considère comme la conséquence du harcèlement et de la discrimination qualifiés, les effets d'un licenciement nul en application des dispositions des articles L1132-4 et L1152-3 du Code du travail (CA Versailles le 28 octobre 2010⁷⁴⁸).

6.- La résiliation judiciaire du contrat de travail

482.- Il est aujourd'hui acquis qu'en présence d'un manquement d'une certaine gravité de l'employeur à ses obligations contractuelles, le salarié peut solliciter la résiliation judiciaire de son contrat de travail. Tel est notamment le cas en matière de discrimination⁷⁴⁹. En ce cas, la résiliation judiciaire du contrat de travail, tout comme d'ailleurs la prise d'acte, produit les effets d'un licenciement nul⁷⁵⁰.

Les juges du fond, dans un arrêt du 15 décembre 2009, appliquent strictement cette règle et tirent avec justesse les conséquences de la caractérisation de ces discriminations : la résiliation judiciaire, jugée fondée et justifiée par des faits de discriminations doit, en application de l'article L. 1132-4 du Code du travail, produire les effets d'un licenciement nul⁷⁵¹.

⁷⁴⁸ RG n° 09/02217.

⁷⁴⁹ Cass. soc., 23 mai 2013, n° 12-12.995.

⁷⁵⁰ Cass. soc. 4 mars 2009, *Bull. civ.* V, n° 58 ; 20 févr. 2013, n° 11-26.560, Dalloz actualité, 12 mars 2013, obs. B. Ines ; JCP S 2013. 1250, note C. Leborgne-Ingelaere.

⁷⁵¹ CA Paris, 15 décembre 2009, RG n° 08/08437.

PARAGRAPHE 2.- LA FORME DE LA SANCTION

483.- L'existence d'une discrimination entraîne, par principe et sous réserve d'une correcte application et interprétation des textes par les juges, la nullité de la mesure. La sanction en découlant prend alors plusieurs formes. Le principe directeur sous-jacent est celui de la réparation intégrale. La Cour de cassation l'affirme, « *la réparation intégrale d'un dommage oblige à placer celui qui l'a subi dans la situation où il se serait trouvé si le comportement dommageable n'avait pas eu lieu* » ; dès lors, le juge peut ordonner « *le reclassement d'un salarié victime d'une discrimination prohibée*⁷⁵² ». L'acte discriminatoire doit donc être privé de tout effet.

484.- La réparation du dommage suite à l'annulation de la mesure se conçoit pour le passé mais également pour l'avenir. Pour le passé, la discrimination appelle le versement de dommages et intérêts pour le manque à gagner du salarié. Premièrement, une reconstitution de la carrière du salarié victime pourra être ordonnée⁷⁵³, en tenant compte de l'avancement et des promotions auxquels il aurait pu prétendre pour fixer la position du salarié au coefficient ou au niveau conventionnel correspondant. Deuxièmement, peut être ordonné un versement de rappel de salaire et des accessoires⁷⁵⁴. Il est également nécessaire faire cesser le dommage pour l'avenir.

L'étude de la forme de la sanction s'effectue tant au niveau de l'embauche, que de l'exécution du contrat de travail ou de la rupture du contrat de travail.

A.- La situation particulière du refus d'embauche

485.- Par application des dispositions des articles L. 1131-2 et suivants du Code du travail, la nullité emporte remise en l'état de la situation. Toutefois, cette remise en état ne saurait intervenir en cas de refus d'embauche fondé sur un motif discriminatoire.

⁷⁵² Cass. soc., 23 nov. 2005, n° 03-40.826, *Bull. civ.* V, n° 332, à propos d'un salarié victime d'une discrimination dans son évolution de carrière.

⁷⁵³ Cass. soc., 28 sept. 2011, n° 10-14.662, inédit.

⁷⁵⁴ Cass. soc., 17 nov. 2011, n° 10-21.476, inédit.

L'article L. 1132-4 n'exclut pas cette hypothèse. Cependant, les juges considèrent logiquement que la procédure d'embauche ne sera pas annulée tant il apparaît improbable d'annuler l'embauche du candidat effectivement recruté. Au-delà, la liberté pour l'employeur de choisir ses collaborateurs doit être protégée.

486.- L'étude des arrêts soumis à analyse ne relève, il est vrai, quasiment aucun arrêt relatif à une situation de discrimination à ce stade. La question a toutefois été étudiée au travers du contentieux de la discrimination fondée sur l'état de grossesse. Rappelons qu'en ce cas, l'unique sanction envisageable est donc la condamnation de l'employeur à verser, à la candidate évincée, des dommages et intérêts, en réparation du préjudice subi par la perte d'une chance d'être recrutée. Au-delà, par application du régime protecteur, l'inobservation par l'employeur des dispositions de l'article L. 1225-1 et L. 1225-2 du Code du travail peut donner lieu à l'attribution de dommages et intérêts au profit du bénéficiaire. Outre cette condamnation à dommages-intérêts, l'employeur risque de devoir payer une amende de 1.500 €, doublée en cas de récidive⁷⁵⁵.

487.- Il est toutefois malaisé de déterminer, au travers de l'étude des arrêts rendus par les juges du fond, l'effectivité de cette règle. Dans une affaire où l'existence de discrimination dès l'embauche et pendant la carrière est caractérisée, outre une situation de harcèlement moral, la somme de 20.000 euros « toutes causes de préjudice confondues » est attribuée à la salariée (CA Versailles, 28 septembre 2011⁷⁵⁶). *L'absence de ventilation des sommes ne permet pas de cerner l'importance de la réparation octroyée au titre de la discrimination à l'embauche.*

B.- La discrimination en cours d'exécution de la relation de travail

488.- Hormis le cas de l'embauche, la nullité doit permettre d'attribuer au salarié l'avantage ou la situation dont il aurait dû bénéficier. La réparation de la discrimination « *oblige à placer celui qui l'a subie dans une situation où il se serait trouvé si le*

⁷⁵⁵ Art. R. 1227-5, C. trav.

⁷⁵⁶ RG n° 09/03894.

comportement dommageable n'avait pas eu lieu ». Cette réparation prend la forme de dommages et intérêts, mais suppose aussi le reclassement du salarié victime d'une discrimination prohibée sur le poste et au niveau de responsabilité et de salaire dont il aurait dû bénéficier. Ce reclassement du salarié peut s'entendre du rétablissement du salarié dans ses conditions de travail antérieures lorsque celui-ci a subi un déclassement ou un retrait de certains de ses moyens de travail.

a.- S'agissant de la discrimination liée à la grossesse

489.- Cette question est notamment apparue s'agissant du régime protecteur de la femme enceinte ou venant d'accoucher. En l'occurrence, l'article L. 1225-71 du Code du travail s'applique, ses dispositions impératives ne souffrant d'aucune restriction. Il sanctionne le non-respect des dispositions des articles L. 1225-1 et suivants par l'attribution de dommages et intérêts au profit du bénéficiaire. Dans une affaire où l'existence de discrimination dès l'embauche et pendant la carrière est caractérisée, la somme de 20.000 euros « toutes causes de préjudice confondues » est attribuée à la salariée (CA Versailles, 28 septembre 2011⁷⁵⁷). La difficulté réside toutefois dans le fait qu'une situation de harcèlement moral était également reconnue, de sorte que la part correspondant à l'indemnisation de la discrimination n'est pas détaillée.

490.- Telle est également la question au cœur de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Versailles le 13 février 2007. En l'espèce, la salariée faisait valoir qu'à son retour de congé maternité, tous ses collègues responsables, comme elle, d'équipes, avaient été promus et qu'elle ne l'avait pas été. La Cour d'appel caractérise en l'espèce une discrimination au regard de l'article L. 1132-1 du Code du travail, justifiant le versement de dommages et intérêts (CA Versailles, 13 février 2007⁷⁵⁸). En l'espèce, la Cour alloue, outre des dommages et intérêts fondés sur une situation de harcèlement moral au travail, la somme de 16000 euros pour discrimination. La difficulté de cet arrêt consiste toutefois en ce que des faits de discrimination syndicale étaient également reconnus,

⁷⁵⁷ RG n° 09/03894.

⁷⁵⁸ RG n° 06/0835.

sans que les juges n'opèrent une ventilation des indemnités versées en fonction du motif discriminatoire.

491.- S'agissant des sanctions prononcées hors les cas de rupture du contrat, il est délicat de cerner le mode de calcul des indemnités versées en réparation du préjudice subi, tant la rédaction des arrêts est souvent rapide et peu explicite. Si le montant est certes laissé à l'appréciation des juges du fond, aucune grille de lecture ne transparaît de ces arrêts. De plus, il est regrettable qu'en présence de diverses formes de discrimination voire de harcèlement au travail, aucune ventilation ne soit opérée. Les sommes versées sont donc parfois peu compréhensibles, faute d'explication.

b.- S'agissant de la discrimination sexuelle

492.- Selon l'article L. 1134-5 du Code du travail, les dommages et intérêts attribués au salarié réparent l'entier préjudice résultant de la discrimination pendant toute sa durée. Cela comprend tout d'abord les effets de la nullité c'est-à-dire l'indemnisation des préjudices financiers et professionnels, ce qui se matérialise par le versement de sommes équivalentes à celles que le salarié aurait perçues si la discrimination n'avait pas eu lieu. Mais en plus de ce rétablissement au niveau professionnel le juge peut être amené à indemniser d'autres types de préjudices dès lors que la victime en démontre l'existence. Peuvent ainsi être indemnisés, car directement causés par la mesure discriminatoire, la perte d'une chance de promotion professionnelle lorsque celle-ci n'aurait de toutes façons pas pu avoir lieu (CA Rennes, 19 déc. 2006 : *JurisData* n° 2006-326300), la « blessure narcissique » infligée à la victime d'une discrimination liée à l'apparence physique et au patronyme (CA Orléans, 11 mai 2006 : *JurisData* n° 2006-301442), le préjudice moral plus largement (CA Toulouse, 21 sept. 2007 : *JurisData* n° 2007-351817).

493.- S'agissant d'une discrimination eu égard au sexe opérée en matière de rémunération, en application de l'article L. 3221-2 du Code du travail, à défaut

d'éléments objectifs justifiant la différence de rémunération, l'employeur est condamné à verser un rappel de salaire compensant la différence invoquée, voire des dommages-intérêts au profit de la salariée concernée par cette différence de traitement.

494.- Là est incontestablement le cœur de la thématique. Précisons toutefois qu'il est évident qu'en l'absence de reconnaissance d'une discrimination ou devant le constat d'une inégalité de traitement justifiée par des critères objectifs, pertinents et matériellement vérifiables, les demandes des salariés tendant à se voir attribuer des avantages ou dommages et intérêts sont rejetées (ex. CA Orléans, 7 décembre 2006⁷⁵⁹). L'intérêt de l'étude réside donc véritablement dans l'analyse de l'étendue de la réparation lorsque les juges constatent une discrimination ou une inégalité de traitement à raison du sexe.

ba.- L'attribution de l'avantage objet du litige

495.- Plusieurs arrêts rendus par la Cour d'appel de Nîmes le 13 octobre 2009 (CA Nîmes 13 octobre 2009⁷⁶⁰) évoquent la demande de salariés, par ailleurs père d'enfants à charge, sollicitant la condamnation à des jours de congés supplémentaires estimant que les dispositions conventionnelles octroyant aux salariées femmes deux jours ouvrables de congés supplémentaires par enfant à charge et vivant au foyer sont discriminatoires. Pour les demandeurs, cette discrimination, même indirecte, ne repose sur aucune justification objective et raisonnable » et serait donc illégale. Ils rappellent, en outre, que ces dispositions ne sont que la reprise du texte conventionnel des dispositions légales de l'article L. 3141-9 du Code du travail en son alinéa 1.

496.- En ces arrêts, la Cour d'appel de Nîmes caractérise l'existence d'une discrimination du fait de l'interprétation par l'employeur des textes conventionnels qui ne sauraient, selon la Cour d'appel, faire obstacle à l'octroi de congés supplémentaires. Elle refuse toutefois d'annuler les textes conventionnels et ne sanctionne sur par l'octroi des congés

⁷⁵⁹ RG n° 06/01578.

⁷⁶⁰ RG n° 08/03546, n° 08/03538, n° 08/03541, n° 08/03542, n° 08/03544, n° 08/03545.

supplémentaires revendiqués (également au titre de la période postérieure au jugement). L'avantage est donc accordé pour la période antérieure au jugement mais également pour l'avenir.

bb.- L'attribution des dommages et intérêts

497.- En présence d'éléments de fait susceptibles de caractériser une atteinte au principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes d'une même entreprise, les juges peuvent accorder des dommages et intérêts en réparation du préjudice subi. Ces dommages et intérêts sont calculés « en considération des circonstances de l'espèce et notamment du temps de présence de l'intéressée dans l'entreprise » (CA Agen, 3 mars 2009⁷⁶¹). En l'espèce, la somme versée est fixée à 3000 euros (4 ans d'ancienneté). Dans d'autres arrêts, la Cour considère que « la situation de discrimination a nécessairement causé à la salariée un préjudice distinct » (CA Rennes, 15 mars 2011⁷⁶²). La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt en date du 11 mars 2010 considère que « sa classification à un niveau moindre que celui de son collègue de sexe opposé lui a nécessairement causé un préjudice qu'il convient, au regard notamment de la durée pendant laquelle cette discrimination a persisté, de fixer à la somme de 25 000 euros »⁷⁶³.

498.- Certains arrêts rejettent l'existence d'un préjudice financier, considérant qu'il est déjà réparé au titre des rappels de salaires, mais admettent un préjudice moral (CA Rennes, 21 septembre 2010⁷⁶⁴). D'autres arrêts évaluent globalement, sans référence à un quelconque critère, le préjudice subi. Il en est ainsi de la Cour d'appel de Versailles qui, dans un arrêt du 17 février 2011, considère « au vu des circonstances de la cause » à 50 000 euros le montant des dommages et intérêts⁷⁶⁵. Dans certains cas, l'absence de versement de dommages et intérêts questionne. Il en est ainsi dans plusieurs arrêts rendus par la Cour d'appel de Nîmes le 13 octobre 2009⁷⁶⁶ retiennent l'existence d'une

⁷⁶¹ RG n° 08/00355.

⁷⁶² RG n° 09/05255.

⁷⁶³ RG n° 08/08089.

⁷⁶⁴ RG n° 08/08684 à 08/08686.

⁷⁶⁵ RG n° 10/00219.

⁷⁶⁶ Par exemple, CA Nîmes, 13 oct. 2009, RG n° n° 08/03546.

discrimination du fait du défaut d'octroi aux pères de famille de jours de congés supplémentaires. Les juges n'accordent toutefois pas, en ce cas précis, de dommages et intérêts, sans qu'il soit possible de cerner la raison de ce refus, les juges se contentant de souligner l'absence de démonstration « d'un préjudice causé à l'occasion de la procédure actuelle ». Les dommages et intérêts sont parfois accordés eu égard à « l'attitude vexatoire » adoptée par l'employeur tout au long des années (CA Paris, 12 novembre 2009⁷⁶⁷).

499.- Un bilan peut être retiré de l'analyse des différents arrêts : aucune règle ne peut être retirée des appréciations ainsi opérées par les juges. Des critères divers sont pris en compte. Au-delà, les juges sont plus ou moins lapidaires dans la justification des sommes allouées.

bc.- Le rappel de salaires

500.- Lorsque les juges constatent l'atteinte au principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes, les juges accordent parfois au salarié un rappel de salaires. La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt en date du 6 novembre 2008⁷⁶⁸ alloue ainsi à une salariée dont le salaire était fixé à 3262 euros, un rappel de salaires de l'ordre de 54 500 euros avec intérêts de droit à compter de la date de réception par l'employeur de la convocation au conseil des prud'hommes. Le calcul est ici opéré par référence à la moyenne des salaires de ses collègues masculins se trouvant dans la même situation. Le même type de calcul est opéré par la Cour d'appel de Lyon, dans un arrêt du 4 septembre 2009⁷⁶⁹, dans lequel elle opère une comparaison entre la salariée et un collègue et présente une règle de calcul expliquant le rappel de rémunération. En l'espèce, la Cour retient que la salariée a subi une discrimination liée à son sexe : qu'il y a lieu de réévaluer la rémunération mensuelle de l'appelante sur la période du 1^{er} août 2004 au 30 juin 2006 pour la porter à 8294,27 euros ; que le rappel de rémunération dû

⁷⁶⁷ RG n° 08/00506.

⁷⁶⁸ RG n° 07/05190.

⁷⁶⁹ RG n° 08/04068.

s'établit ainsi qu'il suit : $8294,27 - 7268,20 = 1026,07 \times 22 \text{ mois} = 22573,54 \text{ euros}$ ». Nombre d'arrêts expliquent le calcul opéré par comparaison avec le salaire d'un collègue se trouvant dans une situation comparable (CA Pau, 10 septembre 2007⁷⁷⁰). D'autres arrêts confirmant le jugement de première instance se contentent de reprendre la somme retenue par les premiers juges, sans explication sur le mode de calcul dudit rappel (CA Bordeaux, 20 novembre 2008⁷⁷¹).

501.- Toutefois, alors même que l'article L. 3221-3 du Code du travail est appliqué par les juges, les juges se contentent parfois de dommages et intérêts calculés « en considération des circonstances de l'espèce et notamment du temps de présence de l'intéressée dans l'entreprise » (CA Agen, 3 mars 2009⁷⁷²). Là encore, aucune homogénéité ne peut être relevée par les juges.

C.- La réparation liée à la rupture du contrat de travail

1.- L'étendue de la réparation en cas de licenciement discriminatoire

502.- Au titre des dispositions relatives à l'interdiction des discriminations, le code du travail ne prévoit pas la poursuite du contrat de travail de la salariée illicitement licenciée. S'est donc logiquement posée la question de sa réintégration. Longtemps, la Cour de cassation a affirmé qu'« aucune obligation de réintégration n'est attachée à un licenciement nul » et envisageait seulement une sanction indemnitaire, exclusive de la réintégration.

503.- Aujourd'hui, il ne fait aucun doute qu'en cas de licenciement, la réintégration de la salariée est possible, dans son emploi ou dans un emploi équivalent, sauf si elle est matériellement impossible⁷⁷³. L'obligation de réintégration résultant de la poursuite du

⁷⁷⁰ RG n° 06/01482.

⁷⁷¹ RG n° 08/1865.

⁷⁷² RG n° 08/00355.

⁷⁷³ Cass. soc., 30 avr. 2003, *JurisData* n° 2003-018921, *Dr. soc.* 2003, p. 827, note B. Gauriau.

contrat de travail ne s'étend pas au groupe auquel appartient l'employeur.⁷⁷⁴ Le salarié peut obtenir une somme correspondant à la réparation de la totalité du préjudice subi au cours de la période qui s'est écoulée entre la rupture et sa réintégration, dans la limite du montant des salaires dont il a été privé⁷⁷⁵.

504.- Depuis une décision de la chambre sociale du 29 mai 2013, le salarié qui demande sa réintégration a droit au paiement d'une indemnité égale au montant de la rémunération qu'il aurait dû percevoir entre son éviction et le jugement constatant la résiliation judiciaire de son contrat, peu important qu'il ait ou non reçu des salaires ou revenus de remplacement pendant cette période⁷⁷⁶. Auparavant, la Cour de cassation avait pu juger notamment par une décision du 3 juillet 2003 que lorsque le licenciement était nul, les salariés ne pouvaient être indemnisés que « *dans la limite des salaires dont ils ont été privés et déduction faite des revenus de remplacement*⁷⁷⁷ ». De même, la Haute juridiction, le 11 juillet 2012, avait retenu que « *le salarié dont le licenciement est nul et qui demande sa réintégration ne peut prétendre au paiement d'indemnités de rupture ; qu'il en résulte que des indemnités versées à ce titre doivent être déduites du montant des indemnités de préavis et de licenciement dues postérieurement en raison de la résiliation judiciaire du contrat de travail* »⁷⁷⁸.

505.- A défaut, si la réintégration n'est pas souhaitée par le salarié, des sanctions financières s'appliquent. Selon l'article L. 1134-5 du Code du travail, les dommages et intérêts attribués au salarié réparent l'entier préjudice résultant de la discrimination pendant toute sa durée. Selon l'article L. 1134-5 du Code du travail, les dommages et intérêts attribués au salarié réparent l'entier préjudice résultant de la discrimination pendant toute sa durée. Cela se matérialise par le versement de sommes équivalentes à celles que le salarié aurait perçues si la discrimination n'avait pas eu lieu. Mais le juge peut aussi être amené à indemniser d'autres types de préjudices, tels que la perte d'une chance de promotion professionnelle, la "blessure narcissique" infligée à la victime

⁷⁷⁴ Cass. soc., 9 juill. 2008, n° 07-41.845.

⁷⁷⁵ Cass. soc., 25 janv. 2006, n° 03-47.517.

⁷⁷⁶ Cass. soc., 29 mai 2013, n° 11-28734, *JCP S* 2013, 1336, note J. Mouly.

⁷⁷⁷ Cass. soc., 3 juill. 2003, n° 01-44552, n° 01-44717, n° 01-44718 ; Cass. soc., 12 févr. 2008, n° 07-40413, *JCP S* 2008, 1336, note Fr. Dumont.

⁷⁷⁸ Cass. soc. 11 juill. 2012, n° 10-15.905, *JCP S* 2012, 1482, note B. Bossu.

d'une discrimination liée à l'apparence physique et au patronyme, le préjudice moral.

506.- Plus précisément, lorsque le licenciement est discriminatoire et que le salarié refuse d'être réintégré dans l'entreprise, il a droit, en toute hypothèse, aux indemnités de rupture (indemnités de licenciement et de préavis) ainsi qu'à une indemnité réparant l'intégralité du préjudice résultant du caractère illicite du licenciement et au moins égale à six mois de salaires⁷⁷⁹. Les congés payés doivent également être accordés⁷⁸⁰.

507.- Ajoutons qu'est nul et de nul effet le licenciement d'un salarié suite à une action en justice engagée par ce salarié ou en sa faveur sur la base des dispositions relatives aux discriminations ou à l'égalité professionnelle, lorsqu'il est établi que le licenciement n'a pas de cause réelle et sérieuse et résulte de cette action en justice. Dans ce cas, la réintégration est de droit et le salarié est considéré comme n'ayant jamais cessé d'occuper son emploi. Par application de l'article L. 1134-4 du Code du travail, lorsque le salarié refuse de poursuivre l'exécution du contrat de travail, le conseil de prud'hommes lui alloue une indemnité ne pouvant être inférieure aux salaires des six derniers mois et une indemnité de licenciement.

508.- Au-delà, l'article L. 1235-4, relatif au remboursement des indemnités de chômage payées au salarié en cas de licenciement fautif, est également applicable. Selon l'article L. 1235-4 du Code du travail, dans les cas prévus aux articles L. 1235-3 et L. 1235-11, le juge ordonne le remboursement par l'employeur fautif aux organismes intéressés de tout ou partie des indemnités de chômage versées au salarié licencié, du jour de son licenciement au jour du jugement prononcé, dans la limite de six mois d'indemnités de chômage par salarié intéressé.

509.- Ce remboursement est ordonné d'office lorsque les organismes intéressés ne sont pas intervenus à l'instance ou n'ont pas fait connaître le montant des indemnités versées. Par ailleurs, l'intéressée a droit à l'indemnité compensatrice des congés payés calculée sur la période couverte par la nullité du licenciement. Enfin, le juge des référés peut

⁷⁷⁹ Cass. soc., 17 oct. 2000, n° 98-44.045.

⁷⁸⁰

condamner l'employeur au paiement d'une provision sur les indemnités dues à la salariée.

a.- Une réintégration rarement prononcée par les juges du fond

510.- Ceci est particulièrement flagrant dans l'ensemble du contentieux analysé.

aa.- De rares cas de réintégration sous astreinte

511.- Pour exemple, dans le contentieux relatif aux discriminations liées à l'état de santé et au handicap, seuls deux arrêts enjoignent l'employeur de réintégrer des salariés. Le premier cas de réintégration concerne un salarié « discriminé » en raison de son état de santé, le second cas touche une salariée « discriminée » en raison de son handicap.

512.- Un arrêt rendu par la cour d'appel de Riom (CA Riom, 5 mai 2009⁷⁸¹) rendu qu'un salarié en arrêt maladie, suite à un accident de trajet, a été victime d'une discrimination en raison de son état de santé pendant qu'il était en période d'essai. Les juges ont précisé que la « rupture ainsi intervenue est nulle par application des dispositions de l'article L. 1132-4 du Code du travail et que le salarié est en droit de solliciter sa réintégration au sein de l'entreprise ». La cour d'appel assortit sa décision de réintégration d'une astreinte. En effet, ordonne à l'employeur l'obligation de « remettre au salarié ses bulletins de salaire dans le délai de quinze jours à compter du présent arrêt sous astreinte, passé ce délai, de 100,00 € par jour de retard pendant six mois, la cour se réservant expressément le pouvoir de liquider l'astreinte. La cour d'appel a enfin relevé que le salarié justifiait « par ailleurs, d'un préjudice certain résultant de la régularisation tardive de ses salaires, de l'absence de bulletins de salaire ainsi que de la précarité de sa situation et, plus spécialement des difficultés éprouvées pour retrouver un logement en l'absence de bulletins de salaires [...] Ce préjudice distinct justifie indemnisation à hauteur de 3.000,00 ».

⁷⁸¹ RG n° 08/01084.

513.- Un arrêt rendu par la cour d'appel d'Orléans (CA Orléans, 15 novembre 2011 ⁷⁸²) retient également l'existence d'une discrimination en raison du handicap d'une salariée et de l'absence de propositions sérieuses de reclassement. Après avoir cité les articles L. 1132-1 et L. 1132-4, les juges ont considéré que le licenciement prononcé à l'égard de la salariée était entaché de nullité. Ils ont ainsi précisé que « La nullité d'un licenciement signifie qu'il n'a jamais existé et qu'en conséquence, la salariée licenciée doit être réintégrée, ce que la cour ordonne aujourd'hui, et, pour en assurer l'effectivité, une astreinte sera prévue d'office de 200 € par jour de retard postérieurement à un délai de 30 jours après la notification de cet arrêt, *pour lui permettre d'évaluer les possibilités de reclassement acceptables par cette salariée handicapée [...] Comme la salariée est considérée comme n'ayant jamais été licenciée, elle devra être réglée de l'intégralité des rappels de salaire du 27 août 2009 au 29 septembre 2011, soit 37.967,50 € et 3.796,75 € de congés payés afférents, ainsi que de toutes les mensualités jusqu'à sa réintégration effective, assorties des congés payés afférents* ». Les juges ont également estimé que la salariée a « *incontestablement [subi] un préjudice moral, d'avoir été évincée, depuis près de deux ans et demi, dans des conditions qui stigmatisent son handicap, sans avoir pu retrouver du travail depuis, alors qu'elle s'est dévouée, dans des conditions difficiles [...] pendant plus de 18 ans. La cour estime qu'il convient de l'indemniser par une somme arbitrée à 15.000 €* ».

514.- S'agissant de la discrimination liée à la grossesse, dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Versailles (CA Versailles, 28 septembre 2011⁷⁸³), les juges font application de l'article L. 1134-4 pour rappeler qu'« une demande d'indemnité pour discrimination à l'embauche ne peut constituer un motif de licenciement qui est nul et de nul effet ». En conséquence, elle en déduit qu'il convient de faire droit à la demande de réintégration la salariée. Cette réintégration doit être ordonnée sous astreinte et sans qu'il soit nécessaire que la cour se réserve la liquidation de celle-ci. Elle précise, en outre, que la réintégration d'une salariée dont le poste n'est plus vacant et qui a retrouvé un emploi n'est pas impossible. Plus précisément, une réintégration sous astreinte de 500 euros par

⁷⁸² RG n° n° 10/01990.

⁷⁸³ RG n° 09/03894.

jour de retard à compter du 8^{ème} jour suivant la notification de l'arrêt est ordonnée. Une provision à valoir sur le montant total des salaires que la salariée aurait dû percevoir entre le licenciement et la réintégration, après déduction des revenus de remplacement et des rémunérations perçues par elle pendant cette période est en outre prononcée.

ab.- Une réintégration peu sollicitée par les justiciables.

515.- Si l'on s'attache aux cas où la nullité du licenciement est prononcée sur la base de l'article L. 1132-1 du Code du travail, la réintégration n'est pas souvent sollicitée par le salarié. Il en est ainsi de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Bordeaux le 1^{er} mars 2011⁷⁸⁴. Il faut toutefois remarquer qu'en cette hypothèse, la salariée avait été licenciée pour inaptitude avec impossibilité de reclassement.

516.- La réintégration n'est pas plus sollicitée sur le fondement du régime protecteur de la femme enceinte que sur le terrain de l'article L. 1132-1 du Code du travail. Rares sont les arrêts qui l'évoquent. A ce titre, la Cour d'appel d'Orléans, souligne que la salariée « *ne revendique pas sa réintégration. La Cour doit donc se pencher sur ses demandes de sommes diverses* » (CA Orléans, 29 janvier 2009⁷⁸⁵).

Dans les cas de rupture du contrat, il est fondamental de souligner que la réintégration est très peu sollicitée par les salariées lorsque la nullité est prononcée. Tout au plus apparaît-elle par application de l'article L. 1134-4 du Code du travail.

b.- L'évaluation du préjudice subi : le constat d'une absence de réelle homogénéité

517.- L'étude des arrêts rendus par les différentes cours d'appel ne nous permettent que de poser le constat de l'absence d'homogénéité dans la manière d'évaluer le préjudice. La motivation des cours est tantôt détaillée, tantôt très concise. Les préjudices pris en considération sont appréhendés différemment. Plusieurs contentieux illustrent ce

⁷⁸⁴ RG n° 09/06400.

⁷⁸⁵ RG n° 08/02834.

constat.

ba.- S'agissant des discriminations liées à la grossesse

518.- S'agissant des arrêts fondés sur les dispositions du Code du travail relatives aux discriminations, dans l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Bordeaux le 1^{er} mars 2011⁷⁸⁶, les juges confirment les sommes prononcées par les premiers juges à savoir 8780 euros à titre de dommages et intérêts (6 mois de salaire), 1463,38 euros à titre de préavis, 146,33 euros de congés payés sur préavis et 800 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile. La salariée avait un an d'ancienneté et occupait un poste d'assistante commerciale.

519.- Parfois, les juges du fond rappellent qu'ils sont tenus par les demandes faites par la salariée pour justifier les indemnités effectivement versées à la salariée discriminée. Ainsi, dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Bordeaux (CA Bordeaux, 20 septembre 2011⁷⁸⁷), les juges soulignent que « il lui sera alloué une seule indemnité compte tenu des circonstances du licenciement ainsi qu'une indemnité d'un mois de préavis ». En l'espèce, outre l'indemnité compensatrice de préavis et les congés payés y afférents, la Cour alloue la somme de 15 000 euros de nature à réparer le préjudice causé par un « licenciement à la fois illicite et irrégulier ». En l'espèce, l'employeur invoquait une rupture de période d'essai, écartée par les juges du fait d'une requalification de CDD antérieurs en CDI. Le paradoxe de cette décision consiste en ce qu'elle souligne par ailleurs « que la salariée ne démontrait pas en quoi elle a une ancienneté supérieure à un an ».

S'agissant des conséquences pécuniaires, des différences peuvent être soulignées quant au montant des dommages et intérêts versés et surtout leur justification. En la matière toutefois, les juges se cantonnent souvent à 6 mois de salaires, ceci pouvant s'expliquer simplement par le fait que les salariées en âge d'avoir des enfants sont, en général, jeunes et ont donc peu d'ancienneté.

⁷⁸⁶ RG n° 09/06400.

⁷⁸⁷ RG n° 10/02060.

520.- Par application des dispositions du régime protecteur, certains arrêts s'attachent à appliquer rigoureusement les règles indemnitaires en l'absence de réintégration. Tel est le cas, par exemple, de la Cour d'appel de Bordeaux dans un arrêt du 21 janvier 2010 (CA Bordeaux, 21 janvier 2010⁷⁸⁸). La Cour alloue alors le montant de salaires perçus pendant la période couverte par la nullité, des dommages et intérêts dont le montant ne peut être inférieur à six mois de salaires. En l'espèce, une somme de 9000 euros est attribuée, tenant compte de l'ancienneté de deux ans et de l'âge lors de la rupture (6 mois de salaire). Au-delà, la Cour alloue une indemnité de licenciement et prévoit le remboursement des allocations de chômage prévu par l'article L. 1235-4 du Code du travail, outre les intérêts au taux légal. D'autres n'accordent qu'une part seulement des indemnités. Les juges s'attachent en ce cas à rappeler qu'ils sont tenus par les demandes formulées par les parties.

521.- Il n'y a pas de véritable difficulté concernant le versement du montant des salaires perçus pendant la période couverte par la nullité, de l'indemnité de licenciement (légale ou conventionnelle selon les situations), de préavis, de congés payés et de préavis. Les différences éventuelles d'appréciation concernent les dommages et intérêts.

Souvent, les juges s'arrêtent, dans les arrêts soumis à notre analyse, à 6 mois de salaires.

522.- Les Cours d'appel détaillent plus ou moins les critères pris en compte pour évaluer le montant des dommages et intérêts.

La Cour d'appel de Douai calcule le préjudice subi « compte tenu des circonstances de la rupture, du montant de la rémunération versée au salarié, de son âge, de sa capacité à trouver un nouvel emploi eu égard à sa formation et à son expérience professionnelle. En l'occurrence, s'agissant d'une salariée ayant une expérience d'un an, la somme allouée au titre des dommages et intérêts équivaut à 6 mois de salaire (CA Douai, 28 novembre 2008⁷⁸⁹).

Pour donner une autre illustration, la Cour d'appel de Bordeaux dans un arrêt du 21

⁷⁸⁸ RG n° 09/2917.

⁷⁸⁹ RG n° 08/00438.

janvier 2010 (CA Bordeaux, 21 janvier 2010⁷⁹⁰) alloue le montant de salaires perçus pendant la période couverte par la nullité, des dommages et intérêts dont le montant ne peut être inférieur à six mois de salaires. En l'espèce, une somme de 9000 euros est attribuée, tenant compte de l'ancienneté de deux ans et de l'âge lors de la rupture (6 mois de salaire). Au-delà, la Cour alloue une indemnité de licenciement et prévoit le remboursement des allocations de chômage prévu par l'article L. 1235-4 du Code du travail, outre les intérêts au taux légal.

De manière très détaillée, la Cour d'appel d'Orléans alloue à la salariée le montant du salaire qui aurait été perçu pendant la période couverte par la nullité, l'indemnité compensatrice de congés payés, l'indemnité conventionnelle de licenciement, l'indemnité de congés payés. S'agissant des dommages et intérêts, la somme versée correspond à 6 mois de salaires (7500 euros mensuels), soit 45000 euros. La cour prend notamment en considération le fait que la salariée soit restée au chômage après la naissance de son enfant et l'indélicatesse de l'employeur dans les faits. La rédaction de l'arrêt est toutefois assez singulière : « Tout bien considéré, la Cour estime devoir lui allouer, au titre des préjudices matériel et moral réunis,... ». (CA Orléans, 29 janvier 2009⁷⁹¹).

La Cour d'appel de Paris se réfère à l'âge de la salariée (29 ans), à son ancienneté dans l'entreprise (9 mois) et au montant de son salaire brut (1916 euros mensuels) pour octroyer la somme de 11496 euros au titre des dommages et intérêts (CA Paris, 9 septembre 2010⁷⁹²), soit 6 mois de salaires.

Dans une autre espèce, la Cour tient compte des circonstances de la rupture, du montant de la rémunération versée à la salariée, de son âge, de sa capacité à trouver un nouvel emploi au regard de sa formation et de son expérience professionnelle et de son ancienneté dans l'entreprise pour évaluer les dommages et intérêts à la somme de 4000 euros, soit 6 mois de salaires (CA Paris, 21 octobre 2010⁷⁹³).

523.- Au-delà de ces cas où les dommages et intérêts équivalent à 6 mois de salaires,

⁷⁹⁰ RG n° 09/2917.

⁷⁹¹ RG n° 08/02834.

⁷⁹² RG n° 08/10552.

⁷⁹³ RG n° 09/00491.

d'autres arrêts se démarquent toutefois en ce que les juges apprécient très largement le montant des dommages et intérêts versés et vont parfois jusque 18 mois de salaires pour un salaire mensuel moyen de 416 euros (CA Bordeaux, 24 septembre 2009⁷⁹⁴).

Dans une autre espèce, la somme de 12.000 euros est accordée au titre des dommages et intérêts, compte tenu des circonstances de la rupture, du montant de la rémunération versée à la salariée (1519 euros), de sa capacité à trouver un nouvel emploi eu égard à sa formation et à son expérience professionnelle, de son ancienneté dans l'entreprise et de l'effectif de celle-ci (CA Douai, 28 novembre 2008⁷⁹⁵). Le montant correspond à 8 mois de salaires.

524.- Il est notable de souligner que le droit individuel à la formation n'est pas systématiquement invoqué par les salariées. S'il est revendiqué dans certaines espèces (CA Douai, 28 novembre 2008, ⁷⁹⁶– la condition légale d'ancienneté n'est toutefois pas remplie), nombre d'arrêts ignorent ce droit. Un arrêt de la cour d'appel d'Orléans retient toutefois que, s'agissant du droit individuel à la formation, le fait pour une salariée d'avoir été privée du bénéfice des dispositions légales, caractérise un préjudice compensé par une somme arbitrée à 1500 euros (CA Orléans, 29 janvier 2009⁷⁹⁷).

525.- Il est intéressant de constater que certaines demandes sont rejetées par les juges de Cours d'appel. Ainsi, la demande de dommages et intérêts pour exécution déloyale du contrat de travail est rejetée faute pour la salariée de faire état d'un préjudice distinct de celui qui a déjà été réparé par la Cour (CA Douai, 28 novembre 2008⁷⁹⁸). De même, une demande d'indemnisation formulée par la salariée pour rupture abusive et discrimination est rejetée, la somme allouée au titre la nullité du licenciement étant de nature à réparer nécessairement ces préjudices (CA Bordeaux, 24 septembre 2009⁷⁹⁹). Une demande tendant au versement d'une indemnité supplémentaire correspondant au préjudice moral distinct subi par la salariée est rejeté lorsqu'il n'est « pas établi que le licenciement

⁷⁹⁴ RG n° 08/2785.

⁷⁹⁵ RG n° 08/00438.

⁷⁹⁶ RG n° 08/00438.

⁷⁹⁷ RG n° 08/02834.

⁷⁹⁸ RG n° 08/00438.

⁷⁹⁹ RG n° 08/2785.

présente en outre un caractère particulièrement abusif ou vexatoire » (CA Douai, 28 novembre 2008⁸⁰⁰).

526.- Dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Nîmes, il est curieux de constater que la salariée n'a obtenu aucuns dommages et intérêts. Par contre, en présence d'un préjudice à l'intérêt collectif de la profession, les syndicats intervenant volontairement à l'instance se voient verser la somme de 1000 euros (CA Nîmes, 7 décembre 2010⁸⁰¹).

De manière originale, la Cour d'appel d'Orléans découler de la nullité du licenciement, la nécessité de faire profiter la salariée de l'augmentation générale des salaires pour les cadres avec effet rétroactif (CA Orléans, 29 janvier 2009⁸⁰²).

Rares sont les arrêts condamnant l'employeur au versement d'une provision. Tout au plus pouvons-nous citer en exemple un arrêt rendu par la Cour d'appel de Versailles (CA Versailles, 28 septembre 2011⁸⁰³) condamnant l'employeur à verser à la salariée la provision de 480 000 euros à valoir sur le montant total des salaires que la salariée aurait dû percevoir entre son licenciement et sa réintégration.

Dans le cas d'un CDD, la rupture anticipée prononcée en dehors des cas légalement prévus, donne droit à des dommages et intérêts. Sachant que la protection spéciale liée à la maternité s'applique, il convient toutefois de relever que la période de nullité est limitée par le terme du contrat. L'employeur ne peut donc être condamnée qu'au versement des salaires qui auraient été perçus jusqu'à ce terme. Au-delà, dans ce cas, la réintégration inhérente à la nullité produit un effet limité. Le terme du contrat ne saurait être repoussé.

527.- La Cour d'appel de Reims fait découler de la nullité de la rupture d'un CDD d'une salariée en état de grossesse « les pouvoirs du juge des référés de faire cesser le trouble manifestement illicite créé par une telle rupture en ordonnant la continuation du contrat de travail par voie de conséquence la réintégration du salarié et le versement d'une provision correspondant au salaire qui auraient été perçus pendant la période couverte

⁸⁰⁰ RG n° 08/00438.

⁸⁰¹ RG n° 10/02280.

⁸⁰² RG n° 08/02834.

⁸⁰³ RG n° 09/03894.

par la nullité » (CA Nîmes, 7 décembre 2010⁸⁰⁴). En l'espèce, le trouble manifestement illicite étant caractérisé, c'est à bon droit que le premier juge a ordonné la poursuite des relations contractuelles par remise en état, sous astreinte, et a condamné l'employeur à payer à la salariée la somme provisionnelle de 1200 euros pour perte de salaire, à valoir sur la rémunération contractuelle, depuis la rupture jusqu'à la réintégration effective.

Dans cet arrêt, il est curieux de constater que la salariée n'a obtenu aucuns dommages et intérêts. Par contre, en présence d'un préjudice à l'intérêt collectif de la profession, les syndicats intervenant volontairement à l'instance se voient verser la somme de 1000 euros.

bb.- S'agissant de la discrimination sexuelle

528.- Les arrêts dans lesquels la discrimination sexuelle est invoquée à titre principal sont finalement très rares. Généralement, d'autres paramètres sont pris en compte à l'instar d'une situation de harcèlement moral au travail ou une discrimination fondée sur un autre motif. Ce faisant peu d'arrêts font état d'une demande de réintégration. Lorsqu'elle apparaît, il s'agit d'une demande fondée sur un autre argument : le harcèlement moral subi par exemple (CA Versailles, 17 février 2011⁸⁰⁵). La réparation est avant tout indemnitaire.

bc.- S'agissant d'une discrimination liée à la race

529.- Dans une affaire dans laquelle la cour d'appel avait fait produire à une prise d'acte les effets d'un licenciement nul (CA Versailles le 28 octobre 2010⁸⁰⁶), la salariée ne demandant pas sa réintégration, elle a droit aux indemnités de rupture et à une indemnité qui répare intégralement le préjudice subi, dont le montant, au moins égal à 6 mois de salaire (*C. trav.* L1235-3), a été souverainement fixé en l'occurrence à 5000€ (le

⁸⁰⁴ RG n° 10/02280.

⁸⁰⁵ RG n° 10/00219.

⁸⁰⁶ RG n° 09/02217.

salaires brut de référence était estimé à 755 €). La Cour y ajoute 8000€ de dommages-intérêts en réparation du préjudice moral, curieusement qualifié de « affectif et racial ou social » subi par la salariée du fait, semble-t-il, de l'inaction de l'employeur une fois alerté.

bd.- S'agissant d'une discrimination liée à l'état de santé

530.- Pour déterminer la réparation au titre des discriminations dont avaient été victime le salarié en raison de ses mandats syndicaux et représentatifs puis de son état de santé, la cour d'appel de Paris indique que « *les discriminations subies par le salarié pendant de longues années lui [avaient] occasionné un préjudice de carrière, un préjudice financier et un préjudice moral justifiant au regard des éléments en la cause, et notamment du niveau moyen de rémunération des employés, l'allocation de la somme de 25 000 € en réparation* »⁸⁰⁷. On signalera par ailleurs que les juges allouent 30.000 € au titre de réparation des conséquences matérielles et morales subies par le salarié. Une telle réparation se justifie selon les juges par « *la perte de [l'emploi de la salariée] dans les conditions précitées après plus de quinze ans d'ancienneté, alors [que la salariée] connaît des problèmes de santé consécutifs, notamment, à son accident de travail* ».

2.- L'étendue de la réparation en cas de rupture de période d'essai

531.- Un exemple peut être trouvé dans le contentieux lié à la grossesse. Si une femme enceinte parvient à démontrer que la rupture de sa période d'essai est en rapport avec son état, elle pourra obtenir le versement de dommages et intérêts sur le fondement de l'article L. 1225-1 du Code du travail. En aucun cas, dans l'hypothèse où la rupture de la période d'essai est abusive, la salariée n'obtiendra de dommages et intérêts sur le fondement des articles L. 1225-4 et L. 1225-5 du Code du travail.

532.- Au-delà, la salariée ne peut pas prétendre au montant des salaires qu'elle aurait

⁸⁰⁷ RG n° 80/08437.

perçus pendant la période couverte par la nullité et qui ne sont dus qu'en cas de licenciement nul. Elle est également privée du droit à réintégration. En effet, la rupture du contrat de travail pendant la période d'essai n'est pas nulle. La loi du 23 mars 2006, qui a enrichi l'article L. 1132-1 du Code du travail de l'état de grossesse au titre d'un nouveau motif de discrimination pour imposer la nullité de la rupture de l'essai, n'a pas poussé la Cour de cassation à opérer un revirement de jurisprudence.

533.- Sur la base de l'article L. 1132-1 du Code du travail, la Cour d'appel de Paris accorde ainsi 13.000 euros à titre de dommages et intérêts pour rupture jugée nulle de la période d'essai (6 mois de salaires). Aucune explication n'est toutefois donnée sur le montant ainsi versé (CA Paris, 23 juin 2011⁸⁰⁸).

534.- Au regard du régime protecteur, et s'agissant d'une rupture de période d'essai jugée « nulle », la Cour d'appel considère que la salariée est en droit d'obtenir des dommages et intérêts dont le montant sera fixé à la somme de 5000 euros sur le fondement de l'article L. 1225-71 du Code du travail. La Cour rappelle toutefois, à bon escient, que la salariée ne peut prétendre au montant des salaires qu'elle aurait perçus pendant la période couverte par la nullité et qui ne sont dus qu'en cas de licenciement nul. Pour ces mêmes raisons, elle ne peut revendiquer ni une indemnité de préavis ni une indemnité au titre de la procédure de licenciement (CA Rennes, 10 juin 2012⁸⁰⁹).

Dans une autre espèce, il est alloué à la salariée, compte tenu de son ancienneté et des circonstances de la rupture une indemnité de 7.000 euros « tous préjudices confondus » (CA Rennes, 23 février 2010⁸¹⁰).

3.- Les bonifications d'âge et de service permettant une mise en inactivité

535.- Nombreux sont les arrêts relatifs aux bonifications d'âge et de service prévues par le statut du personnel des industries électriques et gazières. Plusieurs cours d'appel se

⁸⁰⁸ RG n° 09/09709.

⁸⁰⁹ RG n° 09/04729.

⁸¹⁰ RG n° 08/05553.

penchent sur cette question. Il en est ainsi par exemple de la Cour d'appel de Paris (CA Paris 4 mars 2010, 09/06629). Un salarié demandait à bénéficier de la bonification à départ en retraite accordée aux femmes ayant au moins 15 ans d'ancienneté et 3 enfants par le statut d'EDF/GDF. Suite au refus formulé par l'employeur, le conseil de prud'hommes de Paris, saisi par la voie du référé, rend une ordonnance le 15 mars 2009 rejetant cette action. La Cour d'appel infirme cette solution et retient que la demande de l'appelant présente incontestablement un caractère d'urgence et que le refus par l'employeur de respecter les obligations résultant des textes litigieux constitue un trouble manifestement illicite qu'il appartient au juge des référés de faire cesser. La Cour d'appel retient que ces dispositions ne sont justifiées par aucune différence de situation : si les femmes connaissent des ralentissements de carrière du fait des contraintes liées à la maternité et à l'éducation des enfants, rien ne permet de démontrer que c'est le cas des salariées d'EDF dès lors que le statut prend en compte les aléas liés à la situation particulière des mères de famille, en leur assurant le maintien de l'intégralité de leurs droits. La discrimination positive n'a pas lieu de s'appliquer au régime spécifique des agents relevant du statut.

536.- Ce faisant, outre la reconnaissance de compétence du juge des référés, les juges sanctionnent l'employeur :

- au versement d'une somme de 2000 euros au titre de dommages et intérêts dus en raison du « refus illicite opposé par l'employeur à la demande de mise en inactivité de l'appelant alors que celui-ci était justement désireux de cesser son activité professionnelle pour satisfaire désormais de nouveaux projets dans son existence ». Ce refus qui a retardé l'exécution de ces projets a causé à l'intéressé un préjudice moral dont il est bien fondé à réclamer réparation.

- à l'application du bénéfice de la mesure de mise en inactivité prévue dans le statut.

537.- Il est intéressant de noter que l'argument de « travail forcé », invoqué par le salarié à l'égard de l'employeur, n'est pas retenu par les juges pour qualifier le refus que celui-ci a opposé à sa demande de mise en inactivité. Cet arrêt doit être utilement rapproché de

plusieurs arrêts rendus par la Cour d'appel de Paris (CA Paris 18 mars 2010⁸¹¹, CA Paris 29 janvier 2009⁸¹²), ou encore la Cour d'appel de Nîmes (CA Nîmes, 27 avril 2010⁸¹³).

538.- Certaines différences, selon les espèces, peuvent être utilement relevées s'agissant des dommages et intérêts versés. Dans certains arrêts, les juges ne sanctionnent pas l'employeur au versement de dommages et intérêts. Il est toutefois vraisemblable que cela soit dû à l'absence de demande en ce sens (CA Paris, 18 mars 2010⁸¹⁴, CA Paris, 9 décembre 2010⁸¹⁵, CA Paris, 10 juin 2010⁸¹⁶). Dans d'autres cas, l'employeur n'est pas condamné au versement de dommages et intérêts « en l'absence d'éléments à l'appui de ses différentes allégations » (CA Paris, 4 novembre 2010⁸¹⁷).

D'autres espèces méritent que l'on s'y attarde en ce que les juges accordent les dommages et intérêts pour préjudice moral mais écartent l'existence d'un préjudice matériel en ce que « l'appelant qui continue à travailler au sein de EDF et qui perçoit ses salaires, ne justifie pas d'un préjudice matériel » (CA Paris 1^{er} juillet 2010⁸¹⁸). La Cour d'appel d'Aix en Provence alloue, dans cette situation, la somme de 1000 euros au titre du préjudice « *nécessairement subi par suite de l'absence d'application du statut au salarié* » (CA Aix en Provence, 8 mars 2007⁸¹⁹). La Cour d'appel de Chambéry déboute le salarié de toute demande de dommages et intérêts. Elle retient à ce titre qu'il convient de débouter le salarié de sa demande de dommages et intérêts formée en réparation du préjudice moral qui n'est nullement établi, souligne l'absence de préjudice pour le salarié qui a continué à travailler et a perçu les salaires et avantages relatifs à son emploi.

En outre, la Cour d'appel relève que l'attitude d'ERDF-GRDF ne peut être qualifiée d'abusives, dès lors qu'il est justifié d'une part de jurisprudences divergentes concernant les demandes des agents masculins de bénéficier d'une mise en inactivité anticipée (CA

⁸¹¹ RG n° 09/08409.

⁸¹² RG n° 08/07711 et suiv.

⁸¹³ RG n° 08/03631.

⁸¹⁴ RG n° 09/08414.

⁸¹⁵ RG n° 10/03585.

⁸¹⁶ RG n° 09/08545.

⁸¹⁷ RG n° 10/02723.

⁸¹⁸ RG n° 09/08522.

⁸¹⁹ RG n° 05/19576.

Chambéry 2 septembre 2010⁸²⁰). Un constat peut être formulé en la matière : il tient en l'extrême hétérogénéité des postes de préjudices alloués ou non.

Les multiples arrêts en matière de bonification de retraite (seul un échantillon minime est ici utilisé) démontre que le principe d'égalité hommes/femmes donne lieu en fait à un contentieux tendant à accorder des droits aux hommes, tandis que l'objectif de ces mesures visait à rétablir un équilibre délicat à atteindre bien souvent.

⁸²⁰ RG n° 09/02831, RG n° 09/02832.

Bibliographie – Droit du travail – Ouvrages généraux

- AUBIN (G.), BOUVERESSE (J.), *Introduction historique au droit du travail*, Paris : PUF, Coll. *Droit fondamental, Droit social*, 1995, 318 p. ;
- AUZERO (G.), DOCKÈS (E.), *Droit du travail*, 28^e éd., Paris : Dalloz, Coll. *Précis*, Série *Droit privé*, 2013, XII-1556 p. ;
- BOSSU (B.), DUMONT (Fr.), VERKINDT (P.-Y.), *Droit du travail, Introduction, relations individuelles, relations collectives, réglementation*, Paris : Montchrestien/Lextenso éd., Coll. *Cours*, 2011, X-704 p. ;
- COEURET (A.), MINE (M.), GAURIAU (B.), *Droit du travail*, 3^e éd., Paris : Sirey, Coll. *Université*, Série *Droit privé*, 2013, XVI-798 p. ;
- DOCKÈS (E.), PÉLISSIER (J.), JEAMMAUD (A.), LYON-CAEN (A.), *Les grands arrêts du droit du travail*, 4^e éd., Paris : Dalloz, Coll. *Grands arrêts*, 2008, XX-970 p. ;
- GAUDU (Fr.), *Droit du travail*, 4^{ème} éd., Paris : Dalloz, Coll. *Cours*, 2011, VI-458 p. ;
- GAUDU (Fr.), in GHESTIN (J.) (dir.), *Traité des contrats. Les contrats du travail : contrats individuels, conventions collectives et actes unilatéraux*, Paris : LGDJ, 2001, VI-625 p. ;
- OLSZAK (N.), *Histoire du droit du travail*, Paris : PUF, Coll. *Que sais-je ?*, 1999, 127 p. ;
- OLSZAK (N.), *Histoire du droit du travail*, Paris : Économica, Coll. *Corpus, Histoire du droit*, 2011, 135 p. ;
- PETIT (Fr.), *Droit des contrats de travail*, Paris : Gualino, Coll. *Fac universités*, 2011, 453 p. ;
- VERKINDT (P.-Y.), *Le droit du travail*, 1^{re} éd., Paris : Dalloz, Coll. *Connaissance du droit*, 2005 ;

Bibliographie – Discrimination – Généralités

I.- Ouvrages

BLATIER (C.), PAULICAND (M.), PERRIN-BENSAHEL (L.), *Vous avez dit non discrimination ?*, Grenoble : PUG, 2012, 175 p. ;

BOSSU (B.) (dir.), *Discrimination et égalité de traitement*, Lille : Helinia, Coll. *Colloques et Opinions*, 2013, 236 p. ;

CLUZEL-METAYER (L.), MERCAT-BRUNS, *Discriminations dans l'emploi, Analyse comparative de la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, Paris : La Documentation Française, 2011, 115 p.

Commission européenne, DG Emploi, *Le rôle des ONG et des syndicats dans la lutte contre la discrimination*, Luxembourg : Office des publications de l'Union européenne, 2009, 59 p. ;

LATTES (J.-M.), *Le principe de non-discrimination en droit du travail*, Thèse Toulouse, 1989 ;

LEMAIRE (Fr.), GAURIAU (B.) (dir.), *Les discriminations*, Paris : Cujas. Coll. *Actes & Etudes*, 2012, 170 p. ;

MANIGOT (V.), *Le traitement juridique de la discrimination dans l'entreprise : réflexions sur un risque*, Paris : Lexisnexis, 2012, 385 p., Préf. B. Teyssié ;

Ministère de la Justice, *Rapport sur les discriminations collectives en entreprise, Lutter contre les discriminations au travail : Un défi collectif*, déc. 2013, Paris : La documentation française, 119 p. ;

Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social,

Discriminations et harcèlements au travail, Paris : La Documentation française, 2013, 184 p. ;

PERU-PIROTTE (L.), *La lutte contre les discriminations en droit du travail*, th. dr. privé, Lille 2, 2004, 544 p. ;

RADE (C.), *Discriminations et inégalités de traitement dans l'entreprise*, Editions Liaisons, Coll. *Droit vivant*, 2011, 232 p. ;

II.- Articles, études et chroniques

BRISSY (S.), « Discriminations », *J.-Cl. Travail Traité*, Fasc. 17-11, 2014 ;

CESARO (J.F.), « Le doute dans le contentieux de la discrimination », in TEYSSIE (B.) (dir.), *Le doute en droit privé*, Paris : éd. Panthéon-Assas, 2003, pp. 288-290.

DAUXERRE (L.), « Les méthodes probatoires en droit du travail ». in PUIGELIER (C.) (dir.), *La preuve*, Paris : Economica, 2004, pp. 231-260 ;

DELNAUD (V.), « Prescription et discrimination », *D.* 2008, p. 2533 ;

LANQUETIN (M.-Th.), « Discrimination », *Rép. Dalloz Dr. trav.*, 2013 ;

LANQUETIN (M.-Th.), « Discriminations : la loi d'adaptation au droit communautaire du 27 mai 2008 », *Dr. soc.* 2008, p. 7778 ;

LAULOM (S.), « L'interdiction des discriminations », *SSL*, n° 1582, suppl., avr. 2013, pp. 25-47 ;

LOKIEC (P.), « Approche comparative du droit de la non discrimination (seconde partie) », *RDT* 2009, p. 58 ;

MARTIN (D.), LATRAVERSE (S.), « Approche comparative du droit de la non-discrimination », *RDT* 2008, pp. 760-766 ;

MICHAUD (C.), « La preuve des discriminations en droit du travail », *JCP S* n° 46, 2012, p.11-18 ;

MINET (C.), « Présomption et preuve de la discrimination en droit du travail », *JCP E* 2013, p. 804 ;

MERCAT-BRUNS (M.), « Le jeu des discriminations multiples », *RDT* 2013, p. 254.

ORNANO D (P.H.), « De l'usage des moyens de preuve en droit du travail », *JCP S* 2008, 1476 ;

PERU-PIROTTE (L.), « La lutte contre les discriminations : la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 », *JCP S* 2008, 1314 ;

RADE (C.), « La nouvelle approche des discriminations en droit du travail », *Lexbase Hebdo éd. soc.* n° 309, 19 juin 2008 ;

RAY (J.-E.), « Une loi macédonienne ? Etude critique du titre V de la loi du 31 décembre 1992, " Dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles " ». *Dr. soc.* 1993, p. 106 ;

TEYSSIE (B.), « La preuve en droit du travail », in PUIGELIER (C.) (dir.), *La preuve*, Paris : Economica, 2004, pp. 73-88.

Bibliographie – Discrimination – Handicap et état de santé

I.- Ouvrages

AMRANI MEKKI (S.), BOUJEKA (A.) (dir.), *Contentieux et handicap*, IRJS Editions, 2010, 202 p., Préf. L. Cadiet ;

BOURGEOIS (S.), VERKINDT (P.-Y.), *L'état de santé du salarié : de la préservation de la santé à la protection de l'emploi*, Liaisons, 2013, 500 p. ;

II.- Articles, études et chroniques

BOUJEKA (A.), « La définition du handicap en droit international et en droit de l'Union européenne », *D.* 2013, p. 1388 ;

HEAS (F.), « Etat de santé, handicap et discrimination en droit du travail », *JCP S* 2011, 1279 ;

LABORDE (J.-P.), « Quelques observations à propos de la loi du 12 juillet 1990 relative à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap », *Dr. soc.* 1991, p. 615 ;

LEGROS (B.), FANTONI (S.), « La juxtaposition des obligations en cas d'inaptitude et/ou de handicap », *Dr. soc.* 2010, pp. 974-979 ;

VERGE (P.), ROUX (D.), « Personnes handicapées : l'obligation d'accommodement raisonnable selon le droit international et le droit canadien ». *Dr. soc.* 2010, pp. 965-973 ;

Bibliographie – Discrimination fondée sur l'âge

- BAILLY (P.), LHERNOULD (J.-Ph.), « Discrimination en raison de l'âge : sources européennes et mise en œuvre du droit interne », *Dr. soc.* 2012, p. 223 ;
- BRIBOSIA (E.), BOMBOIS (T.), « Interdiction de la discrimination en raison de l'âge : du principe, de ses exceptions et de quelques hésitations... », *RDT eur.* 2011, p. 41 ;
- DESBARATS (I.), « Âge et conditions du travail », *Dr. soc.* 2003, p. 1067 ;
- DOMERGUE (J.-P.), « Âge et accès à l'emploi », *Dr. soc.* 2003, p. 1055 ;
- DUPEYROUX (J.-J.), « L'âge en droit social », *Dr. soc.* 2003, p. 1041 ;
- HOUSER (M.), « La spécificité du principe de non-discrimination en raison de l'âge », *RFDA* 2010, p. 323 ;
- LANGLOIS (P.), « Que faire de l'interdiction de la discrimination selon l'âge ? », *Dr. soc.* 2006, p. 155 ;
- LEROY (Y.), « Âge du salarié », *Rép. Dalloz Dr. trav.*, 2014 ;
- LEROY (Y.), « La discrimination fondée sur l'âge », *RJS* 2010, p. 799 ;
- LHERNOULD (J.-Ph.), « L'âge en droit du travail. La politique anti-discrimination du droit de l'Union européenne », in BOSSU (B.) (dir.), *Discrimination et égalité de traitement*, Lille : Helinia, Coll. *Colloques et Opinions*, 2013, p. 135 ;
- Lyon-Caen (G.), « Différence de traitement ou discrimination selon l'âge », *Dr. soc.* 2003, p. 1047 ;
- MERCAT-BRUNS (M.), « La discrimination fondée sur l'âge : un exemple d'une nouvelle génération de critères discriminatoires ? », *RDT* 2007, p. 360 ;
- MEYER (Fr.), « La discrimination en fonction de l'âge en droit communautaire : aperçu de la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne », *Dr. ouvrier* 2011, p. 350 ;

MICHÉA (F.), « Le traitement judiciaire du critère discriminatoire de l'âge », *Dr. soc.* 2010, p. 1060 ;
PÉLISSIER (J.), « Âge et perte d'emploi », *Dr. soc.* 2003, p. 1061 ;
SIRE (B.), « La gestion des âges dans l'entreprise », *Dr. soc.* 2003, p. 1051 ;

Bibliographie – Discrimination fondée sur l'orientation sexuelle

I.- Ouvrages

BORILLO (D.), *Homosexualité et discriminations en droit privé*, Paris : La documentation française, 2007 ;

HAMMARBERG (T.), *Droits de l'homme et identité de genre*, Strasbourg : Conseil de l'Europe, oct. 2009, 52 p. ;

MANIGOT (V.), *Le traitement juridique de la discrimination dans l'entreprise*, Paris : LexisNexis, Coll. *Planète social*, 2012, 400 p. ;

MERCAT-BRUNS (M.), *Discriminations en droit du travail, Dialogue avec la doctrine américaine*, Paris : Dalloz, 2013, 300 p. ;

II.- Articles, études et chroniques

ADAM (P.), « Harcèlement sexuel », *Rép. Dalloz Dr. trav.*, 2013 ;

BARÈGE (A.), BOSSU (B.), « Principe d'égalité et lutte contre les discriminations », *in* BOSSU (B.) (dir.), *Discrimination et égalité de traitement*, Lille : Helinia, Coll. *Colloques et Opinions*, 2013, p. 11 ;

BOSSU (B.), « La lutte contre le harcèlement sexuel en droit français », *Mélanges en l'honneur du Professeur Françoise Dekeuwer-Défossez*, Paris : Montchrestien 2013, p. 409 ;

DEKEUWER-DÉFOSSEZ (Fr.), « Le harcèlement sexuel en droit français : discrimination ou atteinte à la liberté ? », *JCP G* 1993, 3662 ;

FALCOZ (C.), BÉCUWE (A.), « La gestion des minorités discréditables : le cas de l'orientation sexuelle », *Travail, genre et sociétés* n° 21, avr. 2009, p. 71 ;

FONDIMARE (E.), « Le genre, un concept utile pour repenser le droit de la non-discrimination », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 5 | 2014, mis en ligne le 1^{er} juin 2014, consulté le 15 septembre 2014. URL : <<http://revdh.revues.org/755>> ;

LEBORGNE-INGELAERE (C.), « Le harcèlement sexuel dans le Code du travail depuis la loi du 6 août 2012 : entre avancées et imperfections », *JCP S* 2012, 1403 ;

LHERNOULD (J.-Ph.), « La discrimination en raison de l'orientation sexuelle », *RJS* 2011, p. 261 ;

ORTIZ (L.), « A propos du genre : une question de droit », *Dr. & société* 2012, p. 225 ;

RAOUL-CORMEIL (G.), « La question du genre dans le Code civil », *RRJ* 2009, p. 183;

REIGNÉ (P.), « Sexe, genre et état des personnes », *JCP G* 2011, p. 114 ;

Bibliographie – Discrimination syndicale

I.- Numéros spéciaux de revue

RPDS, numéro spécial : La lutte contre les discriminations syndicales, n° 675, 2001, pp. 217-252

II.- Articles, études, Chroniques

BONNARD-PLANCKE (L.), VERKINDT (P.-Y.), « La lutte contre la discrimination syndicale », Millésime 2005 », *Dr. soc.* 2006, p. 395 ;

CARLES (M.), « L'action juridique contre les discriminations syndicales », *RPDS* 2001, p. 237 ;

CHAMPEAUX (Fr.), « La stabilité de la jurisprudence sur la discrimination syndicale », *SSL Suppl.* au n° 1504, 12 sept. 2011, pp. 154-156 ;

COHEN (M.), « Les entraves directes et indirectes à l'exercice du droit syndical et du droit de grève », *Dr. soc.* 1978, p. 268 ;

GAURIAU, (B.), « Le rôle du temps dans le contentieux de la discrimination syndicale », in Bossu (B.) (coord.), *Discrimination et égalité de traitement en droit du travail*, Lille : Hélinia, 2013, pp. 55-75 ;

GAURIAU, (B.), « Droit syndical dans l'entreprise, Principes », *J.-Cl. Traité Travail*, Fasc. 12-30, 2013 ;

GRÉVY (M.), « La discrimination dans la carrière des délégués », *Dr. soc.* 1994, p.

884 ;

GRÉVY (M.), « Syndicats professionnels (I - Droit syndical dans l'entreprise) », *Rép. Dalloz Dr. trav.*, 2014.

LANQUETIN (M.-Th.), « La preuve de la discrimination syndicale », *Dr. soc.* 1995, p. 435 ;

MAZAUD (J.-Ph.), « Point de vue sur les discriminations syndicales », *SSL* n° 1563, 10 déc. 2012, pp. 5-9 ;

MILET (L.), « Le droit du travail et la discrimination syndicale », *RPDS* 2001, 221 ;

MINÉ (M.), « Discrimination syndicale et impact sur l'état de santé, obs. sous CPH Moulins, 27 nov. 2001 affaire Buisson », *Dr. ouvrier* 2002, p. 326 ;

MINÉ (M.), « La discrimination dans l'emploi », *SSL* n° 1055 ;

MOREAU (M.-A.), « Les justifications des discriminations », *Dr. soc.* 2002, p. 1112 ;

RADÉ (Ch.), « Rémunération et discrimination syndicale : Dr. soc. 1999, p. 773 ;

RICHEVAUX (M.), « Relations de travail et discrimination », *Dr. ouvrier* 2002, p. 290 ;

SAID (K.), « La loi du 27 mai 2008, portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations : vers l'admission d'une justification des discriminations ? », *RDT* 2008, p. 389 ;

VERKINDT (P.-Y.), « Regards sur la discrimination syndicale », *JSL* 2005, n° 173, p. 1 ;

Table des matières

Sommaire.....	5
Liste des auteurs.....	7
Table des abréviations.....	9
Paragraphe 1.- Abréviations du texte.....	9
Paragraphe 2.- Abréviations à caractère bibliographique.....	9
Paragraphe 3.- Abréviations des revues citées.....	12
Introduction.....	13
Paragraphe 1.- Regard historique.....	15
A.- Une société inégalitaire.....	15
B.- Evolution du droit du travail français.....	16
Paragraphe 2.- Regard statistique.....	19
A.- Présentation générales des statistiques recueillies.....	20
1.- Taux de reconnaissance d'une discrimination à partir des arrêts étudiés (2006 - 2013).....	20
2.- Taux par causes de discrimination.....	21
3.- Taux de discrimination par conséquences.....	24
4.- Taux de discrimination et taux de reconnaissance par cours d'appel.....	26
5.- Taux de reconnaissance des procédures de substitution du salarié victime ou d'actions syndicales greffées.....	29
B.- Discriminations invoquées lors de la phase de l'embauche.....	31
1.- Taux de discrimination à l'embauche par motifs.....	31
2.- Taux de reconnaissance de la discrimination à l'embauche par Cours d'appel	32

C.- Discrimination invoquée lors de la phase de l'exécution du contrat de travail	36
1.- Taux de discrimination en matière de rémunération et/ou avantages salariaux.....	36
a.- Taux de discrimination en matière de rémunération et/ou avantages salariaux par motifs.....	37
b.- Taux de reconnaissance par Cours d'appel.....	39
2.- Taux de discrimination en matière de transfert d'entreprise.....	43
a.- Taux de discrimination par motifs	43
b.- Taux de reconnaissance par Cours d'appel.....	45
3.- Taux de discrimination en matière de mutation.....	47
a.- Taux de discrimination par motifs.....	47
b.- Taux de reconnaissance par cours d'appel.....	48
4.- Taux de discrimination relatif au prononcé d'une sanction disciplinaire autre qu'un licenciement.....	51
a.- Taux de discrimination par motifs.....	51
b.- Taux de reconnaissance par Cours d'appel.....	52
5.- Taux de discrimination en matière de formation et/ou stage.....	56
a.- Taux de discrimination par motifs.....	56
b.- Taux de reconnaissance par cours d'appel.....	58
D.- Discrimination invoquée lors de la rupture du contrat de travail.....	62
1.- Taux de discrimination en matière de rupture du contrat de travail.....	62
a.- Taux de discrimination par motifs.....	63
b.- Taux de reconnaissance par cours d'appel.....	64
2.- Taux de discrimination en matière économique.....	69
a.- Taux de discrimination par motifs.....	69
b.- Taux de reconnaissance par cours d'appel.....	71
Section 1.- La notion de discrimination.....	75
Paragraphe 1.- Les sources du droit de la discrimination.....	77
A.- Des sources internationales pléthoriques mais peu invoquées.....	77
1.- Le droit international du travail.....	78
a.- Le droit de l'Organisation des Nations unies.....	78

aa.- La Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948.....	78
ab.- Les Pactes internationaux de 1966.....	80
ac.- Autres conventions internationales élaborées par l'ONU.....	84
b.- Le droit de l'Organisation internationale du travail.....	89
2.- Le droit européen.....	94
a.- Le droit du Conseil de l'Europe.....	94
b.- Le droit de l'Union européenne.....	98
B.- Des sources internes déficitaires à l'usage.....	105
1.- Des écueils structurels.....	106
a.- Confusion des principes.....	109
b.- Redondance.....	112
c.- Dispersion des textes.....	114
2.- Des écueils conjoncturels.....	116
Paragraphe 2.- Les concepts et les frontières.....	118
A.- Les concepts.....	118
1.- Présentation des notions.....	118
2.- Types de discriminations.....	120
a.- La distinction entre la discrimination directe et la discrimination indirecte.....	120
aa.- Une distinction imposée par le droit de l'Union européenne.....	121
ab.- Les précisions apportées par la Cour de justice de l'Union européenne.....	123
ac.- Mise en œuvre de la distinction.....	124
b.- Le harcèlement discriminatoire.....	129
B.- Les frontières.....	132
1.- Orientation sexuelle, harcèlement sexuel et harcèlement moral.....	133
a.- Orientation sexuelle et harcèlement sexuel.....	133
b.- Orientation sexuelle et harcèlement moral.....	138
2.- Etat de santé et harcèlement.....	141
a.- De la variation des articulations entre discrimination et harcèlement	

moral.....	141
b.- Qualification de discrimination en raison de l'état de santé ou du handicap écartée au profit de la qualification de harcèlement moral.....	150
3.- Distanciation des notions en matière de discrimination sexuelle.....	153
Paragraphe 3.- Des motifs de discrimination en expansion.....	164
A.- Des motifs avec une identité propre.....	165
1.- Les motifs unitaires.....	166
a.- L'âge.....	166
b.- Les opinions politiques.....	166
c.- Le motif « syndical » de discrimination.....	167
d.- Les convictions religieuses.....	169
e.- Le lieu de résidence.....	171
2.- Les motifs démultipliés.....	172
a.- L'origine, la race, l'appartenance ou la non appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race.....	172
b.- Le sexe.....	173
c.- L'état de santé et le handicap.....	178
B.- Des motifs gigognes.....	179
1.- Des motifs synonymes.....	179
2.- Des motifs fourre-tout.....	182
C.- Perspectives.....	185
1.- Regroupement des motifs.....	185
2.- Ajouts de nouveaux motifs.....	186
3.- La suppression des listes de motifs.....	190
Section 2.- La preuve de la discrimination.....	193
Paragraphe 1.- Les événements mettant fin a la demande.....	195
A.- L'unicité de l'instance.....	195
1.- La règle de l'unicité de l'instance.....	195
2.- Position du problème.....	196
3.- L'utilisation de la technique du découpage.....	196
B.- La prescription de l'action en discrimination syndicale.....	199

1.- L'impact de la première réforme.....	200
2.- L'impact de la seconde réforme.....	202
C.- La transaction.....	203
Paragraphe 2.- Charge de la preuve.....	203
A.- Le rôle des parties.....	203
1.- Les règles juridiques liées à l'aménagement de la charge de la preuve.....	204
2.- L'impact de cette répartition particulière.....	206
B.- Le rôle des tiers.....	207
1.- Le rôle du juge : les mesures d'instruction pouvant être ordonnées.....	207
a.- Les règles posées par la Cour de cassation.....	208
aa.- En ce qui concerne la procédure au fond.....	208
ab.- En ce qui concerne la procédure en référé.....	209
b.- L'application de ces règles par les cours d'appel.....	210
ba.- En ce qui concerne la discrimination liée à l'état de santé.....	210
bb.- En ce qui concerne la discrimination syndicale.....	211
2.- Le rôle de la Halde.....	213
a.- Présentation générale.....	213
b.- Saisine et moyens.....	215
c.- Garanties du procès équitable.....	216
d.- Recevabilité de l'intervention.....	217
e.- L'intervention de la HALDE selon la discrimination invoquée.....	218
ea.- La discrimination syndicale.....	218
eb.- La discrimination liée à l'âge.....	219
ec.- La discrimination liée au sexe.....	219
3.- Le rôle de l'inspecteur du travail.....	221
4.- Le rôle des associations.....	222
5.- Le rôle des syndicats : L'exemple de la discrimination syndicale.....	223
a.- La défense des intérêts collectifs.....	223
b.- Statistiques de l'intervention syndicale.....	223
c.- L'absence de stratégie judiciaire.....	224
d.- L'intervention d'un syndicat peut être postérieure à la tentative de	

conciliation.....	224
e.- Dommages et intérêts demandés et obtenus.....	225
f.- Constantes des interventions syndicales.....	225
g.- Les actions en substitution.....	226
Paragraphe 3.- Le fait générateur et le stade de la discrimination.....	227
A.- S'agissant de la discrimination liée à l'état de santé.....	227
1.- Découverte de l'état de santé ou du handicap lors de la période d'essai ...	227
a.- Les règles juridiques.....	227
b.- L'application de ces règles.....	228
2.- Etat de santé et évolution de carrière.....	230
a.- Discrimination liée aux absences pour maladie.....	230
aa.- Les règles juridiques.....	230
ab.- L'application de ces règles.....	231
b.- Discrimination dans l'évolution de carrière liée à l'état de santé ou au handicap.....	236
3.- État de santé et modifications du contrat de travail.....	241
a.- Les règles juridiques.....	241
b.- L'application de ces règles par les cours d'appels.....	242
4.- État de santé et rupture du contrat de travail : absence de propositions sérieuses de reclassement.....	245
B.- S'agissant de la discrimination liée à l'état de grossesse ou à la situation de famille.....	250
1.- La discrimination invoquée à l'occasion de la contestation de la rupture ou du non renouvellement du contrat.....	250
a.- Lors du licenciement.....	250
b.- Lors du non-renouvellement du contrat à durée déterminée.....	253
c.- Lors de la rupture du contrat à l'initiative de la salariée	254
2.- La discrimination dans la carrière invoquée à l'occasion de la contestation de la cause réelle et sérieuse du licenciement.....	257
C.- S'agissant de la discrimination liée à l'origine.....	261
1.- La discrimination liée à l'origine invoquée comme cause de licenciement	

.....	261
a.- L'établissement contestable de la présomption de discrimination liée à l'origine.....	261
b.- L'absence de présomption de discrimination liée à l'origine.....	264
2.- La discrimination liée à l'origine invoquée à l'occasion du non renouvellement du contrat à durée déterminée.....	269
3.- La discrimination liée à l'origine invoquée à l'occasion de la rupture du contrat à l'initiative du salarié.....	270
D.- S'agissant de la discrimination syndicale.....	272
1.- Un contentieux important au stade de l'exécution du contrat de travail....	273
2.- Un contentieux peu fréquent au stade de l'embauche et la rupture du contrat	273
E.- S'agissant de la discrimination liée à l'âge.....	274
1.- Licenciement du salarié pour insuffisance professionnelle.....	274
2.- La mise en œuvre de mauvaise foi d'une clause de mobilité.....	274
3.- La mise à la retraite du salarié.....	274
Paragraphe 4.- Les modes de preuve.....	275
A.- L'utilisation des comparaisons.....	275
1.- S'agissant de la discrimination syndicale.....	275
a.- Typologie des modes de preuve.....	276
aa.- Les éléments de fait.....	276
ab.- Les éléments objectifs.....	277
b.- La méthode d'appréciation du juge sur les éléments de fait.....	277
2.- S'agissant de la discrimination sexuelle.....	279
a.- La délicate détermination du cercle des égaux : persistance d'une « distinction genrée ».....	279
b.- Le rétablissement progressif de la balance des sexes : vers un principe d'égalité professionnelle femmes-hommes effectif.....	280
c.- Des évolutions législatives insufflées par les textes européens et la jurisprudence de la CJCE.....	281
3.- S'agissant de la discrimination liée à l'âge.....	282

a.- Quelques décisions de la Cour de cassation et de la CJUE.....	282
b.- L'arrêt de la cour d'appel d'Orléans du 15 septembre 2011.....	284
4.- S'agissant de l'orientation sexuelle.....	285
B.- Les éléments de fait permettant d'établir la présomption de discrimination. .	286
1.- S'agissant de la discrimination sexuelle.....	286
a.- Une application uniforme du mécanisme d'aménagement de la charge de la preuve.....	286
b.- Une application variable des éléments de fait requis pour admettre la présomption de discrimination sexuelle.....	287
c.- La curiosité du juge d'appel saisi d'un litige de discrimination sexuelle	290
2.- S'agissant de la discrimination syndicale.....	292
a.- Les éléments de fait permettant au salarié ayant des fonctions syndicales d'établir une présomption simple de discrimination en sa faveur.....	293
aa.- Les règles jurisprudentielles dégagées par la Cour de cassation.....	293
ab.- L'application de ces règles par les cours d'appel.....	294
aba.- Abus de droit de l'employeur dans la mise en œuvre d'une clause de mobilité.....	294
abb.- Changement d'affectation de courte durée d'un salarié ayant des fonctions syndicales.....	295
abc.- Absence de proposition de reclassements.....	296
abd.- Rémunération variable induisant une discrimination indirecte... .	297
b.- L'appréciation du juge sur les éléments de faits.....	298
ba.- Le contentieux sur l'appartenance syndicale.....	298
bb.- Les postures adoptées par les cours d'appel.....	299
3.- S'agissant de la discrimination liée à l'orientation sexuelle.....	301
a.- Les éléments de fait permettant à un salarié d'établir une présomption de discrimination liée à son orientation sexuelle.....	301
aa.- Les éléments matériels produits par le salarié.....	301
ab.- Les éléments factuels produits par le salarié.....	302
aba.- L'existence d'une politique d'embauche homophobe.....	302

abb.- L'absence d'évolution de carrière.....	303
abc.- La production d'attestations.....	303
b.- L'appréciation du juge sur les éléments de fait.....	304
ba.- La prise en considération du comportement du salarié.....	304
bb.- Le recours à une mesure d'instruction.....	305
4.- S'agissant de la discrimination liée à l'âge.....	306
5.- S'agissant de la discrimination liée à l'état de santé.....	307
b.- Un seul élément peut permettre d'établir cette présomption.....	311
ba.- Un seul élément figurant en dehors de la lettre de licenciement.....	311
bb.- Un seul élément figurant dans la lettre de licenciement.....	318
bc.- Quelques exemples où la discrimination invoquée est considérée comme reposant sur de simples allégations.....	324
Paragraphe 5.- Le motif légitime.....	329
A.- Le socle commun.....	329
B.- Les spécificités propres à chaque motif.....	330
1.- S'agissant de la discrimination liée à l'orientation sexuelle.....	330
2.- S'agissant de la discrimination liée à l'âge: l'article L. 1133-2 du Code du travail.....	334
a.- Le test de légitimité.....	334
aa.- Les dispositions législatives et réglementaires.....	334
ab.- Les pratiques de gestion des entreprises.....	336
b.- Le test de proportionnalité.....	337
3.- S'agissant de la discrimination liée à la race.....	340
4.- S'agissant de la discrimination liée à la religion.....	340
a.- Cas des salariés appartenant à une entreprise de tendance.....	341
b.- Cas des salariés exerçant une mission de service public.....	347
c.- Cas des salariés appartenant aux autres entreprises.....	352
5.- S'agissant de la discrimination liée à l'état de santé.....	359
a.- Licenciement pour motif personnel.....	359
aa.- La perturbation du fonctionnement de l'entreprise.....	359
ab.- Inaptitude non constatée par le médecin du travail.....	363

b.- Licenciement pour motif économique et textes spécifiques à l'état de santé.....	368
ba.- L'utilisation des articles L. 1133-3 et L. 5213-6 du Code du travail	368
bb.- L'utilisation de l'article L. 1233-5 du Code du travail.....	375
bc.- Le refus de caractériser une différence de traitement discriminatoire dans les indemnités contenues dans le plan de sauvegarde de l'emploi.....	378
6.- S'agissant de la discrimination liée à l'appartenance à un syndicat.....	379
Section 3.- La sanction de la discrimination.....	385
Paragraphe 1.- La qualification de la sanction.....	386
A.- Au stade du recrutement : une nullité peu mobilisée par les juges.....	387
B.- Au stade de l'exécution du contrat de travail : une nullité peu aisément retenue par les juges.....	389
1.- S'agissant de la discrimination sexuelle.....	389
2.- S'agissant de la discrimination liée à l'état de grossesse.....	391
C.- Au stade de la rupture du contrat de travail.....	392
1.- Le licenciement discriminatoire.....	392
a.- Une nullité souvent retenue par les juges d'appel.....	392
aa. S'agissant de la discrimination liée à l'état de grossesse.....	392
ab.- S'agissant de la discrimination liée à l'état de santé ou au handicap	395
ac.- S'agissant de la discrimination sexuelle.....	395
b.- Des solutions parfois contestables.....	396
ba.- La confusion fréquente entre nullité et absence de cause réelle et sérieuse de licenciement.....	396
bb. La mobilisation inutile de plusieurs fondements.....	398
bc. L'affirmation de la nullité sans référence aux textes.....	398
bd. Une confusion parfois regrettable des textes visés	399
c.- Le rejet légitime de la nullité en cas d'erreur de l'employeur, en l'absence de toute intention malicieuse.....	399
2.- La rupture de période d'essai.....	401

3.- La mise à la retraite du salarié.....	403
4.- La rupture ou le non renouvellement de CDD.....	405
a. S'agissant de la discrimination liée à l'état de santé ou au handicap.....	405
b. S'agissant de la discrimination liée à la grossesse.....	407
5.- La prise d'acte de la rupture du contrat.....	408
6.- La résiliation judiciaire du contrat de travail.....	411
Paragraphe 2.- La forme de la sanction.....	412
A.- La situation particulière du refus d'embauche.....	412
B.- La discrimination en cours d'exécution de la relation de travail.....	413
a.- S'agissant de la discrimination liée à la grossesse.....	414
b.- S'agissant de la discrimination sexuelle.....	415
ba.- L'attribution de l'avantage objet du litige.....	416
bb.- L'attribution des dommages et intérêts.....	417
bc.- Le rappel de salaires.....	418
C.- La réparation liée à la rupture du contrat de travail.....	419
1.- L'étendue de la réparation en cas de licenciement discriminatoire.....	419
a.- Une réintégration rarement prononcée par les juges du fond.....	422
aa.- De rares cas de réintégration sous astreinte.....	422
ab.- Une réintégration peu sollicitée par les justiciables.....	424
b.- L'évaluation du préjudice subi : le constat d'une absence de réelle homogénéité	424
ba.- S'agissant des discriminations liées à la grossesse	425
bb.- S'agissant de la discrimination sexuelle.....	430
bc.- S'agissant d'une discrimination liée à la race.....	430
bd.- S'agissant d'une discrimination liée à l'état de santé.....	431
2.- L'étendue de la réparation en cas de rupture de période d'essai.....	431
3.- Les bonifications d'âge et de service permettant une mise en inactivité....	432
Bibliographie – Droit du travail – Ouvrages généraux.....	437
Bibliographie – Discrimination – Généralités.....	439
I.- Ouvrages.....	439
II.- Articles, études et chroniques.....	440

Bibliographie – Discrimination – Handicap et état de santé.....	443
I.- Ouvrages.....	443
II.- Articles, études et chroniques.....	443
Bibliographie – Discrimination fondée sur l'âge.....	445
Bibliographie – Discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.....	447
I.- Ouvrages.....	447
II.- Articles, études et chroniques.....	447
Bibliographie – Discrimination syndicale.....	449
I.- Numéros spéciaux de revue.....	449
II.- Articles, études, Chroniques.....	449
Table des matières.....	451