

**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
Note de synthèse – 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**

I) PROBLEMATIQUE ET OBJECTIFS DE LA RECHERCHE

Les discriminations font l'objet en droit du travail de nombreuses études doctrinales qui décrivent non seulement les normes mais aussi la réception de celles-ci par la Cour de cassation. Cette dernière a d'ailleurs présenté en 2008, dans le cadre de son rapport annuel, une étude très détaillée de sa jurisprudence en matière de discriminations. Pour autant, même s'il convient de ne pas sous-estimer le rôle essentiel que joue la haute juridiction dans l'unification du droit, seule une étude des pratiques contentieuses devant les Cours d'appel permet de mesurer la réalité des discriminations en France et les évolutions possibles du droit. Nul n'ignore que la Cour de cassation ne s'intéresse pas aux faits car elle n'est pas un troisième degré de juridiction. En conséquence, pour comprendre le contexte d'une affaire (acteurs, circonstances, motifs de la demande ...), il est souvent indispensable de se reporter à la décision des juges du fond. La démarche est d'autant plus importante que les faits occupent une place particulière en droit du travail. Si le droit reflète dans toutes ses branches les caractères généraux de la société et évolue avec elle, le droit du travail, « plus que la plupart des autres disciplines, est déterminé par le jeu des forces en présence, et par les données de la politique, de l'économie, de la technique, et de la psychologie collective » (J. Rivéro et J. Savatier, *Droit du travail*, PUF, Thémis, 13^{ème} éd. 1993, p. 36). Et même s'il est toujours difficile d'analyser sur une longue période les éléments qui peuvent animer la jurisprudence, l'importance des faits ne doit pas être négligée. Dans une réflexion consacrée à la jurisprudence de la chambre sociale, Monsieur Laroque a d'ailleurs affirmé « les tribunaux doivent tenir compte de la diversité des situations de faits ... L'importance des faits, dans les litiges de droit du travail, de leur constatation et de leur interprétation est considérable » (J. Laroque, *Réflexions sur la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation*, Mélanges Camerlynck, 1978, p. 34). Bien évidemment, même si la situation de fait a été déterminante dans le raisonnement des juges du fond, il faudra ensuite trouver l'argumentation juridique permettant de conforter la solution retenue pour éviter la censure de la Cour de cassation. Le processus que l'on vient de décrire revêt une importance particulière en matière de discriminations. C'est d'abord un individu qui a le sentiment d'être traité de manière moins favorable qu'une autre personne et cette prise de conscience va éventuellement déboucher sur une action en justice. L'examen des décisions des juges du second degré devrait permettre de comprendre qui mobilise l'appareil judiciaire et dans quelles

circonstances. La réponse apportée par les Cours d'appel est aussi essentielle pour comprendre les chances réelles de succès d'une action.

Pour comprendre comment les Cours d'appel appréhendent les dispositions relatives aux discriminations, le dispositif mis en place s'appuie sur quatre éléments.

a. Etude des situations de fait

La situation de fait désigne les faits qui ont donné lieu au procès (L. Leveneur, Situations de fait et droit privé, Bibliothèque de droit privé, LGDJ 1990, n° 2 et 3) et ceux-ci doivent être largement entendus. A titre d'illustration, on peut retenir les circonstances, les événements, les actions ou encore les comportements qui vont pousser à l'action en justice.

Plus précisément, il conviendra d'abord de s'intéresser à l'auteur de l'action en justice : la victime ou éventuellement le syndicat. Ce dernier peut agir en justice à la place de tout salarié s'estimant victime d'une discrimination prohibée par l'article L. 1132-1 du Code du travail ou d'un harcèlement sexuel ou moral (article L. 1154-2 du Code du travail). Par ailleurs, l'article L. 1134-3 du Code du travail autorise aussi les associations régulièrement constituées depuis cinq ans au moins pour la lutte contre les discriminations à agir en justice. Une attention particulière doit également être accordée aux hypothèses dans lesquelles la discrimination est invoquée : recrutement, sanctions disciplinaires, exécution ou rupture du contrat de travail. L'étude devrait aussi permettre de mesurer la place occupée par le harcèlement dans l'argumentation du salarié. Depuis la loi du 27 mai 2008 qui a transposé les directives communautaires, on sait que le harcèlement est discriminatoire s'il est fondé sur 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. Il conviendra enfin de s'intéresser à l'attitude du demandeur et la réponse du juge lorsqu'il existe plusieurs motifs de discrimination.

b. Etude de la notion de discrimination

Comment le concept de discrimination est-il appréhendé par les salariés et les employeurs ? Qu'est-ce qui caractérise, selon les Cours d'appel, une discrimination ? L'étude du contentieux de la discrimination va permettre de revenir sur les frontières qui séparent les contestations relatives aux discriminations proprement dites et celles qui concernent l'égalité de traitement en général. On rappellera que l'interdiction des discriminations renvoie souvent à une certaine idée de l'homme alors que le principe d'égalité signifie que la société doit

traiter de la même manière des situations identiques ou similaires. L'analyse des décisions des Juges du second degré devrait permettre de voir sur quel terrain le salarié décide d'agir. L'approche judiciaire du contentieux de la discrimination indirecte ne doit pas non plus être négligée. Cette dernière existe lorsqu'une disposition, un critère, ou une pratique, bien que neutre en apparence, est susceptible d'entraîner, en raison d'un motif discriminatoire, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes. Le rôle du juge dans la recherche d'éléments destinés à laisser supposer l'existence d'une discrimination indirecte devra aussi faire l'objet d'un examen particulier.

L'approche du contentieux des discriminations par le juge du second degré doit aussi prendre en considération les sources mobilisées. Le raisonnement se fonde sans doute en priorité sur le droit national. Mais le droit communautaire, qui a largement contribué à faire évoluer le droit français en matière de discriminations, peut aussi avoir un impact non négligeable. Le recours à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme est également utile. Ainsi l'article L. 1132-1 du Code du travail n'inclut pas dans sa liste des motifs prohibés le critère de la « fortune » alors que cet élément figure au sein de l'article 14 de la Convention européenne. De façon plus générale, on peut relever que le principe de non-discrimination comporte de nombreux fondements juridiques ayant un effet direct. Sans être exhaustif, on peut citer : - l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme dont le *Rapport annuel de la Cour de cassation pour l'année 2008* s'est fait l'écho (pp. 67-81) ; les traités de l'Union européenne (Art. 2 et 18 TFUE) - la Charte sociale européenne (Art. 20) ; - la Convention OIT n° 111 concernant la discrimination (emploi et profession) de 1958 ; - la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (Art. 21) ; - Le Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels (Art. 2). Au vue de la multiplicité des fondements juridiques internes et internationaux, l'étude des arrêts rendus en appel présente l'intérêt de connaître avec précision l'usage de ces fondements dans le cadre des litiges prudhommaux intervenant devant les juridictions du second degré. D'une part, cette analyse aiderait à déterminer de quelle manière et avec quelle régularité les plaideurs invoquent les textes internationaux dans le contentieux de la discrimination. D'autre part, cela permettrait d'établir de quelles façons ces normes sont interprétées par les Cours d'appel au regard de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation.

c. Etude du régime juridique de la discrimination

En matière de discrimination, la question de la preuve est essentielle pour mesurer l'application du droit. Au niveau de la charge de la preuve, il appartient au salarié qui se prétend victime d'une mesure discriminatoire de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de caractériser une discrimination et il incombe à l'employeur d'établir que la disparité de traitement constatée est justifiée par des éléments objectifs, étrangers à toute discrimination. Mais quel est le niveau d'exigence fixé par le juge pour considérer que les éléments produits par le salarié sont suffisants pour présumer l'existence d'une discrimination ? Quelles sont les mesures d'instruction éventuellement ordonnées par le juge ? Quelle place accorde-t-on aux données quantitatives (méthode statistique) ? Par ailleurs, il existe depuis la loi du 27 mai 2008, un principe général de dérogation à l'interdiction des discriminations. Les différences de traitement sont possibles lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée. Peut-on parler d'une fragilisation du dispositif de lutte contre les discriminations ? Il est certain que le juge doit opérer un contrôle non négligeable sur les justifications avancées pour éviter un tel écueil. Quelle place la Cour d'appel fait-elle à la bonne foi ou à l'absence d'intention de nuire de l'employeur ? Quelle est l'influence des autorités extérieures à l'entreprise (médecin du travail, inspection du travail, défenseur des droits ...) sur la démonstration de la vérité ?

La question de la réparation est aussi au cœur du sujet. Le licenciement fondé sur un motif discriminatoire doit évidemment être annulé. Mais la valeur d'un système juridictionnel en matière de relations de travail doit s'apprécier par rapport à la possibilité pour un salarié d'obtenir sa réintégration en cas de licenciement illicite. Si le salarié opte pour une réparation pécuniaire, comment le préjudice est-il apprécié par le juge ? Dans les autres cas (refus de formation, de promotion ...), le rétablissement de la légalité doit également être ordonné. Il convient d'examiner les mesures matérielles prises par le juge pour mettre un terme à la situation illicite. Quel montant pour les dommages-intérêts ? Certaines discriminations sont-elles sanctionnées plus sévèrement que d'autres ?

d. Etude des cas de discrimination

Il conviendra de s'intéresser aux hypothèses de discrimination rencontrées (sexuelle, syndicale, raciale ...) et surtout à l'analyse opérée par les juges du fond. Parfois l'approche peut être sensiblement différente de celle retenue par la Cour de cassation. Ainsi, certaines Cours d'appel admettent très difficilement la possibilité pour la maladie de perturber le bon fonctionnement de l'entreprise. Par ailleurs, l'article L. 1132-1 du Code du travail prévoit

actuellement 22 hypothèses susceptibles de caractériser une discrimination. Quels sont les cas les plus fréquents ? les juges du fond ont-ils découvert d'autres hypothèses ? Le sujet devrait aussi permettre de voir la protection réellement accordée aux titulaires de l'action en justice ou encore aux témoins. L'interdiction des discriminations ne peut effective que si une réelle protection contre les mesures de rétorsion est en pratique assurée.

II) METHODOLOGIE DE LA RECHERCHE

L'étude a été réalisée par l'équipe de recherches en droit social (LEREDS) de l'Université de Lille 2. Cette équipe, qui est intégrée au centre de recherches Droits et perspectives du droit (CRDP), est composée de chercheurs spécialisés en droit du travail.

Pour avoir une photographie précise du contentieux des discriminations devant les Cours d'appel, il était indispensable de réunir un appareil jurisprudentiel suffisant. C'est pourquoi, une convention a été signée avec la Cour de cassation pour obtenir la mise à disposition des arrêts d'appel figurant dans sa base de données JURICA. Suite à différentes requêtes à partir de mots clés (discrimination, sexe, état de santé, religion ...), 1578 décisions nous ont été fournies pour la période 2006-2013. Le choix de cette période s'explique par le fait que la base de données JURICA ne permet pas une étude significative avant 2006.

Après le dépouillement des arrêts touchant les questions de discrimination, les enseignants chercheurs se sont répartis les axes de recherche en fonction de leur intérêt et de leur spécialité.

Les thèmes retenus sont les suivants :

- Discriminations fondées sur les activités syndicales sous la direction de Jean-Philippe Tricoit et Thomas Morgenroth
- Discriminations fondées sur l'état de santé sous la responsabilité de Bérengère Legros et Aurélien Stivala
- Discriminations fondées sur l'âge sous la responsabilité de Bernard Bossu et Jean-philippe Tricoit
- Discriminations fondées sur le sexe sous la responsabilité de François Bizeur et Céline Leborgne
- Discriminations fondées sur la race sous la responsabilité de Laurence Peru-Pirotte
- Discriminations fondées sur la religion sous la responsabilité de Laurence Peru-Pirotte
- Discriminations fondées sur les mœurs et l'orientation sexuelle sous la responsabilité

d'Alexandre Barège et Bernard Bossu

Une veille jurisprudentielle a été mise en ligne sur le site Internet du CRDP. Cette veille analyse de façon approfondie, dans le cadre des thèmes précités, les arrêts les plus significatifs.

Par ailleurs, les membres de l'équipe ont échangé leurs données lors de réunions régulières afin d'enrichir la recherche et d'engager une réflexion commune sur la question des discriminations. L'objectif est d'identifier les demandes (qui mobilise le juge et dans quelles circonstances ?) mais aussi de présenter la réponse apportée par l'outil juridique (quelle répartition de la charge de la preuve, comment les discriminations sont-elles caractérisées, quelle réparation ?). Le but recherché est aussi la compréhension des stratégies qui peuvent être opérées par les acteurs du procès. Au-delà de la nécessité de faire respecter les droits fondamentaux des salariés, l'action en justice est utilisée en droit du travail comme un outil au service de la transformation du droit. Les syndicats de salariés vont déterminer des objectifs à atteindre sur le plan juridique. Puis il faudra convaincre le juge du bien fondé de l'argumentation en le sensibilisant notamment au sentiment d'injustice. Une telle démarche est particulièrement appropriée lorsqu'il s'agit de combattre les discriminations.

Les données recueillies ont aussi donné lieu à une étude statistique avec la réalisation de tableaux. Ces derniers permettent de mesurer notamment les taux de reconnaissance des discriminations par Cours d'appel, par motifs ou encore par conséquences (sanction disciplinaire, rupture du contrat ...). Avec ces données statistiques, on peut ainsi disposer d'une photographie des pratiques contentieuses ; qui mobilise le juge et dans quelles circonstances ?

III) PRINCIPALES CONCLUSIONS ET PISTES DE REFLEXION

Plusieurs enseignements peuvent être tirés de la recherche.

D'un point de vue statistique, 47 % des décisions reconnaissent l'existence d'une discrimination. Celle-ci porte principalement sur l'activité syndicale (46,3 % des décisions), le genre (24 % des décisions), l'état de santé (14,6 % des décisions) et l'âge (6,5 % des décisions). Par ailleurs, les discriminations invoquées portent d'abord sur le retard dans l'avancement de carrière (34,6 % des décisions) puis sur le licenciement (23,3 % des

décisions). On notera également qu'au stade de l'action en justice, le salarié a tendance à démultiplier les motifs possibles de discrimination pour obtenir satisfaction.

Pour résoudre les litiges, les juges du fond s'appuient peu sur les sources internationales. Toutefois, par exception, le droit de l'Union européenne est régulièrement mobilisé pour résoudre les litiges liés à la discrimination fondée sur l'âge.

Au niveau du fond, on retiendra que, même si les cours d'appel sont sensibles à la problématique des discriminations, une certaine confusion existe dans le maniement des concepts (discrimination, égalité de traitement et harcèlement discriminatoire), ce qui engendre des problèmes de frontières. Certaines Cours d'appel font ainsi une utilisation aléatoire des principes d'égalité de traitement hommes-femmes et de non-discrimination fondée sur le sexe. Cette confusion terminologique peut s'expliquer par un manque de rigueur dans la rédaction des textes. Ainsi, s'agissant des travailleurs handicapés, l'article L. 5213-6 du Code du travail prévoit d'une part, que pour garantir le respect du principe d'égalité de traitement l'employeur doit prendre des mesures appropriées et d'autre part, que le refus de prendre des mesures peut être constitutif d'une discrimination. Le harcèlement discriminatoire demeure aussi une notion peu connue.

La dispersion des textes favorise aussi le manque de lisibilité des règles. Ainsi l'article L. 1132-1 du Code du travail renvoie à l'article 1^{er} de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations pour définir les notions de discrimination directe et indirecte. La liste des motifs prohibés est également variable selon les textes. Ainsi, l'article L. 1321-3 du Code du travail qui prohibe les discriminations au sein du règlement intérieur ne reprend pas l'ensemble des motifs figurant dans l'article L. 1132-1 du Code du travail. Enfin, les sanctions pénales sont réparties dans différents codes, notamment le Code du travail et le Code pénal.

Les motifs de discrimination sont en constance augmentation ; l'article L. 1132-1 ayant connu une immense fortune depuis 1982. Mais ces motifs, qui renvoient à une réalité plus ou moins bien exprimée, ne sont pas définis par le législateur. En conséquence, le juge peut avoir une conception plus ou moins extensive des interdictions. Que faut-il entendre par apparence physique ? Comment comprendre « l'origine, l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race » ? Par ailleurs, on peut s'étonner de l'absence de certains motifs comme l'origine sociale, la langue ou encore la couleur de la peau.

S'agissant de l'aménagement de la charge de la preuve, les règles juridiques sont correctement maîtrisées par les juges. Le demandeur est tout d'abord tenu d'établir une

présomption simple de discrimination en sa faveur. Les décisions étudiées montrent que les juges ne se contentent pas d'allégations vagues, ils exigent des faits précis et circonstanciés. Il convient d'éviter des actions sans fondement et le ressenti discriminatoire n'est pas suffisant. Les éléments retenus pour présumer l'existence d'une discrimination peuvent être très divers : témoignages (attestations de collègues ou de clients), courriels, rapports, fiches de notation, analyse des organigrammes, absence de fourniture de travail, absence d'évolution dans la carrière, compte-rendu d'un entretien, déclarations à l'occasion de réunions avec les représentants du personnel ... On notera que la Cour de cassation privilégie la méthode globale : il appartient au juge d'apprécier si les éléments de fait laissent supposer, dans leur ensemble, l'existence d'une discrimination. Visiblement, certaines Cours d'appel préfèrent retenir une recherche plus analytique : chaque élément de fait est examiné séparément. L'intervention du défenseur des droits octroie sensiblement les chances de démontrer l'existence d'une discrimination. En revanche, l'action de substitution ouverte aux syndicats ou aux associations est très peu utilisée. Les interventions syndicales sur le fondement de la défense des intérêts collectifs sont aussi très faibles. Des mesures d'instruction sont assez régulièrement ordonnées par le conseil de prud'hommes, beaucoup plus rarement au stade de la Cour d'appel.

Dès lors que la présomption de discrimination est établie, il appartient à l'employeur de démontrer que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Les motifs les plus fréquemment avancés sont : l'ancienneté, l'expérience, la différence de diplôme, les compétences professionnelles, l'insuffisance professionnelle ... Pour le motif de la race, dès lors que la discrimination est établie, la justification avancée par l'employeur est systématiquement rejetée par les Cours d'appel. De façon globale, il est très difficile pour un employeur de faire tomber la présomption de discrimination. Par ailleurs, si la discrimination a été réalisée par un subordonné, on reprochera très souvent à l'employeur son attitude passive ou une réaction trop modérée. La jurisprudence la plus récente est plus sensible à la souffrance morale que peut subir la victime d'un harcèlement ou d'une discrimination. L'évolution est particulièrement nette s'agissant des discriminations liées à l'orientation sexuelle. Le contexte professionnelle, familiarité ou encore plaisanterie facile au sein de l'entreprise, ne justifie plus les comportements homophobes dès lors que la victime a clairement manifesté sa désapprobation.

La sanction de la discrimination soulève plusieurs difficultés. On peut tout d'abord regretter que certaines Cours d'appel continuent à confondre la nullité du licenciement et l'absence de cause réelle et sérieuse. Ensuite, il est très difficile de comprendre les critères retenus pour

fixer le montant des dommages-intérêts, les juges précisant très rarement les chefs de préjudice. On notera que si le salarié a peu d'ancienneté, le montant des dommages-intérêts dépasse rarement six mois de salaires. Enfin, même si la réintégration est un droit en cas de discrimination, elle est très peu sollicitée par le salarié.

En définitive, il nous semble qu'il serait souhaitable d'harmoniser les textes du Code du travail et du Code pénal (Liste identique de motifs, harmonisation des situations donnant lieu à protection, harmonisation des sanctions) pour rendre plus efficace la lutte contre les discriminations et certains motifs devraient être ajoutés (origine sociale, couleur de peau, langue). Par ailleurs, le Code du travail devrait comprendre une définition claire et accessible des concepts (discrimination directe et indirecte, harcèlements). Enfin, une réflexion doit être menée sur les acteurs qui pourraient être mobilisés pour aider la victime d'une discrimination. Les syndicats semblent peu actifs sur cette question sauf dans l'hypothèse d'une discrimination syndicale. Pourtant, parce que la question de la preuve demeure délicate, il est indispensable que la victime puisse être aidée dans ses démarches.