

THÈSES

Le traitement
juridique de
la discrimination
dans l'entreprise

VINCENT MANIGOT

Préface de
Bernard Teyssié

RÉFLEXIONS
SUR UN RISQUE

PLANÈTE
SOCIAL



LE TRAITEMENT
JURIDIQUE DE
LA DISCRIMINATION
DANS L'ENTREPRISE

LE TRAITEMENT JURIDIQUE DE LA DISCRIMINATION DANS L'ENTREPRISE

RÉFLEXIONS SUR UN RISQUE

Vincent Manigot
Docteur en droit



Planète Social est un fond de dotation qui a pour objet principal, d'une part, de promouvoir les bonnes pratiques sociales pour favoriser le développement économique, social et de l'emploi des entreprises industrielles de toutes tailles au niveau national et international, d'autre part, de favoriser en partenariat avec l'Université, les Grandes Ecoles et la recherche, le développement d'une culture managériale qui intègre la dimension humaine et sociale au cœur de la stratégie des entreprises.

Avertissement de l'Éditeur

Toute utilisation ou traitement automatisé, par des tiers, de données personnelles pouvant figurer dans cet ouvrage sont formellement interdits.



Le logo qui figure sur la couverture de ce livre mérite une explication. Son objet est d'alerter le lecteur sur la menace que représente pour l'avenir de l'écrit, tout particulièrement dans les domaines du droit, de l'économie et de la gestion, le développement massif du photocopillage.

Le Code de la propriété intellectuelle du 1^{er} juillet 1992 interdit en effet expressément la photocopie à usage collectif sans autorisation des ayants droit. Or, cette pratique s'est généralisée dans les établissements d'enseignement supérieur, provoquant une baisse brutale des achats de livres au point que la possibilité même pour les auteurs de créer des œuvres nouvelles et de les faire éditer correctement est aujourd'hui menacée.

© Planète Social, 2012
34, av. Charles De Gaulle
92220 Neuilly S/Seine

Cette œuvre est protégée dans toutes ses composantes (y compris le résultat des savoirs mis en œuvre, des recherches, des analyses et des interprétations effectuées et, de manière générale, des choix de fond et de forme opérés dans le cadre de la **consolidation** des textes reproduits) par les dispositions du Code de la propriété intellectuelle, notamment celles relatives aux droits d'auteur. Ces droits sont la propriété exclusive de Planète Social. Toute reproduction intégrale ou partielle, par quelque moyen que ce soit, non autorisée par Planète Social ou ses ayants droit, est strictement interdite. Planète Social se réserve notamment tous droits au titre de la reproduction par reprographie destinée à réaliser des copies de la présente œuvre sous quelque forme que ce soit aux fins de vente, de location, de publicité, de promotion ou de toute autre utilisation commerciale conformément aux dispositions de l'article L. 122-10 du Code de la propriété intellectuelle relatives à la gestion collective du droit de reproduction par reprographie.

À Audrey, *pour sa présence et sa patience, longuement mise à l'épreuve ;*
À mes parents, *pour leur inestimable dévotion ;*
À mes grands-parents, *sources d'inspiration pour une vie ;*
À Seb, *souvent ailleurs mais toujours présent.*

À Monsieur le Professeur Teysié, *pour son indéfectible soutien.*
Qu'il trouve ici la preuve de ma reconnaissance imprescriptible.

Liste des principales abréviations

A.	Arrêté
AJDA	<i>Actualité juridique de droit administratif</i>
AJP	<i>Actualité juridique Pénal</i>
Al.	Alinéa
AN.	Assemblée nationale
ANI	Accord national interprofessionnel
<i>Arch. phil. dr.</i>	<i>Archives de philosophie du droit</i>
Ass. plén.	Assemblée plénière
BO	<i>Bulletin officiel</i>
<i>BS Lefebvre</i>	<i>Bulletin social Francis Lefebvre</i>
<i>Bull. civ.</i>	<i>Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation</i>
<i>Bull. crim.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation</i>
CA	Cour d'appel
<i>Cah. dr. eur.</i>	<i>Cahiers de droit européen</i>
<i>Cah. DRH</i>	<i>Les cahiers du DRH</i>
<i>Cah. soc. barreau Paris</i>	<i>Cahiers sociaux du barreau de Paris</i>
Cass. 1 ^{er} , 2 ^e civ.	Cour de cassation, 1 ^{er} ou 2 ^e chambre civile
Cass. ass. plén.	Cour de cassation, assemblée plénière
Cass. crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
Cass. soc.	Cour de cassation, chambre sociale
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
CDE	<i>Cahiers de droit de l'entreprise</i>
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CGCT	Code général des collectivités territoriales
Chron.	Chronique
Circ.	Circulaire
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Comm.	Communication
Concl.	Conclusions
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Cons. prud'h.	Conseil de prud'hommes
Conv.	Convention
CPC.	Code de procédure civile
C. pén.	Code pénal
CSS	Code de la sécurité sociale
C. trav.	Code du travail
D.	<i>Recueil Dalloz</i>
D.	Décret
DDHC	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen
Délib.	Délibération
Dir.	Directive
<i>Dr. adm.</i>	<i>Droit administratif</i>
<i>Dr. ouvrier</i>	<i>Droit ouvrier</i>
<i>Dr. pén.</i>	<i>Droit pénal</i>
<i>Dr. soc.</i>	<i>Droit social</i>
éd.	Édition

Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	<i>Gazette du Palais</i>
Infra	Ci-dessous
Instr.	Instruction
JCl.	<i>JurisClasseur – Encyclopédies</i>
JCP A	<i>JurisClasseur Périodique</i> , éd. Administration et collectivités territoriales
JCP E	<i>JurisClasseur Périodique</i> , éd. Entreprise et affaires
JCP G	<i>JurisClasseur Périodique</i> , éd. Générale
JCP S	<i>JurisClasseur Périodique</i> , éd. Sociale
JO	<i>Journal officiel</i> de la République française
JOAN Q	<i>Journal officiel</i> Assemblée nationale, réponses ministérielles à questions écrites
JOCE	<i>Journal officiel</i> des Communautés européennes
JO Sénat Q	<i>Journal officiel</i> Sénat, réponses ministérielles à questions écrites
JOUE	<i>Journal officiel</i> de l'Union européenne
JSL	<i>Jurisprudence sociale Lamy</i>
L.	Loi
Liaisons soc.	<i>Liaisons sociales</i>
LPA	<i>Les Petites affiches</i>
Mél.	<i>Mélanges</i>
Obs.	Observations
Ord.	Ordonnance
Rapp.	Rapport
Rapp. C. cass.	Rapport de la Cour de cassation
RDP	<i>Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger</i>
RD sanit. soc.	<i>Revue de droit sanitaire et social</i>
RDT	<i>Revue de Droit du travail</i>
Recomm.	Recommandation
Rép.	Réponse
Rev. éco.	<i>Revue économique</i>
Rev. sc. crim.	<i>Revue de science criminelle et de droit pénal comparé</i>
RF sc. pol.	<i>Revue française de science politique</i>
RID comp.	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
RJS	<i>Revue de jurisprudence sociale</i>
RLDI	<i>Revue Lamy Droit de l'immatériel</i>
RPDS	<i>Revue pratique de droit social</i>
RTD civ.	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
RTD com.	<i>Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique</i>
RTDE	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>
RTDH	<i>Revue trimestrielle des droits de l'homme</i>
Supra	Ci-dessus
T. corr.	Tribunal correctionnel
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TGI	Tribunal de grande instance
TPS	<i>Travail et protection sociale</i>
V.	Voir

Préface

L'égalité est une ambition, un rêve peut-être, même si le mot est gravé au fronton de la République... Elle doit être égalité des chances. La charge de l'assurer incombe d'abord, voire exclusivement, à l'État. Elle doit être aussi égalité de traitement offerte à tous ceux qui se trouvent dans une situation comparable. Le propos vaut pour la puissance publique et, au-delà, pour tous ceux qui sont appelés à assembler, organiser, gérer un groupe d'hommes. L'entreprise, alors, est vite sur la sellette : lieu majeur d'assemblage des compétences, d'organisation d'une communauté humaine, de gestion d'ambitions partagées, elle est constamment exposée au risque d'être accusée de favoriser certains ou, les propositions étant réversibles, d'en défavoriser d'autres alors que les uns et les autres possèdent d'identiques qualités professionnelles.

À l'étude de ce risque, Vincent Manigot s'est attaché. En apprécier les contours et en mesurer l'ampleur, explorer les voies de nature à le réduire (voire à l'anéantir, pour autant qu'en pratique, il n'y ait point là quelque inatteignable ambition) supposait attention et énergie. Le risque est proluxe et diffus. Son identification est, en soi, un exercice complexe. Il peut se cacher dans les replis de discriminations indirectes d'autant plus difficiles à éviter qu'elles peuvent naître insensiblement, au fil du temps, sous l'insidieuse pression de données sociales ou de contraintes économiques que l'entreprise subit, plus qu'elle ne les provoque. Il peut naître au détour de mesures adoptées pour assurer la présence ou la promotion de groupes considérés comme insuffisamment représentés ou non encore investis de la place qui devrait être la leur dans l'entreprise : sous la bannière de l'égalité (à laquelle il faudrait parvenir) sont promues des politiques inégalitaires (auxquelles il faudrait se résoudre) qui peuvent se révéler elles-mêmes riches d'effets pervers.

Dans l'entreprise aussi l'enfer peut être pavé de bonnes intentions... Or, l'erreur a un coût qui peut se révéler considérable. Il ne se réduit pas au risque de condamnations civiles (donc au paiement de dommages-intérêts) ou de poursuites pénales (aussi désagréables soient-elles, singulièrement pour celui qui se trouve pris dans les filets de l'infraction alors qu'il estime avoir eu un comportement irréprochable). Plus grave peut se révéler le coût social et économique résultant de la dénonciation de pratiques discriminatoires illicites de nature à détourner de l'entreprise une fraction de sa clientèle : des années d'investissement dans une coûteuse politique de communication, conduite à coup de mécénats, partenariats, campagnes de presse, peuvent être ruinées en quelques semaines, voire en quelques jours.

De l'illicite, il ne faut point trop attendre qu'il demeure longtemps impuni : l'arsenal des textes qui, directement ou non, incitent à le dénoncer s'est, au cours des ans, sensiblement enrichi ; les syndicats et les représentants du personnel sont attentifs à le pourchasser (notamment dans celles de ses manifestations qui peuvent

affecter leur présence ou leur action dans l'entreprise) ; l'inspection du travail, la HALDE (naguère), le Défenseur des droits (aujourd'hui) sont de vigilants gardiens du respect de l'impératif d'égalité dès lors qu'il n'est point de justification à l'inégalité constatée. Prise dans l'entrelacs de règles de preuve qui placent le défendeur dans la difficile situation d'avoir à démontrer le bien-fondé de décisions de recrutement (ou de non-recrutement), de promotion (ou de non-promotion), d'exclusion (ou de dérivation) prises parfois des années auparavant, l'entreprise peut se trouver rapidement confrontée à une situation complexe d'où elle ne sortira pas indemne (du moins médiatiquement, même si judiciairement il n'est pas totalement exclu qu'il en aille différemment).

Il faut savoir gré à Vincent Manigot, au-delà de l'analyse minutieuse du risque de discrimination, d'avoir exploré l'ensemble des voies de nature à emporter son éviction ou à en réduire la présence. Les pages qu'il y consacre méritent que tous ceux qui se préoccupent de l'organisation et de la gestion des entreprises y portent une particulière attention. La nécessité, les mérites, mais aussi les limites des politiques d'évaluation individuelle des salariés sont remarquablement analysés. La pertinence des dispositifs collectifs de gestion du risque, à base de négociation collective (suscitée par les pouvoirs publics ou spontanée), est mise en lumière.

Auteur d'une œuvre forte, Vincent Manigot offre des clés pour comprendre et des outils pour agir. L'ouvrage est, à bien des égards, courageux. Tout dogmatisme est refusé : le propos, fortement étayé, est toujours mesuré. Ce n'est point le moindre des atouts d'un livre – servi par une plume vigoureuse – dont chacun, désormais, peut apprécier l'apport. Il est considérable...

Bernard TEYSSIE
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)
Président honoraire de l'Université

Sommaire

Introduction.....	1
-------------------	---

PREMIÈRE PARTIE

LA DÉTERMINATION DU RISQUE

Titre 1 : L'IDENTIFICATION DU RISQUE.....	21
Chapitre 1 : LES FRONTIÈRES DU RISQUE.....	23
Chapitre 2 : LES COMPORTEMENTS À RISQUE.....	91
Titre 2 : LA RÉVÉLATION DU RISQUE.....	165
Chapitre 1 : LA RÉVÉLATION INTERNE.....	167
Chapitre 2 : LA RÉVÉLATION EXTERNE.....	193

DEUXIÈME PARTIE

LA GESTION DU RISQUE

Titre 1 : L'ÉVICTION DU RISQUE.....	227
Chapitre 1 : LES DISPOSITIFS INDIVIDUELS D'ÉVICTION DU RISQUE.....	229
Chapitre 2 : LES DISPOSITIFS COLLECTIFS D'ÉVICTION DU RISQUE.....	273
Titre 2 : LA RÉALISATION DU RISQUE.....	303
Chapitre 1 : LE RÉGIME DU CONTENTIEUX.....	305
Chapitre 2 : LES SANCTIONS DES DISCRIMINATIONS.....	331
Conclusion générale.....	353
Bibliographie.....	355
Index alphabétique.....	375

Il faut cultiver l'indifférence et non la différence⁽¹⁾.

(1) D'après Les trois frères, film de B. Campan et D. Bourdon, 1995.

Introduction

1. – **Une utopie.** L'égalité entre les hommes n'est qu'une utopie. Dès la naissance, surgissent les différences et les distinctions que le sexe, la couleur de peau, l'origine semblent justifier. La vie en société accentue ce constat : les croyances, les opinions ou le statut social sont autant de critères qui permettent de distinguer entre les hommes, ou, par contrecoup, de les réunir. Des sociologues ont ainsi établi que les individus ont une préférence pour ce qui leur apparaît comme identique⁽¹⁾. En rejetant ce qui lui est extérieur et constitue *a priori* une menace⁽²⁾, un groupe se renforce à mesure que se développe un sentiment d'appartenance. Mais indubitablement, l'attraction pour le semblable a pour effet d'exclure ceux qui diffèrent du référentiel commun. Leur exclusion se justifie alors par leur infériorité présumée. Les identités dominantes tireraient avantages de leur différenciation avec l'« autre » pour construire leur propre hégémonie⁽³⁾. Mais celle-ci se dissipe lorsque des individus autrefois séparés sont amenés à collaborer⁽⁴⁾. Au contact de l'autre, on perçoit souvent la futilité du critère de distinction autrefois érigé en ligne de démarcation absolue. Les bénéfices sur la cohésion du groupe et l'apparente logique issue du rejet du différent s'estompent à mesure que la collectivité s'ouvre sur l'extérieur.

2. – **Relativité.** Les individus ne sont qu'une combinaison unique de spécificités et aucun homme n'est en tout point identique à un autre. Tous sont différents⁽⁵⁾. Pourquoi, dans ces conditions, seules certaines spécificités sont-elles sources de rejet ? Pour Pierre Bourdieu, « une différence, une propriété distinctive (...) ne devient une différence visible, perceptible, non indifférente, socialement pertinente, que si elle est perçue par quelqu'un qui est capable de faire la différence⁽⁶⁾ ». Une caractéristique ne formalise une différence source de marginalisation que lorsqu'elle

(1) Sur la notion de « clonage culturel » qui s'intéresse moins à l'exclusion de ceux à qui l'on a attribué un statut inférieur fondé sur la différence perçue, qu'à la préférence pour l'identique, visant à reproduire une homogénéité imaginaire, V. E. Philomena, *Racisme et préférence pour l'identique : du clonage culturel dans la vie quotidienne*, Actuel Marx, 2005/2, n° 38, p. 103 et s., spéc. p. 110.

(2) Selon certains sociologues, la « théorie de la menace » expliquerait la persistance de la xénophobie. Une population rejeterait d'autant plus ce qui lui apparaît comme étranger lorsqu'elle estime que les minorités sont une menace sur ses propres intérêts (sur cette théorie et ses limites, V. notamment G. Roux, *Xénophobie, cultures politiques et théorie de la menace : une comparaison européenne* : *RF sc. pol.* 2008, vol. 58, p. 69 et s.). Ainsi, la construction de l'Union européenne aurait pour effet indirect la recrudescence du racisme et du repli sur soi (en ce sens, V. C. Haguenu-Moizard, *La lutte contre le racisme par le droit en France et au Royaume-Uni* : *RID comp.* 1999, p. 347 et s., spéc. p. 346 : « Les craintes suscitées par la construction européenne, la quête de repères entraînent une montée en puissance des identités nationales. Dans cette perspective, les immigrés sont de plus en plus perçus comme inassimilables et subissent des réactions de rejet »).

(3) W. Pohl, *Aux origines d'une Europe ethnique. Transformations d'identités entre Antiquité et Moyen Âge* : *Annales. Histoire, Sciences sociales* 2005, p. 183 et s., spéc. p. 186.

(4) Les études économiques démontrent que « si le salarié appartient au groupe de l'employeur, ce dernier connaît sa véritable productivité. S'il appartient au groupe discriminé, que l'employeur ne connaît pas, ce dernier pense qu'il est en moyenne moins productif que son propre groupe et le paye alors selon cette moyenne et non selon sa productivité réelle. Dans les deux cas, la discrimination tend à disparaître dans le long terme » (en ce sens, V. C. Berson, *Concurrence imparfaite et discrimination sur le marché du travail* : *Rev. éco.* 2011, p. 409 et s., spéc. p. 410.

(5) Pour le nouveau *Petit Robert*, la différence est « ce qui distingue une chose d'une autre ».

(6) P. Bourdieu, *Raisons pratiques. Sur la théorie de l'action*, Le Seuil, 1994, p. 24.

est identifiée comme telle par une autorité⁽⁷⁾. Souvent, les fondements des exclusions d'aujourd'hui sont à rechercher dans des distinctions autrefois considérées comme légitimes. Si elles sont actuellement remises en cause, un regard sur le passé rappelle qu'elles ont longtemps été admises par le corps social et consacrées par le droit. Malgré les prohibitions de principe dont elles sont l'objet, leur persistance s'explique en partie par l'héritage que chacun perpétue.

3. – Placée sur un terrain accidenté par les errements de l'Histoire (§ 1), la construction du dispositif interne prohibant les discriminations fut laborieuse (§ 2). L'édifice bâti est aujourd'hui soumis à des forces contraires susceptibles de le déstabiliser (§ 3).

§ 1. – Un terrain accidenté

4. – **Naissance.** « La différenciation sociale la plus importante à l'époque ancienne [parmi les hommes libres⁽⁸⁾] » résulte du premier instant de la vie. Certains naissent patriciens⁽⁹⁾, d'autres plébéiens. Les premiers tentent d'exercer un monopole sur les fonctions supérieures et mettent les seconds à l'écart de l'ensemble des aspects de la vie sociale⁽¹⁰⁾. Après s'être un temps arrangés de cette situation, les plébéiens finissent par faire sécession en dehors de la cité⁽¹¹⁾, puis en son sein⁽¹²⁾. Si elles étaient considérées comme pertinentes, les distinctions de la naissance ignoraient en partie les capacités individuelles et bridaient l'évolution de chacun : cette forme d'égalité ne pouvait perdurer. Aristote, déjà, l'avait souligné⁽¹³⁾.

5. – **Sexe.** La plupart des sociétés archaïques ont accordé aux hommes un pouvoir de domination sur les femmes⁽¹⁴⁾. Dans la Rome primitive, il n'existe de parenté que par les mâles⁽¹⁵⁾. Si l'épouse a la charge du soin et de la direction de la maison,

(7) K. Riva, *Introduction : définir l'autre en France, en Allemagne et aux États-Unis*, in *Les Codes de la différence*, Presse de Sciences Po Académique, 2005, p. 13 et s., spéc. p. 16. L'auteure souligne que « nombreuses sont les recherches qui mettent l'accent sur les conséquences controversées d'une identification différenciée par rapport à la communauté politique qui défie le sens civique de la nation ».

(8) J. Gaudemet et E. Chevreau, *Droit privé romain*, Montchrestien, 3^e éd. 2009, p. 6. Les auteurs signalent que cette dichotomie ne remonte sans doute pas à l'âge des tout premiers groupements, car elle indique une discrimination politico-sociale, et probablement aussi religieuse, entre deux groupes socialement inégaux.

(9) Sont patriciens ceux qui appartiennent au groupement de la *gens*. Celle-ci repose sur un lien de type familial puisque les membres de la *gens* sont présumés descendre d'un ancêtre commun par les mâles (en ce sens, V. J. Ladjili-Mouchette, *Histoire juridique de la méditerranée. Droit romain, droit musulman*, Publisud, 2007, n° 324).

(10) Les patriciens tentent de mettre les plébéiens à l'écart de la distribution du butin de guerre et de celle des lots de terre.

(11) C'est la retraite de la plèbe sur les collines de Rome.

(12) Au sein de la cité, les plébéiens bénéficiaient d'institutions propres.

(13) Selon Aristote, l'égalité ne peut être juste que si elle est proportionnelle aux vertus ou aux mérites des différents acteurs (en ce sens, V. P. Aubenque, *Aristote*, in *Dictionnaire des philosophes*, PUF, 2009, p. 81 et s.).

(14) Sur ce point, V. G. Lebreton, *Liberté publique et droits de l'Homme*, Armand Colin, 7^e éd. 2005, p. 162. Selon cet auteur, le Nouveau Testament est également un vecteur d'inégalité entre les sexes. Si Jésus semble s'arracher sans effort de l'emprise sociale et considère que l'égalité de l'homme et de la femme est une vérité d'évidence, Saint Paul prône la soumission de l'épouse à son mari.

(15) Certains tentent d'expliquer cette singularité par une croyance physiologique très ancienne selon laquelle les enfants ne recevraient du sang que de leur père, la mère n'étant qu'un terrain de développement de l'embryon. Pour d'autres, dans un monde dur où il faut constamment lutter pour la vie, on ne peut appartenir qu'à une seule famille. Il est naturel de choisir celle du père puisqu'il apparaît le plus apte à être chef (sur ce point, V. J.-P. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2^e éd. 2010, n° 58).

elle ne dispose que d'une capacité juridique identique à celle reconnue à ses filles⁽¹⁶⁾. Considérée comme naturelle, l'inégalité juridique entre les sexes irrigue l'Ancien Régime, traverse la Révolution et est consacrée par le Code civil. La femme mariée est une incapable placée sous la tutelle de son conjoint à qui elle doit obéissance en échange de sa protection⁽¹⁷⁾. Ce n'est qu'en 1965 que le libre choix de sa profession lui est reconnu⁽¹⁸⁾. En outre, la prétendue infériorité des femmes leur interdit l'accès aux professions « nobles » et il faut attendre une loi du 1^{er} décembre 1900 pour qu'elles soient autorisées à s'inscrire au barreau⁽¹⁹⁾. Alors qu'en 2009, plus d'un avocat sur deux est une femme, cette activité était auparavant considérée par les magistrats comme « un office éminemment viril⁽²⁰⁾ ». En imposant le respect de la tradition, le droit s'oppose à la consécration de l'évolution des mentalités.

6. – Couleur. Le juriste s'est également servi de la couleur de peau pour distinguer parmi les hommes et créer des régimes juridiques spécifiques. Cette solution semblait pertinente puisqu'« on ne peut se mettre dans l'esprit que Dieu, qui est un être très sage, ait mis une âme, surtout une âme bonne, dans un corps tout noir. Il est si naturel de penser que c'est la couleur qui constitue l'essence de l'humanité⁽²¹⁾ ». En France, prenant acte de cet « état de fait », Louis XVI interdit, le 9 août 1777, l'entrée en France des « nègres, mulâtres et gens de couleur » et prohibe, le 5 avril 1778, les mariages interraciaux⁽²²⁾. La Révolution n'accorde pas immédiatement ses progrès à cette partie de la population. Alors que l'égalité entre les hommes est proclamée le 26 août 1789, l'esclavage n'est que partiellement⁽²³⁾ et temporairement aboli quatre ans plus tard, le 4 février 1794. Il fut ensuite rétabli par la loi du 27 floréal an X (17 mai 1802). Les exigences du commerce imposaient des concessions aux idéaux d'égalité et le raisonnement juridique fondait des distinctions que la morale contemporaine réprouve. Pour admettre la conclusion de contrat d'assurance sur la tête des esclaves, Pothier relevait que les « nègres » étaient des choses dans le commerce, de sorte que leur vie pouvait faire l'objet d'un

(16) L'inégalité dans l'exécution des tâches domestiques est ancrée profondément dans l'histoire (sur ce point, V. J. Ladjili-Mouchette, *Histoire juridique de la méditerranée. Droit romain, droit musulman*, Publisud, 2007, n° 324).

(17) Sur cette formule, V. P. Catala, *La métamorphose du droit de la famille, in 1804-2004, Le Code civil, un passé, un présent un avenir*, Dalloz, 2004, p. 341 et s., spéc. p. 348. L'inégalité entre les hommes et les femmes se retrouve dans le domaine des régimes matrimoniaux où le mari est « seigneur et maître de la communauté », mais également en matière de transfert de nationalité. Dès 1803, les femmes françaises qui épousent un étranger perdent leur nationalité et sont immédiatement soumises au statut de l'étranger en France (sur ce point, V. P. Weil, *Histoire et mémoire des discriminations en matière de nationalité française, in Vingtième siècle Revue d'histoire* 2004, n° 84, p. 5 et s.).

(18) La loi n° 65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux a modifié l'article 223 du Code civil aux termes duquel « la femme a le droit d'exercer une profession sans le consentement de son mari ». À Mayotte, territoire de la République depuis le 25 avril 1841, les droits des femmes mahoraises de statut civil local à exercer une profession sans y être autorisées par leur époux et celui d'administrer librement leurs biens propres n'ont été reconnus que par l'article 53 de la loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001.

(19) L. n° 1900-12-01, 1^{er} déc. 1900, ayant pour objet de permettre aux femmes munies des diplômes de licencié en droit de prêter le serment d'avocat et d'exercer cette profession.

(20) Avant cette loi, de nombreuses femmes avaient tenté de s'inscrire au barreau mais les juridictions rejetaient leur demande. En ce sens, V. CA Paris, 30 nov. 1897, *M^{lle} Chauvin* : D. 1898, 194. La cour relève à cette occasion qu'« il est universellement reconnu que dans l'ancien droit, dans les pays de droit écrit, comme dans ceux de droit coutumier la profession d'avocat était formellement interdite aux personnes du sexe féminin ». Ils considèrent en outre que « la profession d'avocat a toujours été considéré comme un office viril ». Selon le Conseil national des barreaux, en 2009, les femmes représentaient 50,5 % des effectifs de la profession d'avocat.

(21) Montesquieu, s'il use de l'ironie pour dénoncer l'esclavage, reprend ici la pensée de certains de ses contemporains (sur cette citation, V. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, 1748, Livre XV, chapitre 5).

(22) Sur ce point, V. le dossier consacré à l'abolition de l'esclavage sur le site Internet de l'Assemblée nationale.

(23) L'esclavage ne fut aboli ni sur l'île de La Réunion ni aux Mascareignes.

tel contrat⁽²⁴⁾. Il faut attendre un décret du 27 avril 1848 pour que l'esclavage soit interdit et considéré comme « un attentat contre la dignité humaine⁽²⁵⁾ ».

7. – **Religion.** Si la religion a permis de relier les hommes entre eux⁽²⁶⁾, elle a également servi de critère de distinction. Sous l'Ancien Régime, les juifs ont été soumis à de nombreuses mesures d'expulsion « alternativement décrétées puis rapportées au gré des caprices des souverains et de leurs besoins financiers⁽²⁷⁾ ». Lorsqu'ils étaient tolérés sur le territoire, ils faisaient l'objet de dispositions dégradantes⁽²⁸⁾ dont le cérémonial qui entourait leur témoignage en justice était l'exemple patent⁽²⁹⁾. Par un décret du 27 septembre 1791⁽³⁰⁾, la Révolution améliore temporairement leur sort en proclamant leur émancipation. Mais « les habitudes vicieuses prises dans les temps de persécutions ne semblèrent pas déracinées assez complètement pour qu'on pût laisser subsister, à l'égard des juifs, le droit commun dans toute son étendue⁽³¹⁾ ». Dès lors, un décret impérial du 17 mars 1808 rétablit pour dix ans leur infériorité juridique. Ce texte encadrait notamment les conditions dans lesquelles les juifs pouvaient demander le paiement de leurs créances⁽³²⁾. Les distinctions dont ils étaient l'objet ne cessent, dans les textes, que par la non-prorogation

(24) Pothier, in *Œuvre de Pothier* par Bugnet, t. 5, 1847, p. 277 : « Si des assureurs, pour une certaine somme que je leur donnerais, convenaient avec moi que si mon fils, que j'envoie à la Martinique, périsait dans le voyage par quelque fortune de mer, (...) il me paierait une somme pour me dédommager de la perte que j'aurai fait de mon fils, un tel contrat serait nul (...) La raison est qu'il est contre la bien séance et l'honnêteté publique de mettre à prix la vie des hommes (...) Ces raisons n'ont point d'application aux esclaves. Les nègres étant des choses qui sont dans le commerce, et qui sont susceptibles d'estimation, je ne vois pas pourquoi la vie des nègres ne serait pas susceptible du contrat d'assurance ».

(25) Préambule du décret relatif à l'abolition de l'esclavage dans les colonies et les possessions françaises du 27 avril 1848. Il est rappelé également qu'« en détruisant le libre arbitre de l'homme, [l'esclavage] est une violation flagrante du dogme républicain ».

(26) Le terme « religion » est emprunté au latin *religio* dont l'étymologie est controversée depuis l'antiquité. Il serait issu de *religare* qui signifie relier (sur l'origine de ce terme, V. A. Rey, *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 2010, p. 1898).

(27) D. Lochak, *Le droit et les juifs en France depuis la Révolution*, Dalloz, 2009, spéc. p. 5. Après avoir vu leurs biens confisqués en 1181, les juifs sont chassés du royaume par une ordonnance de Philippe Auguste de 1182. Ce n'est que seize ans plus tard qu'ils sont de nouveau autorisés à s'installer en France. En 1306, Philippe le Bel prend un nouvel édit d'expulsion. Après avoir été rappelés en 1315, ils sont bannis en 1359. En 1359, le futur Charles V négocie le retour des juifs moyennant une contribution destinée à payer la rançon de son père Jean le Bon, prisonnier des anglais. En 1394, Charles IV abroge l'autorisation de séjour des juifs, qui quittent le royaume. Cet édit sera confirmé par Louis XIII en 1615 : les juifs ne pouvaient séjourner dans le royaume que sur la base d'autorisations individuelles temporaires.

(28) Par exemple, en 1674, est édicté un statut des juifs alsaciens. S'ils sont autorisés à séjourner légalement dans le royaume, ils restent soumis au droit de péage corporel, qui a pourtant été aboli au cours du siècle précédent. Cette taxe est prélevée sur les voyageurs, les marchandises et les animaux ; dans la tarification, les juifs sont assimilés aux animaux (sur ce point, V. D. Lochak, *Le droit et les juifs en France depuis la Révolution*, Dalloz, 2009, spéc. p. 7).

(29) Depuis le Moyen Âge, un juif ne pouvait témoigner devant un tribunal que s'il prêtait serment avec un rouleau de la Torah dans les bras, revêtu du taletth et des phylactères, en présence d'un rabbin. Ceux qui refusaient de prêter le serment *more judaico* étaient déchus du bénéfice du jugement et condamnés. Ce n'est que par un arrêt de la Cour de cassation du 3 mars 1846 qu'il fut mis fin à cette pratique.

(30) Décret d'émancipation de tous les juifs de France du 27 septembre 1791 : « L'Assemblée nationale (...) révoque tous ajournements, réserves et exceptions insérés dans les précédents décrets, relativement aux individus juifs qui prêteront le serment civique, qui sera regardé comme une renonciation à tous privilèges et exceptions introduits précédemment en leur faveur ».

(31) *Rép. Dalloz 1854, Juifs*, spéc. p. 710. Si l'auteur est conscient que de nombreuses persécutions leur ont été infligées, il estime qu'« il faut s'en étonner peu ; c'est la marche de l'esprit humain, et les juifs ne se seraient pas montrés moins intolérants, s'ils avaient exercés le pouvoir ». Il serait donc naturel d'infliger à celui qui apparaît différent un traitement défavorable.

(32) Décret impérial concernant les juifs du 17 mars 1808, dit décret infâme. Art. 7 : « Nul juif ne pourra se livrer à aucun commerce, négoce, trafic quelconque sans avoir reçu, à cet effet, une patente du Préfet » ; Art. 16 : « Aucun juif, non actuellement domicilié dans nos départements du Haut et Bas-Rhin, ne sera désormais admis à y prendre domicile » ; Art. 17 : « La population juive, dans nos départements, ne sera point admise à fournir des remplaçants pour sa conscription ; en conséquence, tout juif conscrit sera assujéti au service personnel ».

de ce décret par Louis XVIII. Elles ressurgiront néanmoins sous le régime de Vichy⁽³³⁾ avant d'être définitivement abrogées par une ordonnance du 9 août 1944⁽³⁴⁾.

8. – Sexualité. L'orientation sexuelle des individus a également longtemps été une source de préjugé consacrée par le droit. Si l'homosexualité était socialement indifférente, voire officiellement reconnue, dans la Grèce antique, puis tolérée par la Rome classique⁽³⁵⁾, l'émergence de la chrétienté entraîne le début d'une sévère répression⁽³⁶⁾. Celle-ci se poursuit en France, suivant plusieurs niveaux d'intensité, jusqu'à la fin du xx^e siècle. Sous l'Ancien Régime, certaines coutumes punissaient de mort les homosexuels⁽³⁷⁾. À cet égard, la Révolution marque une rupture en dépenalisant les rapports intimes entre personnes du même sexe⁽³⁸⁾. Mais la mise à l'index des homosexuels devait perdurer sous une nouvelle forme. En « les » considérant comme « malades », la science médicale justifiait leur « rééducation⁽³⁹⁾ ».

9. – Puis le régime de Vichy renoua avec la pénalisation : une loi du 6 août 1942 créait le délit d'acte impudique et contre nature avec un mineur de vingt et un ans du même sexe que l'auteur, alors que pour les actes hétérosexuels, la majorité était établie à treize ans. La Libération du territoire ne s'accompagna pas de celle des mœurs et cette disposition demeura en vigueur malgré le rétablissement de la légalité Républicaine. En précisant que « nul ne peut être nommé à un emploi public s'il n'est de bonne moralité⁽⁴⁰⁾ », la loi du 19 octobre 1946 a longtemps servi de fondement juridique à l'exclusion des homosexuels de la fonction publique. Une ordonnance du 25 novembre 1960 accentua la répression à l'encontre de cette partie de la population en ajoutant la circonstance aggravante d'homosexualité en matière d'outrage à la pudeur⁽⁴¹⁾. Il faut attendre la loi du 4 août 1982 pour que le Code pénal soit purgé de toute référence aux relations intimes entre personnes du même sexe⁽⁴²⁾.

10. – Évolution. La perception du différent et l'acceptation de « l'autre » varient au fil du temps. Aujourd'hui encore, elle n'est pas uniforme à l'échelle de

(33) Sur la législation antisémite du régime de Vichy, V. notamment la loi portant statut des juifs du 3 octobre 1940 ; la loi sur les ressortissants étrangers de race juive du 4 octobre 1940 ; la loi prescrivant le recensement des juifs du 2 juin 1941 ; la loi du 22 juillet 1941 relative aux entreprises, biens et valeurs appartenant aux juifs ; la loi réglementant l'accès des juifs à la propriété foncière du 17 novembre 1941.

(34) Ord. 9 août 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental, art. 3 : « Est expressément constaté la nullité des actes suivants : (...) Tous ceux qui établissent ou appliquent une discrimination quelconque fondée sur la qualité de juif ».

(35) Dans la Rome classique, l'homosexualité était tolérée sous la condition de ne pas éloigner le citoyen de ses devoirs envers la Cité et de jamais assumer le rôle passif dans les rapports sexuels avec les subordonnés (en ce sens, V. D. Borrillo, *Homosexuels, quels droits ?*, Dalloz, 2007, spéc. p. 4 et 5).

(36) V., dans l'Ancien Testament, le récit de Sodome et Gomorrhe. Dans le Nouveau Testament, V. dans l'Épître de Saint Paul aux Romains, I, 32 : « Et après avoir connu la justice de Dieu, ils n'ont pas compris que ceux qui font ces choses sont dignes de mort ; et non seulement ceux qui le font, mais aussi quiconque approuve ceux qui le font ».

(37) Sur ce point, V. D. Borrillo, *Homosexuels, quels droits ?*, Dalloz, 2007, spéc. p. 4 et 5.

(38) Ni le Code pénal de 1791, ni celui de 1810 ne considèrent la sodomie comme un crime.

(39) Sur ce point, V. D. Borrillo, *Homosexuels, quels droits ?*, Dalloz, 2007, spéc. p. 12 et 13. Le traitement médical de l'homosexualité n'est pas l'apanage du xix^e siècle. En 1968, la France adopte la convention de l'Organisation Mondiale de la Santé qui classe l'homosexualité au rang des maladies mentales. Il faut attendre le 12 juin 1981 pour qu'elle en soit retirée.

(40) L. n° 46-2294, 19 oct. 1946, relative au statut général des fonctionnaires, art. 23.

(41) Ord. n° 60-1245, 25 nov. 1960. La même année, l'amendement Miguet assimile l'homosexualité à un « fléau social » au même titre que l'alcoolisme et la prostitution (sur ce point, V. B. Py, *Le Sexe et le Droit : un couple sulfureux*, in *Le sexe et la norme*, Presses Universitaires de Nancy, 2010, p. 15 et s., spéc. p. 24).

(42) L. n° 82-683, 4 août 1982, abrogeant l'alinéa 2 de l'article 331 du Code pénal.

l'humanité⁽⁴³⁾. La notion d'égalité est éminemment relative, comme la pertinence des motifs permettant de fonder valablement des distinctions⁽⁴⁴⁾. D'une part, le semblable d'ici est l'autre d'ailleurs ; lorsque l'on change de référentiel, spatial ou temporel, la caractéristique qui rassemble devient celle qui exclut. D'autre part, des critères de distinctions réprimés en certains points du globe sont valablement mis en œuvre ailleurs. Dans de nombreux pays, « l'égalité des femmes est fréquemment, voire systématiquement, méconnue⁽⁴⁵⁾ ». L'homosexualité est encore pénalement réprimée par de nombreux systèmes juridiques⁽⁴⁶⁾. La naissance peut toujours jouer un rôle social prédominant, notamment en Inde où, même si ses effets tendent à s'atténuer, l'organisation de la société en castes demeure la règle.

11. – L'égalité entre les hommes n'est donc pas un acquis naturel mais une construction intellectuelle évolutive⁽⁴⁷⁾. Et c'est parce que les individus présentent par nature des différences qu'il est apparu nécessaire de proscrire l'utilisation de certains motifs de distinction intrinsèquement illégitimes. À ce dessein, est dévolue la lutte contre les discriminations. Elle a pour objet de détruire les préjugés et les exclusions résultant notamment des catégories autrefois consacrées ou entretenues par le droit.

§ 2. – Une construction laborieuse

12. – **Définition.** Introduit en France par les mathématiciens au milieu du XVIII^e siècle, discriminer signifie au sens premier « séparer⁽⁴⁸⁾ ». La connotation péjorative du terme n'est apparue qu'à l'usage ; il vise désormais toute « différenciation interdite par la loi⁽⁴⁹⁾ ». La prohibition des discriminations ne s'oppose donc pas aux distinctions entre les individus mais sanctionne celles qui sont considérées comme illégitimes par le droit. Elle suppose donc de dépasser le simple constat de la différence de traitement pour sonder les motivations de la décision à l'origine du

(43) À ce titre, la déclaration du délégué iranien devant la troisième Commission de l'Assemblée générale des Nations unies, le 7 décembre 1984, doit être relevée. Il estime que « l'homme est d'origine divine et la dignité de l'homme ne peut se réduire à une série de normes fixées par le profane (...) La Déclaration universelle des droits de l'homme, qui illustre une conception laïque de tradition judéo-chrétienne, ne peut être appliquée par des Musulmans et ne correspond nullement au système de valeur reconnu par la République islamique d'Iran ; cette dernière ne peut hésiter à en violer les dispositions puisqu'il lui faut choisir entre violer la loi divine du pays ou les conventions laïques » (propos rapporté par le professeur Levinet [M. Levinet, *Théorie générale des droits et libertés*, Bruylant, 3^e éd. 2010, p. 310]). Même les principes qui se veulent universels sont relatifs.

(44) En ce sens, V. V. Lasserre-Kiesow, *L'égalité* : JCP G 2010, 643 : « Il est très difficile de circonscrire la notion d'égalité. D'un côté, le principe d'égalité est le principe général du droit le plus abstrait, le plus fécond et peut-être le plus important. De l'autre, il se dérobe à toute définition stable et sa concrétisation évolue avec le temps ».

(45) G. Lebreton, *Liberté publique et droits de l'Homme*, Armand Colin, 7^e éd. 2005, p. 165.

(46) Sur les pays réprimant l'homosexualité, V. le site Internet www.diplomatie.gouv.fr à la rubrique « conseils aux voyageurs ».

(47) En ce sens, V. O. de Schutter, *Article 26*, in *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, Economica, 2011, p. 561 et s., spéc. p. 568. Selon l'auteur, le principe de non-discrimination, et donc celui d'égalité, est « fortement évolutif » puisque « ses exigences ne cessent de varier en fonction du contexte et de l'évolution des faits sociaux, [il] suppose un réexamen permanent [des systèmes juridiques] aux fins de vérifier qu'[ils ne contiennent] pas d'éléments susceptibles de créer des discriminations ».

(48) Discriminer est un emprunt au latin *discriminare* qui signifie « séparer, diviser ». Ce sont les mathématiciens qui auraient introduit le mot en français, d'abord sous la forme du participe présent *discriminant* (en ce sens, V. A. Rey, *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 2006, spéc. p. 1097).

(49) En ce sens, V. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF.

déséquilibre constaté. De différents textes, se dégage un tronc commun de motifs interdits, reflétant « une certaine conception de l'homme⁽⁵⁰⁾ ». Ce dernier ne saurait être défavorisé en raison de ses caractéristiques propres, « de ce contre quoi, en tant qu'être vivant, il ne peut rien, ou (...) en tant qu'être agissant et pensant, appartient à sa liberté la plus irréductible⁽⁵¹⁾ ».

13. – Saint Paul, Hippocrate et képis blancs⁽⁵²⁾. Source de cohésion d'un groupe composé d'individus provenant d'horizons différents, l'interdiction de fonder des distinctions sur des motifs considérés comme illégitimes se retrouve dans de nombreux textes. Puisqu'ils sont tous faits à l'image de Dieu, le christianisme promeut l'égalité entre les hommes. Consacrant cette position, Saint Paul, dans l'Épître aux Galates, proclame qu'« il n'y a ni Juif, ni Grec, il n'y a ni esclave, ni homme libre, il n'y a ni homme, ni femme ; car vous tous ne faites qu'un dans le corps du Christ ». Ce souci de l'unité, peu important les origines, se retrouve également dans le Code d'honneur des légionnaires en vertu duquel toute recrue s'engage à traiter en frère ses compagnons d'armes, « quelle que soit [leur] nationalité, [leur] race, [leur] religion⁽⁵³⁾ ».

14. – La prohibition des discriminations est également élevée au rang d'obligation déontologique par le serment d'Hippocrate. Tout docteur en médecine jure d'exercer son art sans aucune discrimination selon l'état ou les convictions de ses patients⁽⁵⁴⁾. On ne saurait tolérer qu'un individu n'ait pas accès aux soins, ou à un quelconque service⁽⁵⁵⁾, en raison de ses caractéristiques innées.

15. – La liste de ces motifs mis hors du champ d'appréciation du décideur est susceptible d'être complétée au gré des évolutions de la société⁽⁵⁶⁾. Benjamin Constant, pour qui « la perfectibilité humaine n'est autre chose que la tendance vers l'égalité⁽⁵⁷⁾ », semble avoir été entendu.

16. – Nécessité de la prohibition des discriminations. L'égalité est un fondement de la vie en société et sa réalisation « impose la suppression de toutes les discriminations⁽⁵⁸⁾ ». Comme le souligne le professeur Verkindt, « la justice sociale est condition de l'adhésion sociale et la solidarité ne peut se fonder que sur le

(50) Rapp. C. cass. 2008, *Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La Documentation française, 3^e partie, spéc. p. 84.

(51) *Ibid.*

(52) Le képi blanc est l'un des symboles de la Légion étrangère. À l'origine, lors de la campagne du Maroc, les légionnaires disposaient d'un couvre-chef de couleur kaki. Mais les effets conjugués du soleil et des lavages répétés lui donnèrent un aspect immaculé. Il devint alors un objet de fierté des anciens et une marque de ralliement. Ce symbole fit son apparition officielle le 14 juillet 1939 et son port fut étendu à tous les régiments à la fin de la guerre (sur la Légion étrangère, V. le site Internet www.legion-etrangere.com).

(53) Code d'honneur des légionnaires, art. 2.

(54) Serment d'Hippocrate réactualisé, *Bull. ordre médecins* avr. 1996, n° 4. L'obligation morale issue de ce serment est consacrée par l'article R. 4127-7 du Code de la santé publique selon lequel « le médecin doit écouter, examiner, conseiller ou soigner avec la même conscience toutes les personnes quels que soient leur origine, leurs mœurs et leurs situations de famille, leur appartenance ou leur non-appartenance à une ethnie, une nation ou religion déterminée, leur handicap ou leur état de santé (...) ».

(55) En ce sens, V. C. pén., art. 225-2, 1^{er}, 4^o.

(56) En ce sens, V. l'article 1.b de la Convention 111 de l'OIT qui autorise les États, après consultation des organisations représentatives d'employeurs et de travailleurs ou d'autres organismes appropriés, de spécifier d'autres motifs de discrimination.

(57) B. Constant, *De la perfectibilité de l'espèce humaine*, in *Mélanges de littérature et de politique*, Paris, Pichon et Didier, 1829, spéc. p. 404.

(58) D. Lochak, *Réflexions sur la notion de discrimination : Dr. soc.* 1987, p. 778 et s.

sentiment de ne pas être discriminé⁽⁵⁹⁾ ». Les sociétés occidentales contemporaines ne peuvent tolérer que des individus soient défavorisés non pour ce qu'ils sont, mais uniquement pour ce qu'ils représentent.

17. – En interdisant d'en tenir compte, l'érection d'une caractéristique en critère discriminatoire protège ses titulaires contre la méfiance qu'ils génèrent et assure leur accès à certains services qui pouvaient leur être refusés. Par exemple, la loi du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique prohibe « toute discrimination directe ou indirecte fondée sur la prise en compte d'un don d'organe comme facteur de refus de contrat d'assurance ou dans le calcul des primes et des prestations du donneur⁽⁶⁰⁾ ». En outre, cette méthode assure la protection contre les mesures de rétorsion motivées par l'exercice, par les individus, de certaines de leurs libertés. La prohibition des discriminations est l'utile complément de la liberté religieuse ou du droit reconnu à chacun d'exprimer ses convictions politiques ou syndicales.

18. – **Hésitation constitutionnelle.** Si des préceptes moraux ont depuis longtemps interdit de fonder des distinctions sur des critères comme la race, la religion ou le sexe, le droit interne s'est montré réticent à proscrire formellement l'utilisation de ces motifs. En effet, en adoptant l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, la Révolution s'est engagée dans la voie de l'égalité abstraite. Un individu étant l'égal d'un autre aux yeux de la loi, il n'apparaissait pas nécessaire et surtout contraire à l'idéologie défendue, d'interdire officiellement les discriminations. L'objectif d'universalité devait transcender les différences entre les hommes. Reconnaître que certains pouvaient pâtir de leurs caractéristiques, c'était « toucher au sacré de la République⁽⁶¹⁾ ». Les atrocités commises au cours de la Seconde Guerre mondiale ont contribué à porter les premières atteintes à ce principe. Pour prévenir leur renouvellement, le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 prohibe les distinctions fondées sur certains motifs illégitimes⁽⁶²⁾.

19. – **Les fondations internationales.** Ce n'est que sous la pression des textes internationaux que la France s'est dotée d'un *corpus* de règles interdisant les discriminations. L'article 2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 proclame 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 ». C'est à la suite de la ratification par la France de la Convention de

(59) P.-Y. Verkindt, *L'égalité au risque de la diversité*, in *L'égalité : Arch. phil. dr.* 2008, Dalloz, t. 51, p. 141 et s., spéc. p. 145.

(60) L. n° 2011-814, 7 juill. 2011, relative à la bioéthique, art. 12 qui insère un article L. 111-8 dans le Code des assurances.

(61) En ce sens, V. F. Giust-Desprairies, *Le semblable comme organisateur inconscient* : *Rev. internationale de psychologie* 2004/23, p. 69 et s. L'auteure relève que « l'universalisme républicain se fonde sur l'affirmation d'égalité de droit entre tous les hommes considérés comme semblables par delà leurs différences. Questionner l'universalité, c'est toucher au sacré de la République ».

(62) Const. 27 oct. 1946, Préambule, al. 1^{er} : « 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 ». Al. 5 : « Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances ». V. également Const. 4 oct. 1958, art. 1^{er} : « [La France] assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion ».

l'Organisation des Nations unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale⁽⁶³⁾ que ce motif de distinction a été réprimé pour lui-même par une loi du 1^{er} juillet 1972⁽⁶⁴⁾. L'article 26 du Pacte de l'ONU sur les droits économiques, sociaux et culturels du 19 décembre 1966, entré en vigueur dans l'ordre interne français le 4 février 1981, doit également être signalé en ce qu'il consacre, à l'échelon international, un principe de non-discrimination de portée générale⁽⁶⁵⁾.

20. – Le pilier européen. La prohibition des discriminations dans l'ordre interne a subi ses évolutions les plus profondes à l'occasion de son adaptation aux dispositions européennes. L'article 18 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne interdit les distinctions fondées sur la nationalité ; l'article 19 donne compétence au Conseil pour prendre les mesures nécessaires pour faire cesser les discriminations en raison du sexe, de la race ou de l'origine ethnique, de la religion ou des convictions, du handicap, de l'âge ou de l'orientation sexuelle des individus. Sur ces bases, de nombreux textes de droit dérivé ont été adoptés⁽⁶⁶⁾, consacrant souvent les solutions de la Cour de justice de l'Union européenne. Éditées dans un premier temps pour œuvrer à la construction du Marché commun, ces normes concernaient principalement le droit du travail et particulièrement la prohibition des discriminations entre les hommes et les femmes en matière de rémunération. Au nom de l'effet utile du droit européen, des aménagements des règles probatoires et la création d'organismes indépendants de lutte contre des distinctions illicites ont été imposés. Ces évolutions devaient faciliter la reconnaissance et l'élimination des comportements discriminatoires. Dorénavant, lorsque la victime présente des éléments de fait laissant supposer une discrimination, le décideur est contraint de se justifier.

21. – L'aménagement extérieur. Antérieurement à ces initiatives européennes, les législations des pays membres de l'Union n'accordaient pas toutes la même importance à l'interdiction des discriminations. Par exemple, jusqu'à la mise en œuvre

(63) Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale ouverte à la signature à New York le 7 mars 1966.

(64) L. n° 72-546, 1^{er} juill. 1972, relative à la lutte contre le racisme. Cette loi a été adoptée à l'unanimité dans les deux chambres.

(65) En ce sens, V. O. de Schutter, *Article 26*, in *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, Economica, 2011, p. 561 et s., spéc. p. 565 : « C'est en raison de son applicabilité indépendante des droits et des libertés substantiels que le Pacte reconnaît que l'article 26 du Pacte se différencie, non seulement de la clause de non-discrimination de la CEDH, inspirée pourtant elle aussi de la Déclaration universelle des droits de l'homme, mais également d'autres instruments internationaux qui n'offrent une garantie contre la discrimination qu'en ce qui concerne la jouissance des droits et libertés qu'ils consacrent ».

(66) À titre d'exemple, on peut citer la directive n° 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 ; la directive n° 76/207/CEE du Conseil du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre 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 ; la directive n° 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique ; la directive n° 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 modifiant la directive n° 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre 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 ; la directive n° 2004/113/CEE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services ; la directive n° 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 (refonte).

au niveau fédéral de la directive n° 2008/78/CE, la législation autrichienne ne prévoyait pas de protection effective contre les discriminations⁽⁶⁷⁾. Jusqu'en 2001, la Belgique ne réprimait que les distinctions fondées sur « la race, l'ascendance, l'origine et la nationalité⁽⁶⁸⁾ ». Si la Loi fondamentale allemande contenait des dispositions pouvant servir de fondement à l'interdiction des discriminations⁽⁶⁹⁾, ce principe constitutionnel n'avait été que peu développé dans sa législation. À l'inverse, le Danemark et les Pays-Bas disposaient déjà d'une loi générale prohibant les distinctions illicites sur les lieux de travail. Ces deux pays avaient également aménagé la preuve de ces comportements dans un sens favorable aux victimes et les Pays-Bas disposaient d'un organisme indépendant doté de pouvoirs importants dans le domaine de l'égalité de traitement⁽⁷⁰⁾.

22. – L'intégration dans les droits des pays de l'Union des exigences européennes leur a donné une base commune dans la lutte contre les discriminations ; perdurent néanmoins certaines spécificités nationales. Elles traduisent des approches différentes de la notion d'égalité ou prennent en compte des enjeux forts dans chaque pays. En Italie, le législateur n'a pas consacré la notion de discrimination positive, pourtant prévue par les dispositions européennes. À l'inverse, il reconnaît aux *organizzazioni di tendenza*⁽⁷¹⁾ la faculté de fonder valablement des différences de traitement sur la religion ou les convictions de ses salariés en raison des exigences professionnelles particulières liées à leurs activités. Au Royaume-Uni, si une exception similaire est prévue, elle ne concerne que le domaine religieux⁽⁷²⁾.

23. – Les exigences de l'Union ont contraint à des aménagements des principes procéduraux. En Italie, alors que pour les affaires ordinaires l'assistance d'un avocat est obligatoire, la victime d'une discrimination peut s'adresser directement à un juge⁽⁷³⁾. En Espagne, ces litiges bénéficient d'une procédure accélérée⁽⁷⁴⁾.

24. – Sous la contrainte européenne, la charge probatoire du demandeur a été allégée dans tous les États membres de l'Union. L'Espagne est d'ailleurs allée plus loin que le strict respect des dispositions gravées dans le droit de l'Union puisque qu'il revient à la partie défenderesse de fournir « une justification objective et raisonnable, ainsi que suffisamment prouvée, des mesures adoptées et de leur proportionnalité⁽⁷⁵⁾ ». Facteur de convergence des droits nationaux, la transposition des

(67) En ce sens, V. Observatoire du droit européen, service des études et de la Documentation de la Cour de cassation, *Le droit communautaire et européen et la prohibition des discriminations en matière d'emploi*, févr. 2009, spéc. p. 73.

(68) En ce sens, V. Les documents de travail du Sénat, série législation comparée, *La lutte contre les discriminations sur les lieux de travail*, déc. 2000.

(69) Loi fondamentale allemande, art. 3, al. 3 : « Nul ne doit être défavorisé ou avantagé en raison de son sexe, de son ascendance, de sa race, de sa langue, de sa patrie et de son origine géographique, de ses croyances, de ses opinions religieuses ou politiques. Nul ne doit être défavorisé en raison de son handicap ». Cette disposition n'a pas vocation à s'appliquer dans les relations entre employeurs et salariés ; elle ne s'impose qu'aux pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire.

(70) En ce sens, V. Les documents de travail du Sénat, série législation comparée, *La lutte contre les discriminations sur les lieux de travail*, déc. 2000.

(71) Littéralement, cette expression signifie « organisations à tendance ». Ce sont des entités à but non lucratif, caractérisées par une nature politique, culturelle, syndicale, éducative ou religieuse.

(72) *Employment Equality (sexual orientation) Regulation 2003*, 26 juin 2003, art. 7 et 16.

(73) D. n° 216/2003, 28 août 2003, art. 4(5).

(74) En ce sens, V. Observatoire du droit européen, service des études et de la Documentation de la Cour de cassation, *Le droit communautaire et européen et la prohibition des discriminations en matière d'emploi*, févr. 2009, spéc. p. 78.

(75) *Ibid.*

normes européennes ne saurait néanmoins intervenir sans prendre en compte les spécificités des cultures juridiques des pays membres.

25. – L'aménagement intérieur. Soumis à ces pressions externes, le législateur français a été sommé d'adopter un ensemble de règles prohibant les discriminations. La première des lois Auroux a introduit dans le Code du travail l'article L. 122-45 énonçant « 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⁽⁷⁶⁾ ». La liste des critères de distinction prohibés tant par le Code du travail que par le Code pénal n'a ensuite cessé de s'allonger. Le dispositif législatif a souvent été complété afin de le mettre au niveau des exigences européennes⁽⁷⁷⁾. Dorénavant, sont prohibées les mesures arrêtées en raison de l'origine, du sexe, des mœurs, de l'orientation sexuelle, de l'âge, de la situation de famille ou de la grossesse, des caractéristiques génétiques, de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, des opinions politiques, des activités syndicales ou mutualistes, des convictions religieuses, de l'apparence physique, du nom de famille ou de l'état de santé ou du handicap d'un individu⁽⁷⁸⁾. Malgré la prolifération des textes, les discriminations perdurent, notamment dans l'entreprise. En 2009, près d'une saisine sur deux de la HALDE concernait le domaine de l'emploi⁽⁷⁹⁾.

26. – Des matériaux disparates. Sous un vocable identique, le terme « discrimination » recouvre des réalités différentes. Au gré des réformes successives et de l'allongement de la liste des critères de distinction prohibés, le législateur a fait le choix de traiter de l'ensemble des causes d'exclusions dans un texte unique. Le droit offre ainsi une « convergence des luttes sociales et un référentiel universel⁽⁸⁰⁾ ». Pourtant, les motivations qui sous-tendent l'exclusion d'individus de couleur ne sont pas identiques à celles qui expliquent le retard dans l'évolution de carrière des salariés investis d'un mandat syndical. Chaque critère prohibé relève d'une réalité historique ou sociologique propre. Dès lors, les actions à mettre en œuvre, soit pour en combattre les effets, soit pour les prévenir, diffèrent. Parmi les motifs discriminatoires, il est nécessaire de distinguer. Tous n'ont pas la même importance, notamment dans le cadre des relations de travail. Si une logique commune, centrée sur l'évaluation des compétences personnelles de l'individu et détachée de tout préjugé que pourraient inspirer ses caractéristiques, se dégage, elle doit parfois être complétée en raison de la spécificité du motif illicite en cause.

(76) L. n° 82-689, 4 août 1982, relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise, art. 1^{er}.

(77) L. n° 2001-1066, 16 nov. 2001, relative à la lutte contre les discriminations. – L. n° 2004-1486, 30 déc. 2004, portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité. – L. n° 2006-396, 31 mars 2006, pour l'égalité des chances. – L. n° 2008-496, 27 mai 2008, portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

(78) C. trav., art. L. 1132-1 et C. pén., art. 225-1.

(79) Selon le rapport d'activité de la HALDE pour 2009, 49,7 % de ses saisines concernaient l'emploi et deux tiers de celles-ci les entreprises.

(80) D. Fassin, *L'invention française de la discrimination* : RF sc. pol. 2002, n° 52, p. 403 et s., spéc. p. 412. L'auteur précise que « l'efficacité du traitement de la discrimination conduit à une forme "d'épure juridique" où les faits tendent à être détachés de leur contexte historique et social. L'acte discriminatoire seul compte (...) Le résultat est jugé, éventuellement les motifs, mais non les prémisses ou les circonstances ».

§ 3. – Un édifice déstabilisé

27. – **Un lieu de friction.** L'intégration des individus dans la sphère de l'entreprise est souvent le préalable à leur évolution au sein de la société. Ce rôle d'émancipation s'oppose à ce que les portes de l'activité professionnelle se ferment devant certains en raison de leurs caractéristiques innées. L'enjeu de la lutte contre les distinctions illicites au travail dépasse le cadre de l'entreprise et intéresse la collectivité dans son ensemble. En outre, le marché du travail est un lieu de révélation des inégalités. Les distinctions résultant soit de l'organisation du système scolaire soit de la répartition des tâches domestiques engendrent des exclusions qui se révèlent au niveau de l'entreprise. Sur ces facteurs, l'employeur n'a que peu d'emprise : il ne saurait être tenu pour seul responsable de cette situation.

28. – **Un motif de friction endogène.** Dans le cadre des relations de travail, la prohibition des distinctions illicites présente des contraintes particulières. Consacré par la Constitution, le droit reconnu au salarié de participer, « par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises⁽⁸¹⁾ » implique d'interdire les discriminations syndicales⁽⁸²⁾. Cette liberté serait dénuée de portée si l'employeur pouvait arrêter des mesures de rétorsion soit à l'encontre des salariés chargés de représenter les intérêts des autres travailleurs, soit en raison des convictions syndicales de certains de ses subordonnés⁽⁸³⁾. Une position similaire prévaut en matière d'exercice du droit de grève. Dès la conclusion des accords de Matignon du 7 juin 1936, interdiction a été faite aux employeurs de prendre en considération l'appartenance ou la non-appartenance des salariés à un syndicat lors de la prise de décision⁽⁸⁴⁾. À la suite de la ratification des Conventions 87 et 98 de l'Organisation internationale du travail par la loi Moisan du 27 avril 1956, le législateur a pénalement réprimé ces comportements⁽⁸⁵⁾.

29. – Bien que prohibées depuis près d'un siècle, les discriminations syndicales ont longtemps perduré. Aujourd'hui incitées à agir, les victimes n'hésitent plus à saisir les tribunaux. À l'employeur sommé de justifier de l'ensemble des mesures ayant affecté la carrière de son subordonné, les éléments probatoires font souvent défaut. Succombant sous cette charge, ou devant faire face aux conséquences des actes passés, il devra alors indemniser l'intégralité du préjudice sur une période parfois longue. La détermination des sommes dues soulève des questions.

(81) Const. 27 oct. 1946, Préambule, al. 7.

(82) Le fondement constitutionnel de la prohibition des discriminations syndicales peut également être recherché dans l'alinéa 6 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 selon lequel « tout Homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix ».

(83) En ce sens, V. M. Cohen, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, LGDJ, 9^e éd. 2009, spéc. p. 934 : « De tous temps et dans toutes les sociétés, les porte-parole d'une collectivité ont été exposés à divers dangers. (...) Les représentants du personnel ont une fonction de critique et de contrôle qui peut déplaire aux chefs d'entreprise, même dans une société civilisée ».

(84) Accords de Matignon 7 juin 1936, art. 3 : « Les employeurs s'engagent à ne pas prendre en considération le fait d'appartenir ou de ne pas appartenir à un syndicat pour arrêter leur décisions en ce qui concerne l'embauchage, la conduite ou la répartition du travail, les mesures de discipline ou de congédiement (...) ». V. également art. 6 : « La délégation patronale s'engage à ce qu'il ne soit pris aucune sanction pour faits de grève ».

(85) La loi n° 56-416 du 27 avril 1956 tendant à assurer la liberté syndicale et la protection du droit syndical prohibe tant la discrimination commise au détriment d'un salarié en raison de son appartenance ou de son activité syndicale que les moyens de pression en faveur ou à l'encontre d'une organisation syndicale.

30. – Si, lorsqu'il se consacre à son activité syndicale, le salarié n'est pas à la disposition de son employeur, le législateur considère que ces périodes doivent être traitées comme du temps de travail effectif. Le titulaire du mandat ne doit donc pas subir un quelconque préjudice en raison de l'exercice de cette activité. Ce principe revêt l'apparence de la simplicité mais sa mise en œuvre soulève de nombreuses interrogations.

31. – L'entreprise est un lieu de pouvoir et de constante prise de décisions ; sa gestion charrie le risque de discrimination. Son fonctionnement implique des distinctions qui portent en elles les germes de contentieux. En fonction des qualités qu'il reconnaît à ses salariés, le chef d'entreprise décide des affectations, des promotions ou des sanctions. Si les motifs de ses décisions sont flous ou dissimulés, certains peuvent croire, à tort ou à raison, qu'elles reposent non sur des éléments professionnels pertinents mais sur des critères prohibés. Longtemps gardés secrets au nom de la liberté d'entreprendre, les motifs des décisions patronales sont soumis au contrôle de plus en plus poussé du juge chargé de veiller à l'absence de discrimination. À mesure que se renforce l'immixtion judiciaire, se réduit la sphère d'autonomie décisionnelle de l'employeur. Dès lors, diriger une entreprise impose d'opérer les choix pertinents⁽⁸⁶⁾. Induite par la montée en puissance de la lutte contre les distinctions illicites, cette conséquence contraint à développer des processus de prise de décisions objectives. Seuls les éléments de justification apportés par l'employeur dissiperont les soupçons qui pèsent sur lui. Dans cette tâche, les évaluations des compétences professionnelles des salariés sont d'un grand secours.

32. – Par ailleurs, malgré la prohibition de principe dont ils sont l'objet, certains critères considérés comme illicites permettent parfois de fonder valablement des décisions puisque les salariés qui les présentent sont dans une situation objectivement différente de celles de leurs collègues. Celle-ci impose alors un traitement spécifique. La légalité de la mesure querellée dépendra alors de sa pertinence, analysée *a posteriori* par le juge, en fonction de critères qui ne sont pas toujours connus de l'employeur au moment où il arrête sa décision. Ce contrôle est source d'insécurité et entraîne des effets néfastes sur l'esprit d'initiative. Au-delà de cet effort de justification, l'entreprise fait face aux aspirations communautaires de certains salariés.

33. – **Des motifs de frictions endogènes.** Le modèle Républicain du XIX^e siècle s'est révélé incapable d'assurer une égalité réelle entre les individus. Au-delà des résultats obtenus par sa mise en œuvre, certains en ont critiqué l'essence. La perception désincarnée qu'il promet serait la marque inavouée de la domination du groupe social majoritaire sur les cultures minoritaires⁽⁸⁷⁾. Il serait nécessaire de reconnaître officiellement les spécificités que les pouvoirs publics ont longtemps

(86) Pèsent dès lors sur lui des exigences plus importantes que sur les hommes politiques. En effet, « gouverner, c'est choisir [uniquement], si difficiles que soient les choix. Choisir, cela ne veut pas dire forcément éliminer ceci ou cela, mais réduire ici et parfois augmenter ; en d'autres termes, fixer des rangs de priorité » (P. Mendès France, *Discours à l'Assemblée nationale* du 3 juin 1953).

(87) Le professeur Verny précise que si cette objection « communautarienne » a sa part de pertinence, « elle s'expose elle-même à la critique en ce qu'elle justifie et entretient une aspiration difficilement contrôlable à la reconnaissance par les autorités de toutes les différences » (E. Verny, Rapp. C. cass. 2008, *Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La Documentation française, Avant-propos, spéc. p. 49).

souhaité réserver à la sphère privée. En vertu de cette conception, la norme générale appliquée de façon uniforme sans prendre en compte les caractéristiques des groupes minoritaires serait discriminatoire. D'inspiration anglo-saxonne, cette approche a longtemps été étrangère au droit français.

34. – Le multiculturalisme britannique. Alors que prévaut en France le modèle de l'intégration individuelle, au Royaume-Uni, lui est préféré celui du « multiculturalisme ». En vertu de ce principe, les minorités y jouissent depuis le milieu des années 1960 d'une reconnaissance officielle. La volonté du droit britannique n'est pas de nier la réalité des différences entre groupes mais de leur permettre de se côtoyer sans heurt. Si des groupes distincts coexistent au sein de la société, leur place doit être garantie, y compris par des systèmes de quotas⁽⁸⁸⁾.

35. – Dès 1976⁽⁸⁹⁾, le *Race and Relation act* a pris en compte, même dans le cadre des relations de travail, les spécificités des minorités ethniques ou religieuses. Cette loi reconnaît au salarié le droit de porter des signes confessionnels distinctifs⁽⁹⁰⁾ et consacre la notion de discrimination indirecte. Par ailleurs, elle assure aux victimes ou aux témoins de discriminations une protection contre les mesures de représailles de l'employeur⁽⁹¹⁾, favorisant ainsi la dénonciation de ces comportements par les membres de l'entreprise. Pour veiller au respect de ces dispositions, des agences spécialisées ont été créées. Ces organismes indépendants ont une compétence générale de conseil au gouvernement et d'information du public. La *commission for racial equality* assiste les plaignants devant les tribunaux ou les saisit elle-même et mène des enquêtes sur la prévalence du racisme. Tout comme les conceptions de l'égalité qu'elles véhiculent, ces institutions extrajudiciaires ont été imposées dans le paysage juridique français sous la pression des instances européennes qui les a également consacrées. Le Défenseur des droits en est l'illustration. À l'instar de ces pygmaliens, son champ d'intervention trop étendu l'amène à entrer en concours avec les attributions du pouvoir judiciaire.

36. – L'aménagement raisonnable québécois. La prise en compte de la différence dans l'emploi par le droit québécois est également une source d'inspiration. Ont été développés outre-Atlantique des outils destinés à assurer que l'intégration des membres des minorités à la collectivité de travail ne se fasse pas au détriment de leur spécificité culturelle. Ainsi, la notion « d'accommodement raisonnable⁽⁹²⁾ »

(88) En ce sens, V. notamment C. Hugué-Moizard, *La lutte contre le racisme par le droit en France et au Royaume-Uni* : RID comp. 1999, p. 347 et s., spéc. p. 350.

(89) La première loi traitant du racisme en Grande-Bretagne date de 1965 ; elle constituait une réponse à l'arrivée massive d'immigrants africains. Elle fut complétée en 1968 et finalement remplacée par le *Race and Relation act* de 1976.

(90) En ce sens, V. S. Crépon, *Belgique et France face au multiculturalisme britannique*, in *Convictions philosophiques et religieuses et droits positifs*, Bruylant, 2010, p. 366 et s., spéc. p. 395.

(91) Sur l'appréciation de ces notions par les juges britanniques, V. T. Brill-Venkatasamy, *Analyse jurisprudentielle des différentes notions de discrimination raciale en droit anglais* : RID comp. 2003, p. 615 et s.

(92) La notion d'accommodement raisonnable se fonde sur l'article 10 de la Charte des droits et libertés de la personne. Selon ce texte, « toute personne a le droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap. Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit ».

permet de dispenser un ouvrier de religion sikh du port d'un casque de sécurité qui l'empêche de revêtir son turban traditionnel⁽⁹³⁾ ; elle impose d'aménager des horaires qui entrent en conflit avec les rites d'une religion⁽⁹⁴⁾. Cette obligation ne saurait néanmoins faire peser sur l'employeur « des contraintes excessives ». Bien qu'imprécise⁽⁹⁵⁾, cette notion permettrait de prendre en compte les différences au sein des relations de travail et de lutter efficacement contre les discriminations. Selon certains, elle devrait servir de modèle aux chefs d'entreprise français⁽⁹⁶⁾.

37. – Les actions positives américaines. Pour les partisans des politiques communautaires, les États-Unis constituent également une source d'inspiration. Si les normes constitutionnelles américaines se sont longtemps opposées à la mise en œuvre de législations prohibant les discriminations dans les rapports privés⁽⁹⁷⁾, les conséquences de la Seconde Guerre mondiale⁽⁹⁸⁾ et l'opposition à l'Union soviétique⁽⁹⁹⁾ ont conduit à faire évoluer cette position. Le législateur américain a d'abord pris des mesures éparses⁽¹⁰⁰⁾ avant d'adopter en 1964 le *Civil Right act* qui interdit aux entreprises « de refuser d'embaucher un individu, de le licencier ou d'exercer à son encontre une forme de discrimination (...) en raison de la race, de la couleur de peau, de la religion, du sexe ou de l'origine nationale de la personne en question ».

38. – Les États-Unis ont également développé la notion d'affirmative action en faveur d'individus présentant des caractères spécialement protégés. Le 22 décembre 1969, à l'initiative du ministère du Travail, a été mis en œuvre le « plan de

(93) *Bhinder c/ C^{ie} des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985], Recueil de la Cour suprême du Canada, II, n° 561.

(94) En ce sens, V. notamment *Commission scolaire régionale de Chambly c/ Bergevin*, [1994], Recueil de la Cour suprême du Canada, II, n° 525 ; ou encore *Central Alberta Dairy pool c/ Alberta*, [1990], Recueil de la Cour suprême du Canada, II, n° 489.

(95) En ce sens, V. F. Morin, J.-Y. Brière et D. Roux, *Le droit de l'emploi au Québec*, Wilson&Lafleur, 3^e éd. 2006, p. 483 : « Le concept de contrainte excessive peut varier d'une situation à une autre, ce qui rend impossible de le contenir dans une définition précise [le juge doit cependant établir] qu'aucun compromis n'est possible sans entraîner des coûts excessifs ou une ingérence indue dans l'entreprise ». La notion d'accommodement raisonnable est par nature source d'insécurité juridique.

(96) Sur la notion d'« accommodement raisonnable », V. notamment P. Verge et D. Roux, *Personnes handicapées : l'obligation d'accommodement raisonnable selon le droit international et le droit canadien* : Dr. soc. 2010, p. 965 et s. – D. Roux et P. Verge, *Un milieu de travail diversifié : l'apport de l'obligation d'accommodement raisonnable selon le droit international et le droit canadien* : JSL 2009, n° 261, p. 4 et s.

(97) L'arrêt *Civil rights cases* de 1883 souligne, pour la première fois, la dualité des normes juridiques applicables aux pratiques discriminatoires, selon qu'elles émanent d'instances de nature publique ou privée. Seules les discriminations émanant des premières catégories étaient réprimées. Pour néanmoins sanctionner des pratiques non conformes à l'égalité, la Cour suprême américaine s'est efforcée, jusqu'au milieu du xx^e siècle, d'étendre la notion d'acte de nature public (en ce sens, V. D. Sabbagh, *L'égalité par le droit. Les paradoxes de la discrimination positive aux États-Unis*, *Economica*, 2003, p. 19 et s.).

(98) En ce sens, V. D. Sabbagh, *L'égalité par le droit. Les paradoxes de la discrimination positive aux États-Unis*, *Economica*, 2003, p. 25 : « L'engagement des forces armées américaines dans une lutte contre un ennemi caractérisé par l'adhésion à une idéologie fondée sur la division de l'humanité en race hiérarchiquement ordonnée (...) va entraîner une "délégitimation" globale des formes atténuées de racisme perceptible au travers des législations discriminatoires des États du sud ».

(99) Dans le contexte de la décolonisation et de l'affrontement géopolitique global entre les États-Unis et l'Union soviétique, le sort réservé à la minorité noire apparaît comme un enjeu de politique étrangère (en ce sens, V. D. Sabbagh, *L'égalité par le droit. Les paradoxes de la discrimination positive aux États-Unis*, *Economica*, 2003, spéc. p. 29).

(100) À ce titre, doit être relevé l'*Executive order* 8802 du 25 juin 1941 qui dispose que « dans les industries de la défense (...), aucune discrimination dans l'emploi ne sera exercée à l'encontre d'un travailleur en raison de sa race, de ses croyances de sa couleur de peau ou de son origine nationale ». En 1943, la portée de ce décret est étendue à l'ensemble des entreprises sous contrat avec les pouvoirs publics ». Le contrôle du respect de ces dispositions est confié à la « commission pour l'équité dans l'emploi ».

Philadelphie⁽¹⁰¹⁾ ». Ce dispositif initialement circonscrit au secteur du bâtiment subordonnait l'octroi de marchés publics à l'accomplissement par l'entreprise d'un « effort sincère » pour qu'à l'expiration d'un délai défini, la proportion de membres des minorités raciales au sein de sa main-d'œuvre atteigne un certain seuil. Ces politiques furent ensuite soit ordonnées par le pouvoir judiciaire⁽¹⁰²⁾, soit conduites sur la simple initiative d'entreprises soucieuses de réduire les disparités statistiques constatées. En 1971, ces dispositions furent étendues aux femmes.

39. – L'objectif assigné à la lutte contre les discriminations évolue alors radicalement : il ne s'agit plus uniquement de réprimer les distinctions illicites intentionnelles mais également de s'opposer aux exclusions systémiques dont est victime une partie de la population. Dans cette démarche, les quotas doivent être utilisés pour atteindre l'égalité de résultats. Mais tant les fondements⁽¹⁰³⁾ que les effets de ces politiques ont été critiqués et elles ont été progressivement remises en cause sous la pression de l'opinion publique qui « prie les décideurs de construire des politiques pour tous les Américains, et appuyées par tous les Américains, et non plus seulement pour [les] seules minorités⁽¹⁰⁴⁾ ». L'émergence de doutes sur la pertinence de cette méthode n'empêche pas certains de vouloir la développer en France, alors même que son efficacité est discutée et qu'elle s'oppose à des principes fondamentaux.

40. – **Vers une rénovation.** La société dans son ensemble et l'entreprise en particulier est sommée de ne plus s'inscrire dans le déni de la différence. Quand bien même la gestion d'une collectivité de travail impose la mise en œuvre de règles communes devant parfois heurter des revendications individuelles, l'employeur devrait prendre en compte les spécificités de chacun, procédant à des arbitrages qui pourront *a posteriori* être remis en cause par un juge. L'entreprise est placée au centre d'un conflit entre la persistance du mythe égalitaire et la montée des revendications communautaires⁽¹⁰⁵⁾, peu à peu reconnues par les pouvoirs publics. Elle est mise au premier plan des débats idéologiques qui traversent la société civile, notwithstanding des capacités d'intervention restreintes.

41. – **La place de la différence.** Le développement contemporain de la lutte contre les discriminations incite les entreprises à valoriser les différences, après avoir

(101) Sur les motivations politiques de la mise en œuvre de cette politique, V. D. Sabbagh, *L'égalité par le droit. Les paradoxes de la discrimination positive aux États-Unis*, Economica, 2003, spéc. p. 48 et s. L'auteur relève que les *affirmative action* ont été mises en place par le gouvernement républicain du président Nixon pour créer des tensions au sein du parti démocrate. Suite à la montée dans les sondages du « parti américain indépendant » qui défendait des positions ségrégationnistes, les républicains se sont finalement opposés aux quotas. Entre-temps, les démocrates s'étaient ralliés à cette politique.

(102) Dans cette hypothèse, la juridiction ne se borne pas à sommer l'employeur de mettre un terme à la discrimination mais émet également une série d'injonctions destinées à rendre effective la prohibition et à prévenir concrètement la réédition d'infractions similaires à celles intervenues précédemment. Les quotas constituent une modalité de réparation du préjudice subi, non pas pour l'individu qui a été victime de la discrimination, mais pour son groupe d'appartenance.

(103) Selon des auteurs, « l'affirmative action est un instrument destiné à susciter la création d'un nombre suffisant d'exceptions à la domination globale [exercée par les blancs] pour conférer à la mythologie de l'égalité des chances une plausibilité minimale » (en ce sens, V. D. Sabbagh, *L'égalité par le droit. Les paradoxes de la discrimination positive aux États-Unis*, Economica, 2003, spéc. p. 41).

(104) En ce sens, V. J. Damon, *Questions sociales : analyses anglo-saxonnes socialement incorrectes ?*, PUF, 2009, p. 197.

(105) Sur ces réflexions concernant l'école, V. notamment F. Giust-Desprairies, *Le semblable comme organisateur inconscient* : *Rev. internationale de psychologie* 2004/23, p. 69 et s.

été longtemps sommées de les ignorer. La « diversité⁽¹⁰⁶⁾ » serait une source de richesse que l'entreprise ne saurait négliger⁽¹⁰⁷⁾. Les seniors apporteraient une expérience précieuse, les femmes favoriseraient l'apaisement des relations interpersonnelles et les individus « issus de l'immigration » permettraient de gagner de nouveaux marchés. En fonction de leurs caractéristiques innées ou acquises, les individus ne présenteraient pas les mêmes aptitudes ou compétences et le rôle des entreprises consisterait à les placer dans des situations où ils sont les mieux à même de les exploiter. Certains des critères élevés par le législateur au rang de motifs illicites seraient *in fine* des atouts pour l'évolution professionnelle. Derrière leur apparente nouveauté, ces théories ne sont que la résurgence d'opinions éculées prônant la « naturalisation » des différences⁽¹⁰⁸⁾. En perpétuant les clivages entre « catégories » de la population, ces doctrines dénie partiellement les compétences individuelles. Certains pourront prétendre que les mesures octroyées tiennent plus au groupe d'appartenance du salarié qu'à ses aptitudes professionnelles. Malgré les incitations dont elle fait l'objet, l'entreprise ne saurait s'y engouffrer sans risque.

42. – La mise en exergue des différences en vue de les protéger au travers de la prohibition des discriminations entraîne des conséquences néfastes que l'on ne saurait négliger. Puisqu'il est plus aisé de se sentir victime que de se reconnaître coupable, certains préféreront se prétendre l'objet d'une distinction illicite plutôt que de remettre en cause leurs compétences. Le juge devra dépasser cette illusion et déterminer au plus près les véritables intentions de l'employeur.

43. – **À la recherche d'un équilibre.** Point d'achoppement entre la conception universaliste de l'égalité et les aspirations « communautaristes » anglo-saxonnes, l'objectif assigné à la lutte contre les discriminations a évolué. Les frontières originelles de la notion ont été dépassées sans que ses nouveaux contours ne soient précisément définis. Elle n'a plus simplement pour objet de s'assurer qu'une décision ne repose pas sur un motif illicite mais elle doit veiller à ce que l'évolution des individus présentant des caractères spécialement protégés ne soit pas entravée. À ce dessein, l'entreprise est sommée de participer activement. Le législateur impose ainsi, depuis le 16 juin 2011, que les rapports de gestion des sociétés anonymes et de certaines sociétés en commandite par actions mentionnent les engagements pris en faveur de la lutte contre les discriminations et pour la promotion de la diversité⁽¹⁰⁹⁾. Ces nouvelles exigences ne s'intègrent pas sans heurt à l'ordre interne.

(106) La notion de diversité est particulièrement floue. Elle semblerait néanmoins concerner les populations étrangères qui vivent en France, mais également les autres salariés victimes de discriminations comme les femmes ou les personnes handicapées (en ce sens, V. Rapport n° 2814 enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 16 septembre 2010 sur le projet de loi [n° 2400] relatif à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, spéc. p. 149).

(107) En ce sens, V. notamment l'ANI sur la diversité, 12 oct. 2006.

(108) Sur une critique de l'approche naturaliste des différences entre hommes et femmes, qui peut être généralisée à l'ensemble des critères discriminatoires, V. notamment I. Jonas et D. Sehili, *De l'inégalité à la différence. L'argumentation naturaliste dans la féminisation des entreprises : Sociologies pratiques* 2007, n° 14, p. 119 et s., spéc. p. 120 : « Pré-tendre que les inégalités entre hommes et femmes, désormais baptisées "différences", s'expliquent par un ordre biologique naturel, c'est construire des systèmes d'interprétation et de pratiques symboliques, qui assignent néanmoins de manière erronée femmes et hommes à leurs différences biologiques et psychologiques en occultant que les situations des hommes et des femmes ne sont pas le produit d'un destin biologique mais sont d'abord des construits sociaux ».

(109) L'article 9 de la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité a complété en ce sens l'article L. 225-102-1 du Code de commerce.

44. – La prohibition des discriminations indirectes conduit le juge à vérifier que les normes neutres que l'entreprise arrête ne sont pas susceptibles d'entraîner un désavantage particulier au détriment de personnes présentant l'un des critères mentionnés à l'article L. 1132-1 du Code du travail. Cette approche peut être mal perçue en ce qu'elle conduit à remettre en cause des solutions que l'on croyait acquises. Les pouvoirs publics incitent à la négociation sur des thèmes comme l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, sur la situation des travailleurs handicapés ou les plus âgés, sous la menace de pénalités sociales. Cependant, ces mesures peuvent entraîner la condamnation des employeurs en raison de situations dont ils ne sont pas les principaux responsables.

45. – En outre, les entreprises sont incitées à refléter, au travers de la composition de leur personnel, la « diversité » de la population. Pourtant, des contraintes financières, juridiques et éthiques s'opposent à ce que les entreprises jouent pleinement ce rôle. Sous ces pressions externes, ces dernières sont confrontées à de nouveaux paradoxes. Alors que l'individualisme s'empare des relations de travail, les employeurs doivent considérer leurs salariés par leur appartenance à des groupes déterminés. Si la lutte contre les discriminations doit conduire à traiter l'individu pour ce qu'il est et non pour ce qu'il représente, son acception contemporaine impose de se référer à la notion de différence. À l'employeur notamment, revient la charge de trouver le point de ce précaire équilibre.

46. – **Réflexion sur un risque.** Le dirigeant d'entreprise est exposé au risque d'être l'auteur de discriminations, au sens où cette éventualité ne dépend pas exclusivement de sa volonté⁽¹¹⁰⁾. L'évolution de la notion induit également la réflexion en ce qu'elle impose « d'examiner plus à fond une situation, un problème⁽¹¹¹⁾ ». Le risque encouru doit être redéfini (Première partie).

« La précaution est une vertu. Elle caractérise l'homme attentif aux conséquences de ses actes⁽¹¹²⁾ ». Fort de cette devise, l'employeur conscient des contraintes inhérentes à la gestion de son entreprise ne peut se contenter d'un constat stérile. Il doit mettre en œuvre des dispositifs pour gérer le risque de discrimination qu'il a identifié (Deuxième partie).

(110) Selon le *Petit Robert*, un risque est un « danger plus ou moins prévisible » mais également « une éventualité d'un événement ne dépendant pas exclusivement de la volonté des parties et pouvant causer la perte d'un objet ou tout autre dommage » (*Le Nouveau Petit Robert de la langue française*, 2008, p. 2257).

(111) Selon le *Petit Robert*, une réflexion est « un retour de la pensée sur elle-même en vue d'examiner plus à fond une idée, une situation, un problème » (*Le Nouveau Petit Robert de la langue française*, 2008, p. 1902).

(112) J.-F. Cesaro, *Le doute en droit privé*, éd. Panthéon-Assas, 2003, n° 591.

LA DÉTERMINATION DU RISQUE

47. – **Préalable.** L'entreprise ne saurait valablement mettre en œuvre des dispositifs de gestion du risque de discrimination si celui-ci n'a pas été clairement identifié. L'identification du risque est l'étape préalable à son éviction (Titre 1). Doivent être précisés tant ses contours théoriques que ses répercussions pratiques. L'étude envisagée impose une recherche supplémentaire puisqu'à son terme, n'aura été précisée que la potentialité de distinction illicite. Mais cette analyse ne suffit pas. La potentialité ne se transforme en risque que dans l'hypothèse où elle est mise en contact avec des facteurs déclenchants. Les révélateurs des discriminations doivent être précisés (Titre 2).

TITRE 1

L'IDENTIFICATION DU RISQUE

48. – **Délimitation.** L'écho médiatique des discriminations conduit à une invocation trop fréquente de cette notion. Plaideurs, doctrine, juges parfois, entretiennent l'incertitude autour de ses frontières. Identifier le périmètre du risque s'impose (Chapitre 1). Cette étape franchie, sa substance appelle examen. Les comportements constitutifs de risque de discrimination doivent être appréhendés (Chapitre 2). Le risque de discrimination, alors, aura été identifié.

C H A P I T R E 1

LES FRONTIÈRES DU RISQUE

49. – **Confusion.** Partageant des traits communs, la discrimination est souvent confondue avec le principe d'égalité et la promotion de la diversité. Pourtant, des différences notoires les séparent ; celles-ci confèrent au risque de discrimination des frontières déterminées (Section 1). À l'inverse, l'enchevêtrement des textes et la consécration récente dans l'ordre interne des discriminations indirectes participent à rendre incertaines les frontières du risque de discrimination (Section 2).

S E C T I O N 1

LES FRONTIÈRES DÉTERMINÉES

50. – **Discrimination, égalité de traitement, action positive, diversité.** La discrimination, l'égalité de traitement, les actions positives et la diversité ont pour point commun de mettre en exergue des différences entre les individus. Celles-ci sont parfois un frein à leur évolution au sein de la société en raison des préjugés et des stéréotypes qu'elles véhiculent dans l'opinion publique. Le monde du travail peut tenter de neutraliser la différence en la rendant indifférente à la prise de décision (§ 1). À l'inverse, il peut la mettre en exergue pour octroyer à ses titulaires un traitement préférentiel (§ 2).

§ 1. – La différence neutralisée

51. – **Distinction des notions.** S'ils visent tout deux à neutraliser des différences⁽¹⁾, les concepts d'égalité et de non-discrimination ne sauraient être tenus pour

(1) Rapp. C. cass. 2008, *Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La Documentation française, 3^e partie, spéc. p. 83 : « Il est vrai aussi que discrimination et égalité sont proches, que des affinités les unissent, que des porosités et des interactions existent ».

synonymes⁽²⁾ et ne doivent pas être confondus⁽³⁾ : il s'agit de « choses différentes⁽⁴⁾ ». La Cour de cassation décide ainsi qu'« une différence de traitement entre les salariés d'une même entreprise ne constitue pas une discrimination illicite⁽⁵⁾ ».

52. – Une atteinte au principe d'égalité ne constitue une discrimination que si « la distinction [est] opérée à raison d'un critère illicite ou illégitime⁽⁶⁾ ». Le juge « chasseur de discrimination⁽⁷⁾ » ne peut s'arrêter au constat de la violation du principe d'égalité puisque ce « qui fait qu'une mesure peut être considérée comme discriminatoire c'est, non pas son contenu, mais le motif pour laquelle elle a été prise⁽⁸⁾ ».

53. – Malgré ces différences essentielles (B), doctrine et jurisprudence entretiennent parfois des confusions contestables (A).

A. – Des confusions contestables

54. – **Sources de confusion.** Il arrive à la Cour de cassation⁽⁹⁾ et même à la Cour européenne des droits de l'Homme⁽¹⁰⁾, d'utiliser une notion à la place de l'autre. Certaines positions doctrinales et un aménagement probatoire commun conduisent à multiplier les confusions (1°). Celles-ci ne demeurent pas sans conséquences (2°).

1° La multiplication des confusions

55. – Si diverses théories ont pour effet d'entretenir une confusion entre les notions d'égalité et de non-discrimination (a), les normes probatoires y contribuent également (b).

(2) Comme le précise M. Simon, « dans son usage le plus courant, la notion de discrimination recouvre celle d'inégalité, voire se confond avec elle » (P. Simon, *La construction des discriminations*, in *Sociétés contemporaines* 2004, n° 53, p. 5).

(3) Rapp. C. cass. 2008, *Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La Documentation française, 3^e partie, spéc. p. 83. En ce sens, V. également Cass. soc., 16 juin 2010, n° 08-41.564 : « Attendu que contrairement aux allégations du moyen, la cour d'appel n'a pas fait application des dispositions relatives à la discrimination mais du principe "à travail égal, salaire égal" ».

(4) A. Jeammaud, *Du principe d'égalité de traitement des salariés* : Dr. soc. 2004, p. 694. – Contra P. Waquet, *Le principe d'égalité en droit du travail* : Dr. soc. 2003, p. 276 et s., spéc. p. 281 : « Les deux notions se rejoignent et constituent l'endroit et l'envers d'une même réalité ».

(5) Cass. soc., 27 oct. 1999, n° 98-40.769 : Bull. civ. 1999, V, n° 422.

(6) N. Ferré, *La construction juridique des discriminations : l'exemple de l'égalité Homme/Femme*, in *Sociétés contemporaines* 2004, n° 53, p. 33 et s., spéc. p. 45 et aussi D. Lochak, *Réflexion sur la notion de discrimination* : Dr. soc. 1987, p. 778 et s. : « Toute différence de traitement et même toute inégalité de traitement n'est pas constitutive de discrimination. Elle ne le devient que si elle apparaît illégitime ». – Contra, V. Lasserre-Kiesow, *L'égalité* : JCP G 2010, 643 : « Le concept de non-discrimination s'est récemment imposé à côté de celui d'égalité. Son intérêt principal aurait pu résider dans l'opposition entre l'inégalité fondée sur un chef déterminé prohibé de discrimination (discrimination par définition illicite) et l'inégalité de traitement illégitime sans motif déterminable (inégalité soumise à un contrôle de proportionnalité). Mais l'usage en a décidé autrement. Discrimination et inégalité de traitement sont synonymes ».

(7) J. Daniel, *Contribution à l'étude de la constitutionnalisation*, thèse Paris II, Panthéon-Assas, 2000, p. 261.

(8) A. Barège, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, thèse Université Paris X, 2006, n° 244.

(9) Cass. soc., 10 déc. 1987 : Bull. civ. 1987, V, n° 720. Le commentateur de cet arrêt (*Dr. ouvrier* 1989, p. 36) entretient lui aussi la confusion en estimant : « Si l'employeur n'établit pas avec certitude des raisons objectives qui justifient pour un même travail des différences de rémunérations, alors est rapportée la preuve de la discrimination ». Pour un exemple plus récent d'erreur terminologique, V. Cass. soc., 11 janv. 2005, n° 02-45.608 : Bull. civ. 2005, V, n° 2 ; RJS 2005, n° 299 : « En l'absence d'accord d'adaptation, le maintien aux salariés transférés des avantages individuels acquis en application de l'accord mis en cause par l'absorption ne pouvait constituer à lui seul, pour les autres salariés de l'entreprise, auxquels cet avantage n'était pas appliqué, une pratique discriminatoire ».

(10) CEDH, 13 juill. 1979, *Marckx c/ Belgique*, § 33, qui juge comme discriminatoire toute distinction « si elle manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou si fait défaut un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé ».

a) Des confusions conceptuelles

56. – Certains assimilent la promotion de l'égalité à la lutte contre la discrimination (1). D'autres considèrent les règles d'égalité de traitement comme des règles de non-discrimination (2).

1) L'assimilation des concepts

57. – **Approche européenne.** Historiquement⁽¹¹⁾, le droit européen a suscité des confusions en utilisant la prohibition des discriminations comme un moyen de protection du principe d'égalité⁽¹²⁾, lui-même garant de la mise en place du marché unique. Ce dernier repose sur le principe de libre circulation des personnes – qui implique le droit au traitement national, donc l'absence de discriminations fondées sur la nationalité – mais également sur le principe d'égalité des sexes, qui exclut les discriminations entre hommes et femmes⁽¹³⁾. Selon le droit de l'Union européenne, la lutte contre la discrimination permettrait de renforcer la protection de l'égalité⁽¹⁴⁾ et renforcerait le marché unique.

58. – Cette approche ne nous semble que partiellement exacte. La position européenne, en assimilant les deux notions, ne laisse pas de place aux ruptures d'égalité non constitutives de discrimination. On ne saurait se contenter de lutter contre l'une pour promouvoir l'autre. Ces deux notions étant distinctes, elles imposent des réponses qui, si elles doivent être coordonnées, demeurent différentes.

59. – La lutte contre les discriminations ne s'inscrit pas uniquement dans le cadre de la promotion de l'égalité et ne saurait y être réduite. La prohibition des discriminations semble devoir se rattacher prioritairement à la protection de la dignité⁽¹⁵⁾ humaine⁽¹⁶⁾ et de la vie privée⁽¹⁷⁾. En interdisant de prendre en compte certaines caractéristiques de la personne lors de la prise de décision, la lutte contre les

(11) F. Baron et I. Omarjee, *Approche critique du vocabulaire juridique européen : l'égalité en droit social européen* : LPA 15 juill. 2008, n° 140, p. 7 et s. : « Pour s'être construit pour une grande part autour de l'égalité entre les ressortissants des États membres et entre les hommes et les femmes, le droit communautaire doit beaucoup au concept d'égalité ».

(12) B. Gauriau, *Les accords collectifs relatifs à la diversité* : Dr. soc. 2008, p. 1060 et s., spéc. p. 1061 : « La démarche des directives communautaires consiste à lutter contre les discriminations pour promouvoir le principe d'égalité de traitement. L'une étant, en quelque sorte, le passage obligé pour parvenir à la promotion de l'autre ».

(13) F. Héas, *Discrimination et admission des différences de traitement entre salariés* : JCP S 2007, 1179.

(14) F. Héas, *Discrimination et admission des différences de traitement entre salariés* : JCP S 2007, 1179 : « En droit communautaire, le principe d'interdiction des discriminations est directement lié au principe d'égalité dont il constitue le corollaire. Les deux postulats correspondent à un mécanisme proche, énoncé négativement pour le premier, et positivement pour le second ».

(15) O. de Tissot, *Pour une analyse juridique du concept de dignité du salarié* : Dr. soc. 1995, p. 972 et s., spéc. p. 974 : « La notion de discrimination ressort évidemment de l'atteinte à la dignité de la personne humaine, puisqu'elle nie l'égalité de droit qui doit être reconnue à chacun, quelles que soient ses caractéristiques individuelles en matière de race, sexe, etc. ».

(16) La place réservée dans le *corpus* juridique européen et national est caractéristique de cette différence d'approche. Ainsi, la section du Code pénal relative à la lutte contre les discriminations est envisagée dans un chapitre V visant à réprimer « les atteintes à la dignité de la personne ». L'article 21 qui traite de la non-discrimination dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne est envisagé dans un chapitre 2 qui traite de l'égalité. Avant la réforme du Code pénal de 1994, le délit de discrimination était réprimé à l'article 416, et se trouvait dans un paragraphe 5 relatif « à la violation des règlements relatifs aux manufactures et au commerce d'art » et dans un chapitre relatif aux crimes et délits contre les propriétés (en ce sens également, V. Convention C111 de l'OIT de 1958 relative à la lutte contre les discriminations qui présente la discrimination comme une violation de la Déclaration universelle des droits de l'homme).

(17) En ce sens, V. A. Lepage, *Vie privée du salarié et droit pénal* : AJP 2005, p. 9 et s., spéc. p. 11 : « Les dispositions du Code pénal relatives aux discriminations notamment dans les relations du travail contribuent de fait à la protection de la vie privée du salarié en interdisant les discriminations qu'elle pourrait inspirer ».

discriminations protège les choix intimes ou les caractéristiques innées de l'individu. Ces dispositions « interdisent qu'une personne soit défavorisée en raison de ses caractéristiques propres, de ce contre quoi, en tant qu'être vivant, elle ne peut rien ou (...) qu'en tant qu'être agissant et pensant, qui appartient à sa liberté la plus irréductible⁽¹⁸⁾ ». Est ainsi conféré à la lutte contre les discriminations un projet plus ambitieux que la simple promotion de l'égalité.

60. – Le droit européen⁽¹⁹⁾ semble dorénavant reconnaître cet objectif puisqu'un projet de directive vise à lutter contre les discriminations en dehors du marché de travail⁽²⁰⁾. Le lien autrefois ténu entre la prohibition des discriminations et la promotion du marché unique, au travers de l'égalité de traitement, se distend⁽²¹⁾. Plus qu'au salarié, dorénavant la lutte contre les discriminations semble se consacrer au citoyen.

2) Le mélange des concepts

61. – **Propositions doctrinales.** Des auteurs soutiennent qu'il existerait deux types de discriminations⁽²²⁾. Certaines résulteraient des dispositions imposant une égalité de traitement entre deux catégories de salariés, comme celle interdisant les distinctions entre les salariés embauchés à durée indéterminée et ceux embauchés à durée déterminée⁽²³⁾. D'autres résideraient dans les différences opérées pour des motifs illicites, qui traduiraient des atteintes à la dignité de la personne⁽²⁴⁾.

62. – Un autre auteur propose une distinction reposant sur des bases similaires, entre discrimination au sens fort et au sens faible⁽²⁵⁾. Au sens fort, il y aurait discrimination lorsqu'on constaterait la méconnaissance d'une règle d'égalité posée comme norme substantielle, s'imposant à tous les actes juridiques susceptibles d'entrer dans son domaine. Au sens faible, la discrimination serait constituée dans l'hypothèse du refus de reconnaître le bénéfice d'un droit prévu par une règle générale alors que les conditions de sa réalisation seraient réunies.

63. – Ces propositions ne font, selon nous, qu'entretenir la confusion entre règle d'égalité et règle de non-discrimination. Seules les normes interdisant de prendre une décision sur un motif considéré comme illégitime par la loi peuvent être quali-

(18) Rapp. C. cass. 2008, *Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La Documentation française, 3^e partie, p. 83 et s., spéc. p. 84.

(19) Il est intéressant de relever que la démarche de l'Organisation du Travail a été inverse (OIT). À ses débuts, l'Organisation tentait d'accorder une protection à certains groupes en prohibant, restreignant ou établissant des mesures spéciales relatives à certaines activités avant de promouvoir l'égalité entre ces mêmes groupes (C. La Hovary, *Les droits fondamentaux au travail. Origines, statut et impact en droit international*, PUF, 2009, p. 108 et s.).

(20) *Liaisons sociales Europe* 2010, n° 245, p. 4.

(21) J. Cavallini, *Discrimination fondée sur l'âge et justification par un but politique* : JCP S 2010, 1081 : « Les directives de 2000 qui prohibent les discriminations sur la race, l'ethnie, la religion, les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle illustrent pleinement la mutation politique de l'Union européenne ».

(22) G. Couturier, *Négociation d'établissement et discriminations entre les salariés* : *Dr. soc.* 2000, p. 185 et s., spéc. p. 188. – En ce sens, V. aussi P. Langlois, *Discrimination, égalité et rémunération : régime et fondement* : *Semaine sociale Lamy* 2006, n° 1256 : « L'égalité de traitement, qui est une manifestation de l'interdiction des discriminations et suppose une égalité entre ceux qui sont susceptibles de discriminations et les autres salariés ».

(23) C. trav., art. L. 1242-14.

(24) C'est uniquement ce type de discrimination qui est visé par l'article L. 1132-1 du Code du travail.

(25) P. Rongère, *À la recherche de la discrimination introuvable : l'extension de l'exigence d'égalité entre les salariés* : *Dr. soc.* 1990, p. 90.

fiées de règle de non-discrimination. Comme le rappelle M. Bailly⁽²⁶⁾, la discrimination n'est établie que lorsque la distinction entre des individus repose sur des bases non objectives moralement ou socialement admissibles, peu important qu'une règle d'égalité puisse ou non être invoquée dans la situation en cause. Non-discrimination et égalité de traitement ont des identités propres qui méritent d'être respectées.

64. – L'autre branche des distinctions envisagées par ces deux propositions n'est qu'une précision du périmètre permettant d'appliquer les dispositions de l'égalité de traitement. Plus que de règles de non-discrimination, il s'agit d'une précision concernant le domaine de la règle d'égalité. Le législateur pose ainsi, par exemple, que les personnes embauchées en contrat à durée déterminée et celles embauchées pour une durée indéterminée se trouvent, au regard de la rémunération et des conditions de travail, dans une situation identique. Cette disposition précise également que la nature du lien contractuel n'est pas un élément pertinent permettant de traiter différemment des salariés⁽²⁷⁾.

65. – Cependant, dans certains cas, une règle d'égalité substantielle peut renforcer une règle de non-discrimination⁽²⁸⁾. Ainsi en est-il lorsque la règle d'égalité concerne un public déjà protégé par un critère discriminatoire⁽²⁹⁾. Le salarié disposera alors de deux fondements juridiques distincts pour engager une action. Son choix sera guidé par l'effet recherché⁽³⁰⁾. Néanmoins, par sécurité, les plaideurs tendent à invoquer ensemble la violation des différentes règles⁽³¹⁾.

66. – Ces confusions font perdre de la cohérence à l'ensemble du système. Elles sont, pour une part, le fruit d'une élaboration des textes par strates successives, sans souci d'harmonisation des règles de non-discrimination et d'égalité⁽³²⁾.

b) Des confusions probatoires

67. – **Aménagement probatoire identique.** La confusion entre les notions provient également des modes de révélation et de preuve des comportements visés. Discrimination et égalité pourront, dans un premier temps au moins, emprunter le même chemin probatoire. La mise en exergue de la discrimination passe par la preuve d'un traitement moins favorable réservé à un individu. Une rupture d'égalité sera alors établie. Cette preuve ne sera cependant pas suffisante pour établir la

(26) P. Bailly, *L'égalité des salariés en droit du travail*, Rapp. C. cass. 2003, La Documentation française, 3^e partie, spéc. p. 82.

(27) Ces deux types de normes ne peuvent être assimilés puisqu'il est difficilement soutenable que le type de contrat qui lie un salarié à son employeur constitue un élément de sa personnalité qui mérite d'être protégé au nom de la dignité humaine.

(28) En ce sens, V. F. Favennec-Hery, *Non-discrimination, égalité, diversité, la France au milieu du gué : Dr. soc.* 2007, p. 3 et s., spéc. p. 4.

(29) Le Titre IV du Code du travail pose le principe de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et l'article L. 1132-1 du même code proscribit également les discriminations en raison du sexe.

(30) L'article L. 1132-4 du Code du travail sanctionne la discrimination en raison du sexe par la nullité de la mesure ; l'article L. 3221-7 du même code, relatif à l'égalité de rémunération entre hommes et femmes, prévoit la substitution de plein droit de la rémunération la plus élevée accordée au sexe privilégié.

(31) Rapp. C. cass. 2008, *Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La Documentation française, 3^e partie, p. 91 : « Dans la moitié des dossiers qui invoque le principe "à travail égal, salaire égal", les demandes portent également sur la discrimination ».

(32) Sur le nécessaire travail d'harmonisation des dispositions sur la discrimination, V. Sénat, Rapport d'information n° 252 sur les discriminations.

discrimination puisqu'il faudra démontrer que ce traitement défavorable est infligé en raison d'un critère illicite⁽³³⁾.

68. – De surcroît, la preuve de la discrimination et celle de la violation de l'égalité de traitement ont été aménagées suivant le même schéma. À celui qui s'estime victime d'une distinction illicite⁽³⁴⁾ ou d'une rupture d'égalité⁽³⁵⁾ revient la charge de présenter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'un tel comportement ; à l'employeur d'établir que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à ces accusations.

69. – À ces deux fondements correspondent deux types de réponses patronales différentes. Dans le cas d'une instance en discrimination, l'employeur doit établir que sa décision n'a pas été motivée par les « différences » du salarié. Si l'instance est engagée sur le terrain de la violation de l'égalité de traitement, il doit établir que des raisons objectives et pertinentes lui permettraient de traiter le demandeur différemment des autres salariés placés dans une situation identique. Il peut également tenter de démontrer que le demandeur ne se trouve pas dans une situation identique à celle des salariés auxquels il se compare.

70. – **Confusion des éléments justificatifs.** La preuve négative de la non-prise en compte d'un critère prohibé pour la discrimination et la preuve positive de la mise en œuvre d'un critère objectif et pertinent dans le cas de la violation du principe d'égalité de traitement ont tendance à se confondre. Il sera impossible à l'employeur de démontrer qu'il n'a pas pris en compte un critère discriminatoire sans justifier du motif de sa décision⁽³⁶⁾. Et si le juge estime que le critère invoqué par le chef d'entreprise n'est pas objectif et pertinent, il pourra retenir comme véritable motif de la décision le critère discriminatoire mis en avant par le salarié dans sa demande. Le juge pourrait tendre à considérer toute rupture d'égalité comme discriminatoire, oubliant que ces deux notions ne se recoupent pas nécessairement. La confusion est également entretenue par la multiplication des critères reconnus illégitimes⁽³⁷⁾.

2° Les effets des confusions

71. – **Confusion dans le fondement des actions.** Les confusions relevées conduisent parfois les plaideurs à engager des actions sur le terrain de la discrimi-

(33) En ce sens, V. A. Ferrer, note ss arrêt : *Dr. ouvrier* 2010, p. 209 : « En matière d'égalité de traitement, il est absolument nécessaire d'effectuer une comparaison avec d'autres salariés puisque l'illégalité réside dans un traitement différencié avec d'autres personnes qui effectuent le même travail... en revanche, cette comparaison ne peut être exigée en matière de discrimination. On ne compare pas le salarié discriminé avec des collègues existants, mais on le compare avec ce qu'il n'est pas. On se demande : la salariée aurait-elle été mieux traitée si elle avait été un homme ? Ou si elle avait eu des convictions religieuses différentes ? ».

(34) C. trav., art. L. 1134-1.

(35) Cass. soc., 26 nov. 2002, n° 00-41.633 : *Bull. civ.* 2002, V, n° 354 : « Mais attendu que l'employeur ne rapportait pas la preuve que l'inégalité de traitement dont le salarié a été la victime reposait sur un critère objectif ». Le principe « à travail égal, salaire égal » bénéficie du même aménagement (Cass. soc., 10 oct. 2000, n° 98-41.389 : *Bull. civ.* 2000, V, n° 317).

(36) Rapp. C. cass. 2008, *Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La Documentation française, 3^e partie, spéc. p. 85 : « S'il 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'employeur, soumis à la question, ne peut guère montrer ce que la différence n'est pas sans établir ce qu'elle est ».

(37) En ce sens, V. notamment J. Aguera, *Discrimination et égalité de traitement : avant qu'il ne soit trop tard : Semaine sociale Lamy* 2006, n° 1256.

nation alors que le principe d'égalité de traitement aurait été plus adéquat. La Cour de cassation a décidé que le juge saisi d'une demande sur le fondement de l'égalité de traitement, et particulièrement du principe « à travail égal, salaire égal », n'avait pas à se prononcer sur l'existence d'une discrimination⁽³⁸⁾. Dans un autre arrêt, malgré l'opinion du professeur Radé⁽³⁹⁾, elle a approuvé les juges du fond, qui, après avoir relevé l'absence de référence à l'un des critères discriminatoires visés à l'article L. 1132-1 du Code du travail, avaient considéré qu'ils étaient en réalité saisis d'une demande sur le fondement du principe « à travail égal, salaire égal⁽⁴⁰⁾ ».

72. – Pouvoir de requalification du juge. Ces solutions peuvent s'expliquer par l'application de l'article 12 du Code de procédure civile : « Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui sont applicables. Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée ». Le principe ainsi posé a été interprété par la jurisprudence comme n'obligeant pas le juge à rechercher si la demande invoquée peut prospérer sur un autre fondement⁽⁴¹⁾. Cette disposition ne conférerait au magistrat que la faculté de requalifier les faits qui lui sont soumis⁽⁴²⁾. La latitude laissée au juge est toutefois tempérée en pratique puisqu'il ne peut prendre en considération que les faits invoqués par les parties au cours des débats⁽⁴³⁾.

73. – Saisi d'une demande sur le fondement de la discrimination, le juge peut, s'il le souhaite, se prononcer sur l'existence d'une rupture d'égalité puisque les éléments lui permettant de trancher le litige sur ce fondement ont été le plus souvent évoqués devant lui⁽⁴⁴⁾. À l'inverse, les éléments pouvant caractériser l'existence d'une discrimination ne sont pas nécessairement dans le débat lorsque l'instance est engagée sur la base du principe de l'égalité de traitement : le critère discriminant ne ressort pas toujours des éléments de comparaison produits par les parties.

74. – Même si des principes de procédure permettent de l'expliquer, des réserves peuvent néanmoins être émises à l'égard de la solution retenue. Selon une partie de la doctrine, la faculté offerte au juge de soulever d'office la violation d'une règle doit se transformer en obligation dès lors que la norme violée non évoquée par les

(38) Cass. soc., 5 juill. 2005, n° 03-44.281 : *Bull. civ.* 2005, V, n° 231 : « Attendu 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 du Code du travail ».

(39) C. Radé, *Le principe d'égalité de traitement, nouveau principe fondamental du droit du travail* : *Dr. soc.* 2008, p. 981 et s., spéc. p. 983 : « Lorsque le juge est saisi d'une demande fondée sur la violation du principe à "travail égal, salaire égal", il n'est pas tenu d'examiner la situation dénoncée au regard des hypothèses de non-discrimination. Cette solution sera-t-elle maintenue lorsque le salarié aura agi pour dénoncer une discrimination alors qu'il aurait dû se situer dans le cadre du principe d'égalité de traitement ? On peut le croire ».

(40) Cass. soc., 9 déc. 2009, n° 08-41.139 : *RJS* 2010, n° 234.

(41) Cass. ass. plén., 21 déc. 2007, n° 06-11.343 : *Bull. civ.* 2007, ass. plén., n° 10 : « Si, parmi les principes directeurs du procès, l'article 12 oblige le juge à donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions, il ne lui fait pas obligation, sauf règles particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique de leurs demandes ».

(42) L. Cadet et E. Jeuland, *Droit privé judiciaire*, Litec, 6^e éd. 2009, n° 542 : « La jurisprudence dominante paraissait analyser le pouvoir du juge en une simple faculté ». – G. Couchez, *Procédure civile*, Sirey, 14^e éd. 2006, n° 236 : « Mais cette annulation [de la disposition permettant au juge de relever d'office les moyens de pur droit] n'a pas remis en cause le pouvoir du juge de relever d'office les moyens de pur droit ».

(43) CPC, art. 7.

(44) Même si la preuve de la discrimination ne nécessite pas nécessairement une comparaison de la situation de salariés différents, elle s'établit le plus souvent par la production d'éléments comparatifs.

parties permettrait de déceler dans l'acte une nullité absolue⁽⁴⁵⁾. Or, tel est le cas des mesures discriminatoires. S'il retenait cette solution, le juge serait tenu de relever d'office et d'annuler la distinction illicite chaque fois qu'il pourrait la caractériser. L'effectivité de la lutte contre les discriminations en serait renforcée⁽⁴⁶⁾.

B. – Des distinctions fondées

75. – Égalité et discrimination ont des périmètres distincts (1°) et sont assorties de sanctions distinctes (2°). Ces différences sont autant de repères stabilisant la frontière séparant la prohibition des discriminations de l'exigence d'égalité de traitement.

1° Des périmètres distincts

76. – Alors que la protection contre les discriminations se conçoit au travers d'une liste de critères objectifs considérés comme discriminatoires (a), la promotion de l'égalité de traitement nécessite au préalable la définition, nécessairement subjective, de son périmètre d'application (b).

a) Un périmètre objectif

77. – La lutte contre les discriminations s'appuie sur une liste de critères que la loi considère par nature illicites. La nécessaire référence (1) à l'un des critères visés permet de rendre objectif le périmètre de la non-discrimination. Contenant de trop nombreux critères, la liste retenue n'est pas exempte de critiques (2). Il conviendrait, peut être, d'opérer une certaine hiérarchisation parmi les motifs de distinctions illicites (3).

1) Une liste nécessaire

78. – **Un élément déterminant de la règle de non-discrimination.** Selon le professeur Lochak, une règle de non-discrimination contient nécessairement trois éléments : elle précise les personnes ou les groupes qui font l'objet d'une différence de traitement, fixe le domaine dans lequel la distinction est prohibée et pose les justifications admissibles d'une différence en raison de son adéquation, ou non, avec le but poursuivi⁽⁴⁷⁾. Les textes visant à l'éradication des discriminations contiennent ainsi toujours une série de « motifs » ou de « caractéristiques » qui ne peuvent permettre de fonder une différence de traitement légitime.

79. – La différence la plus notable entre l'égalité de traitement et la non-discrimination réside dans ces critères qui « découpent dans la population, le groupe de victimes potentielles des discriminations⁽⁴⁸⁾ » et interdisent de prendre

(45) O. Gout, *Une restriction contestable au pouvoir du juge de soulever d'office la nullité* : JCP G 2001, II, 10477 : « La prise en compte de la nature de la nullité a longtemps été le critère exclusif de détermination des pouvoirs du juge quant à son aptitude à soulever d'office la nullité d'un contrat vicié. Ainsi, si l'on s'en tient à cette approche, et conformément à la conception moderne des nullités, le juge serait en mesure de relever d'office la nullité chaque fois que la règle transgressée au moment de la conclusion du contrat tend à la protection de l'intérêt général ».

(46) La discrimination constitue de surcroît une infraction pénale qui mérite d'être relevée par le juge chaque fois qu'il en a la possibilité.

(47) D. Lochak, *Réflexions sur la notion de discrimination* : Dr. soc. 1987, p. 778 et s., spéc. p. 779.

(48) P. Simon, *La construction des discriminations*, in *Sociétés contemporaines* 2004, n° 53, p. 5 et s., spéc. p. 7.

en compte l'appartenance à l'une de ces communautés pour arrêter une décision⁽⁴⁹⁾. Ces critères ne sont pas figés et sont susceptibles d'évoluer en fonction des aspirations du législateur⁽⁵⁰⁾.

80. – Alors que toute personne peut être victime d'une rupture d'égalité, seule la personne répondant à certains critères peut, en principe⁽⁵¹⁾, être victime de discrimination. La rupture d'égalité n'est constitutive d'une discrimination que si son auteur a pris en considération l'un des critères limitativement énoncés par la loi ou si la mesure arrêtée a des effets plus importants sur l'une des catégories de personne visées⁽⁵²⁾.

81. – L'article L. 1132-1 du Code du travail interdit ainsi de prendre en compte « l'origine, le sexe, les mœurs, l'orientation sexuelle, l'âge, la situation de famille, la grossesse, les caractéristiques génétiques, l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, les opinions politiques, les activités syndicales ou mutualistes, les convictions religieuses, l'apparence physique, le nom de famille, l'état de santé ou le handicap » d'un individu. La Cour de cassation souligne que le salarié qui s'estime victime d'une discrimination doit invoquer l'un des critères mentionnés à l'article L. 1132-1 du Code du travail⁽⁵³⁾.

2) Une liste critiquée

82. – **Une liste dépassée.** La liste limitative des critères discriminatoires fige les motifs que la loi interdit de prendre en compte pour arrêter une décision⁽⁵⁴⁾. Ces motifs sont, soit « frappés d'une illégitimité de principe en fonction d'un jugement de valeur, d'un *a priori* d'ordre éthique⁽⁵⁵⁾ », soit non pertinents au regard de la distinction qu'ils fondent⁽⁵⁶⁾. L'existence d'une telle liste est d'autant plus nécessaire que la discrimination constitue un délit⁽⁵⁷⁾, ce qui oblige à définir avec précision ses éléments constitutifs⁽⁵⁸⁾. Le principe d'interprétation stricte de la loi pénale impose que le texte d'incrimination soit précis et exhaustif. Le juge répressif ne pourrait, par un raisonnement analogique, considérer comme discriminatoire une décision même prise en raison d'un motif illégitime, non fondée sur un critère expressément illicite.

(49) M.-L. Bertrand, *Application du principe d'égalité de traitement : Les cahiers Lamy du CE* 3/2010, n° 91 : « On parle de discrimination lorsque la différence constatée est fondée sur l'un des motifs cités à l'article L. 1132-1 du Code du travail ».

(50) L'article 1 b) de la Convention C111 de l'OIT réserve la possibilité aux membres de l'Organisation de prévoir de nouveaux motifs discriminatoires. Cette faculté n'a, à l'heure actuelle, jamais été utilisée.

(51) En principe seulement, car la multiplication des critères que la loi retient aujourd'hui comme discriminatoires permet à tout à chacun de se prévaloir d'un motif discriminatoire.

(52) Cass. soc., 14 oct. 2009, n° 08-41.091 : « Mais attendu, d'abord, qu'il n'y a de discrimination que si le traitement défavorable infligé au salarié est fondé sur l'un des motifs prohibés par l'article L. 1132-1 du Code du travail ».

(53) Cass. soc., 21 oct. 2009, n° 08-42.699 : RJS 2010, n° 5 : « Attendu que M. X n'invoquant aucun des critères de discrimination illicite prévus par l'article L. 1132-1 du Code du travail ».

(54) Contrairement à ce que peuvent affirmer certains (V. par ex. le fascicule « Égalité de traitement » des Éditions législatives), la liste des critères prévus par l'article L. 1132-1 est limitative. L'adverbe « notamment » ne concerne pas les critères discriminatoires mais uniquement les domaines dans lesquels il est interdit de prendre en considération ces motifs.

(55) D. Lochak, *Réflexions sur la notion de discrimination* : Dr. soc. 1987, p. 778 et s., spéc. p. 779.

(56) D. Lochak, *Réflexions sur la notion de discrimination* : Dr. soc. 1987, p. 778 et s., spéc. p. 780.

(57) C. pén., art. 225-1.

(58) E. Fortis, *Réprimer les discriminations depuis la loi du 27 mai 2008 : entre incertitudes et impossibilités* : AJP 2008, p. 303 et s., spéc. p. 304 : « La discrimination peut être définie comme le fait de séparer un groupe social des autres en le traitant plus mal. Mais cette définition est insuffisante car trop imprécise pour sanctionner pénalement des comportements discriminatoires et répondre aux exigences du principe de légalité des incriminations ».

83. – Pourtant, la distinction fondamentale entre discrimination et égalité de traitement n'est pas toujours respectée. Ainsi, le sondage commandé par la Haute autorité de lutte contre les discriminations (HALDE) et l'Organisation internationale du travail (OIT⁽⁵⁹⁾) sur la perception des distinctions illicites au travail établi en mai 2009⁽⁶⁰⁾ présente les discriminations comme toutes décisions prises sur la base d'un motif non juste ou irrationnel, sans s'en tenir précisément aux motifs limitativement énumérés par la loi. L'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁽⁶¹⁾, qui traite de la discrimination, fait précéder la liste des critères de l'adverbe « notamment », ce qui permet d'étendre, selon les cas d'espèce et l'imagination des plaideurs, les critères discriminatoires.

84. – Émerge ainsi dans la doctrine, dans certains pourvois⁽⁶²⁾ et dans l'esprit du législateur⁽⁶³⁾, insatisfait du système actuel, la volonté de supprimer cette liste de critères pour la remplacer par un contrôle systématique des décisions de l'employeur. Selon certains, « à terme, il faudrait que les juges s'attachent à vérifier l'existence, pour chaque mesure patronale, de justifications appropriées faute desquelles seraient commises des distinctions arbitraires : toute distinction serait interdite, sauf raison légitime objective. Libre d'entreprendre, l'employeur n'en devrait pas moins rendre des comptes permanents⁽⁶⁴⁾ ».

85. – Pour la Cour de cassation, « le dépassement de la discrimination est inéluctable et rencontre alors la montée en puissance des exigences de motivations et de justifications des conduites patronales⁽⁶⁵⁾ ». Toute décision de l'employeur devrait se fonder sur des motifs objectifs⁽⁶⁶⁾. On assisterait alors au passage de l'interdiction des discriminations à l'obligation de justifications pertinentes et proportionnées. Plus que la prohibition des distinctions illicites, le contrôle opéré viserait à examiner les décisions patronales au travers du prisme de la raison.

86. – Une telle orientation induirait une réduction du pouvoir de direction de l'employeur et un alourdissement des processus de prise de décision. La suppression de la liste des critères discriminatoires et son remplacement par un contrôle aussi

(59) HALDE/OIT, *Perception des discriminations au travail. Regard croisé entre salarié du privé et agents de la fonction publique*, mai 2009, sondage CSA-opinion politique.

(60) Chaque année depuis 2008, un sondage de ce type est réalisé pour le compte de la HALDE et de l'OIT, *Perception des discriminations par les salariés et pratiques des entreprises en matière de prévention* : JCP S 2010, act. 90.

(61) Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 2000/C 364/01 : JOCE 18 déc. 2000, révisée par le traité de Lisbonne le 12 décembre 2007.

(62) V. par ex., ce pourvoi rejeté par la chambre sociale : « Que constitue une mesure discriminatoire la décision par laquelle l'employeur refuse d'accorder à un salarié une promotion qu'il a accordée à l'ensemble des salariés placés dans une situation identique à celle de l'intéressé, quand cette décision ne repose pas sur des éléments objectifs » (Cass. soc., 21 oct. 2009, n° 08-42.699).

(63) Dans les débats parlementaires qui ont précédé l'adoption de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, un parlementaire a soulevé l'idée de supprimer cette liste et la remplacer par une incrimination des discriminations plus large. La discrimination serait alors toute décision de l'employeur qui porterait atteinte à la dignité ou à la vie privée du salarié.

(64) J. Daniel, *Contribution à l'étude de la constitutionnalisation*, thèse Paris II, Panthéon-Assas, 2000, p. 261.

(65) Rapp. C. cass. 2008, *Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La Documentation française, 3^e partie, p. 83 et s., spéc. p. 85 : « 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 (...) L'employeur, soumis à la question, ne peut guère montrer ce que la différence n'est pas sans établir ce qu'elle est ».

(66) Un tel contrôle engloberait la prohibition des discriminations puisqu'une décision discriminatoire ne serait pas justifiée.

approfondi des décisions bouleverseraient les équilibres établis⁽⁶⁷⁾ entre la protection de la dignité du salarié et les impératifs de gestion d'une entreprise.

87. – Une liste insatisfaisante. Une définition précise des motifs discriminatoires constitue la frontière nécessaire entre le principe d'égalité et la non-discrimination. La liste actuellement retenue par le Code du travail suscite de nombreuses critiques. Certains⁽⁶⁸⁾ relèvent le caractère redondant des critères. L'interdiction des discriminations en raison de l'origine ethnique peut se confondre avec l'interdiction de prendre en compte les origines raciales, nationales ou le nom de famille. Ces quatre critères visent en réalité un seul motif discriminatoire largement entendu : le racisme. Et que dire des motifs, présentés comme distincts, de l'état de santé et du handicap⁽⁶⁹⁾ ?

88. – Au-delà de la répétition, le plus grand danger qui résulte de la liste actuelle est le traitement dans un texte unique de critères qui protègent des valeurs ne revêtant pas la même importance⁽⁷⁰⁾. Comme le précise le rapport de la Cour de cassation de 2008, « la prohibition des discriminations est une prohibition des comportements attentatoires à l'homme essentiel⁽⁷¹⁾ ». Mais la multiplication des critères éloigne la lutte contre les distinctions illicites de la protection des caractères intrinsèques de l'Homme. Il nous semble nécessaire de préserver ce lien indispensable qui relie l'interdiction des discriminations à la préservation de la dignité humaine et la lutte contre les discriminations. C'est d'ailleurs lui qui justifie la sanction pénale des distinctions illicites. Le désir du législateur de faire « entrer dans une énumération sanctionnée par des peines identiques un maximum de motifs susceptibles de fonder une différence de traitement illicite » pourrait conduire, à terme, à une perte de repères et à une dévaluation des valeurs.

89. – Le recours à la notion de discrimination ne devrait être envisagé que dans l'hypothèse où le motif de la décision porte atteinte à la dignité de l'Homme ou à l'exercice d'une liberté fondamentale⁽⁷²⁾. C'est pourquoi, même si le législateur français n'est pas le seul à avoir succombé à cette tentation⁽⁷³⁾, il ne nous semble pas opportun d'avoir enrichi la législation sur le travail dominical⁽⁷⁴⁾ d'une règle de

(67) En ce sens, V. P. Langlois, *Discrimination, égalité et rémunération : régime et fondement : Semaine sociale Lamy* 2006, n° 1256, « Aller au bout de ce raisonnement conduirait le juge à s'arroger le pouvoir de contrôler l'ensemble des relations contractuelles, en substituant son opinion, qualifiée d'objective, à celle des cocontractants ».

(68) A. Cerf-Hollender, *L'extension du champ pénal de lutte contre les discriminations*, in *Mél. Ottenhof*, p. 367 et s., spéc. p. 371, Dalloz, 2006.

(69) Sur le caractère redondant des critères de l'état de santé et du handicap en l'absence de définition temporelle du handicap, V. *infra*, n°s 319 et s.

(70) E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, Ellipses, 2008, n° 736, « Assez curieusement, malgré leur diversité, toutes les pratiques discriminatoires reprochables à une personne physique sont punies de la même façon ». – M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial*, Dalloz, 5^e éd. 2006, n° 491, « De son élaboration hachée, ce texte garde des redondances totales ou partielles ». – A. Cœuret et E. Fortis, *Droit pénal du travail*, Litec, 4^e éd. 2008, n° 656, « La question peut se poser de savoir s'il convient d'incriminer de la même manière des discriminations fondées sur des motifs d'importance inégale, si l'on considère le droit ou la liberté méconnus ».

(71) Rapp. C. cass. 2008, *Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La Documentation française, 3^e partie, p. 83 et s., spéc. p. 84.

(72) V. par ex., C. trav., art. L. 2511-1.

(73) La législation anglaise interdit aussi à l'employeur de licencier ou de traiter défavorablement, de manière directe ou indirecte, un salarié en raison de son refus de travailler le dimanche. V. A. Fiorentino, *Le travail le dimanche en droit anglais : Semaine sociale Lamy* 2008, n° 1352, p. 17 et s., spéc. p. 17.

(74) Sur la réforme issue de la loi n° 2009-974 du 10 août 2009, V. M. Morand, *Le travail du dimanche dans la loi du 10 août 2009 : commentaires : JCP E* 2009, 1912.

non-discrimination⁽⁷⁵⁾. Celui-ci n'est pas un droit fondamental du salarié et encore moins un attribut de sa personnalité qui mérite d'être protégé sur le fondement de la dignité de la personne humaine. À notre sens, il n'y avait pas là matière à créer un nouveau motif discriminatoire.

90. – L'évocation de la discrimination, qui devrait rester exceptionnelle en raison de la gravité des faits qu'elle sanctionne, semble aujourd'hui pouvoir surgir d'une multitude de situations. Si la possibilité de répression en sort renforcée, l'essence de la discrimination en est, elle, affaiblie.

3) Une hiérarchisation des critères

91. – **Une hiérarchisation nécessaire.** La liste des critères n'a cessé de s'enrichir depuis la loi du 1^{er} juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme. Le mouvement d'extension concerne tant le nombre de motifs considérés comme illégitimes que les actes prohibés. Pourtant, ces critères ne sauraient être placés sur un pied d'égalité.

92. – **Des critères prédominants.** La race, l'origine ethnique ou nationale ainsi que le sexe ont été les premiers à être élevés par le législateur au rang de motifs de distinction prohibée⁽⁷⁶⁾. Bénéficiant d'une primauté historique, ces critères constituent l'essence même de la lutte contre les discriminations et bénéficient d'une protection renforcée. Comme le précise la Cour européenne des droits de l'Homme, l'atteinte à la personne est ici particulièrement odieuse⁽⁷⁷⁾ et ne saurait être justifiée. *A contrario*, cette solution ouvre la possibilité d'une justification de traitements défavorables en raison d'autres critères pourtant retenus par la loi comme discriminatoires. Une certaine hiérarchie entre les critères illicites est ainsi établie. Elle se trouve renforcée par la consécration de certains critères au rang de principe général.

93. – **Vers des principes généraux de non-discrimination ?** Mériterait le qualificatif de principe⁽⁷⁸⁾ la règle qui se caractérise par « une généralité logique en tant que norme, une généralité d'extension en tant que règle "principe" et surtout une généralité par l'intensité correspondant à une autorité singulière dans la

(75) C. trav., art. L. 3132-25-4 : « Le salarié d'une entreprise bénéficiaire [d'une autorisation de travailler le dimanche] ne peut pas faire l'objet d'une mesure discriminatoire dans le cadre de l'exécution de son contrat de travail. Le refus de travailler le dimanche pour un salarié d'une entreprise bénéficiaire d'une telle autorisation ne constitue pas une faute ou un motif de licenciement ». À suivre la lettre de ce texte, un salarié travaillant dans un établissement dont le fonctionnement ou l'ouverture est rendu nécessaire par les contraintes de la production, au sens de l'article L. 3132-12 du Code du travail, ne pourrait pas se prévaloir de cette disposition d'interdiction des discriminations.

(76) À titre d'exemple, lorsque est mis en place le Groupe d'étude des discriminations (GED), en octobre 1999, son rôle est d'analyser les discriminations dont souffrent les populations à raison de leur origine ethnique, raciale ou nationale et non pas toutes les formes de discriminations. V. N. Ferré, *La construction juridique des discriminations : l'exemple de l'égalité Homme/Femme*, in *Sociétés contemporaines* 2004, n° 53, p. 33 et s., spéc. p. 33.

(77) CEDH, 13 déc. 2005, nos 55762/00 et 55974/00, *Timishev c/ Russie* : « La discrimination raciale est une forme de discrimination particulièrement odieuse et, compte tenu de ses conséquences dangereuses, elle exige une vigilance spéciale et une réaction vigoureuse de la part des autorités », « en tout état de cause, la Cour considère qu'aucune différence de traitement fondée exclusivement ou de manière déterminante sur l'origine ethnique d'un individu ne peut passer pour objectivement justifiée dans une société démocratique contemporaine, fondée sur les principes du pluralisme et du respect de la diversité culturelle ».

(78) *Contra*, P. Morvan, *Le principe de droit privé*, éd. Panthéon-Assas, 1999, p. 8 : « Nul ne peut prétendre imposer une définition précise du principe. Ce mot n'appartient qu'à la langue : il n'a pas de maître qui puisse l'asservir à une conception monolithique ».

hiérarchie, qui est le trait distinctif de cette catégorie de normes⁽⁷⁹⁾ ». Selon certains⁽⁸⁰⁾, le principe de non-discrimination ne pourrait pas être qualifié de principe général du droit, contrairement à celui de l'égalité de traitement, consacré par la Cour de cassation⁽⁸¹⁾ qui rend des arrêts à son visa⁽⁸²⁾. Cette dernière précise, dans son rapport de 2008, que « la prohibition des discriminations est conceptuellement incompatible avec ce qui serait un principe général d'égalité, *a fortiori*, un principe général de non-discrimination⁽⁸³⁾ ». Pour le professeur Lyon-Caen, la reconnaissance d'un principe général de non-discrimination « reviendrait à dire que les distinctions sont interdites, sauf raison objective légitime⁽⁸⁴⁾ ». Néanmoins, le champ d'application de la non-discrimination étant défini par référence à une liste de critères, il semble légitime à certains de s'interroger sur l'existence d'un principe général en ce domaine⁽⁸⁵⁾.

94. – À l'inverse, le professeur Lochak estime que « le principe de non-discrimination apparaît incontestablement comme un principe fondamental du droit international dans le domaine des droits de l'homme⁽⁸⁶⁾ ». Accréditant cette position, le droit espagnol reconnaît à la non-discrimination le rang de principe général⁽⁸⁷⁾. La dénomination du chapitre du Code du travail français consacré à ce sujet suggère lui aussi l'existence d'un tel principe⁽⁸⁸⁾. Certains auteurs vont même jusqu'à affirmer que le principe de non-discrimination « serait une condition nécessaire non seulement à un développement équitable, mais à la jouissance des autres droits du travail⁽⁸⁹⁾ ».

Il ressort des textes tant internationaux que nationaux que certains motifs (le sexe, l'origine nationale, ethnique, raciale, ou les croyances) ne peuvent jamais fonder une distinction entre les individus⁽⁹⁰⁾. Le droit positif interdit de prendre en compte ces critères pour arrêter une décision dans n'importe quel domaine. Il existe de ce fait une interdiction générale et absolue de fonder une distinction, une discrimination au sens étymologique du terme⁽⁹¹⁾, sur ces mo-

(79) A. Jeammaud, *Les principes dans le droit français du travail* : Dr. soc. 1982, p. 618 et s., spéc. p. 623.

(80) A. Barège, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, thèse Université Paris X, 2006, n° 234.

(81) Cass. soc., 30 janv. 2008, n° 06-46.447 : « vu le principe d'égalité de traitement ». – Cass. soc., 10 juin 2008, n° 06-46.000 : Bull. civ. 2008, V, n° 130. – Cass. soc., 1^{er} juill. 2009, n° 07-42.675.

(82) P. Morvan, *Le principe de droit privé*, éd. Panthéon-Assas, 1999, p. 65 : « Le procédé est d'une extrême simplicité. La Cour inscrit littéralement dans le visa qu'elle est tenue de faire figurer en tête de ses arrêts de cassation non point un texte législatif, réglementaire ou international, mais un principe ou des principes ».

(83) Rapp. C. cass. 2008, *Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La Documentation française, 3^e partie, p. 83 et s., spéc. p. 84. Selon ce rapport, l'existence d'un principe général de non-discrimination imposerait à l'article L. 1132-1 du Code du travail d'avoir un contenu inverse et d'énumérer les cas et les critères permettant exceptionnellement d'opérer telle ou telle différence.

(84) A. Lyon-Caen, *L'égalité et la loi en droit du travail* : Dr. soc. 1990, p. 68 et s., spéc. p. 75.

(85) A. Jeammaud, *Les principes dans le droit français du travail* : Dr. soc. 1982, p. 618 et s. L'auteur distingue dans son article les principes-descriptions, au moyen desquels les juristes rendent compte de manière synthétique du contenu et des grandes tendances de l'ensemble du droit, et les principes-normes qui sont le droit en vigueur.

(86) D. Lochak, *Réflexions sur la notion de discrimination* : Dr. soc. 1987, p. 778 et s., spéc. p. 780.

(87) L'article 14 de la Constitution espagnole de 1978 contient un principe général de non-discrimination en raison du sexe. V. J.-L. de la Cuesta, *Les femmes en droit pénal espagnol : passé, présent, perspectives*, in *Mél. en l'honneur du professeur R. Ottenhof, Le champ pénal*, Dalloz, 2006, p. 409 et s.

(88) Le Code du travail évoque, dans le chapitre II du titre III du livre 1^{er}, « le principe de non-discrimination ».

(89) C. La Hovary, *Les droits fondamentaux au travail. Origines, statut et impact en droit international*, PUF, 2009, spéc. p. 50.

(90) En ce sens, V. D. Lochak, *Réflexions sur la notion de discrimination* : Dr. soc. 1987, p. 778 et s., spéc. p. 781.

(91) Étymologiquement, discriminer signifie établir une distinction entre des objets, poser entre eux une séparation, une différenciation à partir de leurs traits distinctifs. Ce n'est que relativement récemment que ce terme a revêtu une connotation péjorative, au sens de distinction illégitime.

tifs. Ainsi, à notre sens, il existe non pas un mais des principes généraux de non-discrimination⁽⁹²⁾.

95. – Il conviendrait de distinguer, parmi les motifs considérés par la loi comme discriminatoires, ceux qui peuvent se fonder sur un tel principe général. Ceux qui accéderaient à ce rang, en raison des valeurs qu'ils protègent, ne sauraient jamais fonder une distinction entre les individus. Les discriminations commises sur ces motifs ne pourraient jamais être justifiées. D'autres critères, généralement consacrés récemment par le législateur, ne protègent pas des valeurs aussi importantes et ne participent pas à la protection de « l'homme essentiel ». Ils s'éloignent alors du noyau dur de la lutte contre les discriminations. Les distinctions qu'ils fonderaient pourraient être admises si l'employeur était en mesure de justifier la mesure prise par une raison objective et pertinente, proportionnée au but recherché. L'exemple le plus pertinent semble être le critère de l'âge. Élevé au rang de critère discriminatoire, tant au niveau national qu'au niveau européen⁽⁹³⁾, il bénéficie de nombreuses exceptions de sorte qu'il apparaît audacieux de déceler une prohibition absolue d'arrêter des décisions reposant sur ce motif⁽⁹⁴⁾. Il ne saurait donc être consacré comme un principe général.

96. – **Fondement de la hiérarchisation.** À la hiérarchisation des critères discriminatoires, au moins deux arguments textuels participent. Le principe de non-discrimination, consacré par l'Organisation internationale du travail comme principe fondamental du droit du travail⁽⁹⁵⁾, ne vise pas l'ensemble des critères aujourd'hui reconnus illicites par le législateur⁽⁹⁶⁾. Seuls sont concernés « la race, la couleur, le sexe, la religion, les opinions politiques, la nationalité ou les origines sociales ». Dans l'ordre interne, ne sont consacrés au niveau constitutionnel⁽⁹⁷⁾ que

(92) À chaque motif universellement considéré comme discriminatoire, correspond un principe général de non-discrimination. Il existe ainsi un principe de non-discrimination en raison de la race, un principe de non-discrimination en raison du sexe, un principe de non-discrimination en raison des croyances, un en raison des origines ethniques. L'addition de ces principes généraux constitue ce que l'on pourrait appeler un principe général de non-discrimination. Ainsi, à l'échelle des Nations unies, ont été adoptées, en 1965, « la convention sur l'élimination de toutes formes de discrimination raciale », en 1979, « la convention sur l'élimination de toutes formes de discrimination à l'égard des femmes ». Une déclaration de l'Assemblée générale des Nations unies a été adoptée en 1981 sur « l'élimination de toutes formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction ».

(93) Dir. n° 2000/78, 27 nov. 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

(94) CJCE, 3^e ch., 5 mars 2009, aff. C-388/07, note ss arrêt J. Cavallini : *JCP S* 2009, 1188 : « Définir à l'avance les types de discriminations légitimes fondées sur l'âge réduirait par trop la marge d'appréciation reconnue aux États en matière de politique sociale... il suffit que le contexte factuel et légal de la mesure en cause permette au juge d'identifier tant l'objectif poursuivi que les effets raisonnablement attendus sans qu'il soit nécessaire que la décision se rattache à un type de discrimination expressément autorisé ».

(95) Déclaration des droits fondamentaux du travail de l'Organisation internationale du travail, adoptée en 1998. « 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 desdites conventions, à savoir : (a) la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective ; (b) l'élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire ; (c) l'abolition effective du travail des enfants ; (d) l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession ».

(96) Par renvoi à la Convention C111 de 1958 de l'OIT, n'est considéré comme principe fondamental du droit, que l'interdiction des discriminations se fondant sur « la race, la couleur, le sexe, la religion, les opinions politiques, la nationalité ou les origines sociales ».

(97) A. Lyon-Caen, *L'égalité et la loi en droit du travail* : *Dr. soc.* 1990, p. 68 et s., spéc. p. 74. L'auteur estime que l'alinéa 5 de la Constitution du 27 octobre 1946 constitue la « consécration la plus solennelle dans le droit français d'une règle de non-discrimination ».

les principes de non-discrimination à raison du sexe⁽⁹⁸⁾, de l'origine, de l'opinion et des croyances⁽⁹⁹⁾.

97. – Les critères du sexe, des origines, des croyances et des opinions constitutionnellement et conventionnellement consacrés disposent d'une autorité particulière et sont en tête de la hiérarchie des motifs discriminatoires. Ils sont au cœur même de la lutte contre les distinctions illicites et constituent leur essence première, comme le rappelle la Cour européenne des droits de l'Homme⁽¹⁰⁰⁾. Ces critères méritent donc une attention particulière et ne devraient pas être traités comme les autres motifs. Une distinction fondée sur un de ces motifs ne saurait jamais être tolérée ou justifiée.

b) Un périmètre subjectif

98. – **Délimitation du champ de l'égalité.** Le principe d'égalité a d'abord émergé dans les relations entre les pouvoirs publics et le citoyen⁽¹⁰¹⁾ avant de se répandre, malgré certaines contestations⁽¹⁰²⁾, dans les relations entre personnes privées. Tout comme l'article VI de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, la règle d'égalité posée par le droit du travail n'est pas une règle d'égalité abso-

(98) Const. 27 oct. 1946, Préambule, al. 3 : « La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme ».

(99) Const. 27 oct. 1946, Préambule, al. 5 : « Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances ». Certains auteurs (V. A. Gardin, et A.-L. Zabel, *Les discriminations raciales au travail* : RJS 2003, p. 87 et s., spéc. p. 87, et P. Morvan, *Le principe en droit privé*, éd. Panthéon-Assas, 1999, p. 56 : « Les principes politiques, économiques et sociaux (proclamés par le peuple français) comme particulièrement nécessaires à notre temps inscrits dans le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ne sont pas des principes. Cet ensemble hétéroclite de droits, libertés et déclarations solennelles de précision et de valeurs juridiques fort inégales, recouvre des droits économiques et sociaux de la deuxième génération, à vocation essentiellement idéologique ») estiment toutefois que ce texte est trop imprécis pour contenir un principe général de non-discrimination (cette imprécision n'a toutefois pas empêché la Cour de cassation de rendre des décisions à son visa. Elle a ainsi jugé qu'était contraire aux dispositions de cet alinéa l'ordre des licenciements « déterminé selon le critère, défini avec l'accord du comité d'entreprise et sans critique de l'inspecteur du travail, de la charge d'une famille nombreuse, différemment appréciée selon l'origine européenne, d'une part, et maghrébine ou turque, d'autre part » (Cass. soc., 8 avr. 1992, n° 90-41.276 : *Bull. civ.* 1992, V, n° 256). L'arrêt vise le Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 qui lui-même renvoie au Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. On a pu s'interroger (J. Daniel, *Contribution à l'étude de la constitutionnalisation*, thèse Paris II, Panthéon-Assas, 2000, p. 262) sur la nécessité de viser un principe constitutionnel dans ce cas d'espèce. L'auteur explique ce choix par « la volonté de ne pas satisfaire à une condamnation d'espèce et de rejeter dans la sphère de l'inadmissible une pratique raciste ordinaire », alors que d'autres y voient la consécration de l'interdiction des discriminations dans l'exercice du travail. Malgré la solennité attachée à ces normes, elles ne sont que très rarement mobilisées par la jurisprudence (J. Daniel, *Contribution à l'étude de la constitutionnalisation*, thèse Paris II, Panthéon-Assas, 2000, p. 259 : « Pour condamner les discriminations, le juge judiciaire ne fait qu'exceptionnellement référence à la constitution, préférant fonder son raisonnement sur les dispositions infra-constitutionnelles (...) les dispositions législatives suffisent au juge chasseur de discrimination »).

(100) CEDH, 13 déc. 2005, n°s 55762/00 et 55974/00, *Timishev c/ Russie* : « La discrimination raciale est une forme de discrimination particulièrement odieuse et, compte tenu de ses conséquences dangereuses, elle exige une vigilance spéciale et une réaction vigoureuse de la part des autorités », « en tout état de cause, la Cour considère qu'aucune différence de traitement fondée exclusivement ou de manière déterminante sur l'origine ethnique d'un individu ne peut passer pour objectivement justifiée dans une société démocratique contemporaine, fondée sur les principes du pluralisme et du respect de la diversité culturelle ».

(101) DDHC, art. 6 : « La Loi est l'expression de la volonté générale (...) Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents ».

(102) P. Langlois, *Discrimination, égalité et rémunération : régime et fondement* : *Semaine sociale Lamy* 2006, n° 1256 : « La chambre sociale a emprunté au Conseil constitutionnel les fondements qu'il a donnés au principe d'égalité. Mais il s'agit alors de l'égalité des citoyens devant la loi, celle résultant de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme, égalité qui n'a rien à voir avec celle pouvant exister dans les relations entre particuliers et le Conseil constitutionnel n'a jamais consacré, même indirectement. S'il l'avait fait, il aurait modifié en profondeur la société française ».

lue⁽¹⁰³⁾. L'égalité n'est ici envisagée « que pour autant que les salariés en cause sont placés dans une situation identique⁽¹⁰⁴⁾ ». La formule utilisée par la Cour de cassation n'est pas sans rappeler celle employée par le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel⁽¹⁰⁵⁾ lorsque ces institutions doivent faire application du principe d'égalité des citoyens devant la loi⁽¹⁰⁶⁾. Même face à des salariés placés dans une situation identique, il n'est pas interdit à l'employeur d'en traiter certains différemment s'il dispose d'une raison objective et pertinente de le faire⁽¹⁰⁷⁾.

99. – Discrimination et égalité admettent toutes deux la différenciation. La première, en fixant les critères interdits, autorise, en creux, l'employeur à établir des distinctions licites⁽¹⁰⁸⁾. Par ailleurs, les motifs discriminatoires ne peuvent servir de critères objectifs et pertinents pour justifier une différence de traitement⁽¹⁰⁹⁾ puisqu'ils sont intrinsèquement illicites⁽¹¹⁰⁾. Réciproquement, l'employeur peut se prévaloir d'éléments objectifs pour traiter différemment des salariés placés dans une situation identique, sans qu'une quelconque discrimination ne puisse lui être reprochée⁽¹¹¹⁾.

100. – **Un périmètre incertain.** Exigeant une double comparaison et comportant une part de subjectivité, le principe d'égalité est source d'incertitude⁽¹¹²⁾. Le juge doit, dans un premier temps, se prononcer sur la « comparabilité » des situations. Il détermine un cercle des égaux. Ce préalable de délimitation n'est pas nécessaire pour l'application des règles de discrimination. À la suite de ce premier contrôle, il doit vérifier que les éléments de justification apportés par l'employeur sont objectifs et pertinents.

Il s'agit en fait de vérifier deux facettes d'une même pièce. Il est souvent malaisé de déterminer si les salariés sont placés dans une situation identique ou s'il

(103) A. Jeammaud, *Du principe d'égalité de traitement des salariés* : Dr. soc. 2004, p. 695 et s., spéc. p. 696 : « L'égalité s'entend de la situation dans laquelle tous, dans un périmètre de référence, disposent des mêmes droits, jouissent des mêmes avantages, supportent les mêmes obligations ou subissent les mêmes contraintes. Une authentique exigence d'égalité exclut d'emblée toute distinction, toute différence de droits ».

(104) Cass. soc., 27 oct. 1996, n° 92-43.680 : Bull. civ. 1996, V, n° 359.

(105) Cons. const., déc. 22 janv. 1979, n° 78-101 DC : « Le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce qu'une loi établisse des règles non identiques à l'égard de catégories de personnes se trouvant dans des situations différentes ».

(106) P. Waquet, *Retour sur l'arrêt Ponsolle* : RDT 2008, p. 22 et s., spéc. p. 26 : « Ces deux institutions se préoccupent de faire respecter le principe d'égalité de traitement des citoyens. Leur jurisprudence, très abondante et fort subtile, proclame qu'en principe les citoyens doivent recevoir un traitement égal, mais qu'une différence peut parfaitement être marquée, à condition d'être justifiée ».

(107) L'article VI de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen réserve, elle, l'hypothèse de traitement différent se fondant sur les vertus et les talents. V. aussi Cass. soc., 15 mai 2007, n° 05-42.894 : Bull. civ. 2007, V, n° 75 : « Une différence de traitement entre des salariés placés dans la même situation doit reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence ».

(108) Rapp. C. cass. 2008, *Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La Documentation française, 3^e partie, p. 83 et s., spéc. p. 84 : « Par l'énumération exhaustive des critères de discriminations prohibés, [l'article L. 1132-1 du Code du travail] postule, en creux, la légitimité de principe, et beaucoup plus général, d'établir des différenciations entre les salariés ».

(109) P. Waquet, *Le principe d'égalité en droit du travail* : Dr. soc. 2003, p. 276 et s., spéc. p. 279.

(110) G. Couturier, *Négociation d'établissement et discriminations entre les salariés* : Dr. soc. 2000, p. 185 et s., spéc. p. 188.

(111) Cass. soc., 18 mai 1999, n° 98-40.201 : Bull. civ. 1999, V, n° 213 : « Ne constitue pas une mesure discriminatoire le fait pour un employeur de subordonner l'octroi d'un avantage en nature à des conditions particulières [constituant des raisons objectives et pertinentes] dès lors que tous les salariés de l'entreprise peuvent bénéficier dans les mêmes conditions de l'avantage ainsi accordé ». Le cercle des égaux est ainsi constitué par l'ensemble des salariés de l'entreprise, qui sont placés, au regard de l'avantage en cause, dans une situation identique.

(112) D. Lochak, *Réflexions sur la notion de discrimination* : Dr. soc. 1987, p. 778 et s., spéc. p. 783 : « Rien n'est plus vague que le principe d'égalité, rien n'est plus difficile à cerner que la violation de ce principe dès lors que l'on a renoncé à assimiler l'égalité à l'uniformité ».

existe des raisons objectives de les traiter différemment⁽¹¹³⁾. Or, s'il ressort de l'analyse des faits qu'il existait des raisons objectives et pertinentes de traiter différemment deux salariés, c'est qu'ils n'étaient pas, dès l'origine, dans une situation strictement similaire.

101. – L'égalité de traitement est une garantie pour le salarié alors que la prohibition des discriminations vise à protéger l'homme. Cette différence de registre et d'importance des valeurs protégées explique pourquoi la discrimination est sanctionnée sur le plan pénal alors que l'égalité de traitement peut se contenter de réponses civiles. La lutte contre les discriminations vise à ce que l'individu, dans la relation de salariat, soit considéré pour ce qu'il est, indépendamment de ses caractéristiques⁽¹¹⁴⁾.

2° Des sanctions différentes

102. – **Sanctions distinctes.** Une mesure discriminatoire encourt la nullité ; elle expose également son auteur à des sanctions pénales. De telles sanctions jouent « un rôle social » puisqu'elles sont réservées aux « comportements que la société ne saurait tolérer⁽¹¹⁵⁾ ». Elle ne peut admettre la discrimination en raison de l'atteinte portée à la dignité humaine. À l'inverse, la violation de la règle d'égalité de traitement n'impose qu'une réponse indemnitaire.

103. – **Réparations semblables.** En cas de retard discriminatoire dans l'évolution de carrière, la nullité n'est pas adaptée à la réparation du préjudice subi par la victime : il n'existe pas d'acte répréhensible à faire disparaître. Il convient plutôt de compenser un ensemble de mesures non prises⁽¹¹⁶⁾. Dans cette hypothèse, la règle d'égalité de traitement prévoit la substitution de plein droit de la rémunération du salarié défavorisé à celle du salarié le mieux rémunéré⁽¹¹⁷⁾.

Devant une discrimination ayant retardé la carrière d'un salarié, les juges ont dû trouver une autre réponse que la nullité⁽¹¹⁸⁾. Sans que cette position soit exempte de critiques⁽¹¹⁹⁾, ils se sont partiellement inspirés de la solution retenue

(113) V. notamment les exemples cités par H. Mas, *La différence de statut et l'application du principe à travail égal, salaire égal* : *Dr. soc.* 2009, p. 792 et s.

(114) Rapp. C. cass. 2008, *Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La Documentation française, 3^e partie, p. 83 et s., spéc. p. 84.

(115) A. Lepout et H. Guyot, *Polémique autour du pouvoir de licencier dans la SAS* : *JCP S* 2010, 1067.

(116) L'employeur n'ayant pas accordé au salarié, pour des raisons discriminatoires, l'évolution de carrière qu'il méritait, il s'agit plutôt de réparer une série d'abstentions. La nullité n'est pas ici la sanction adéquate.

(117) En ce sens, V. C. trav., art. L. 3221-7. Contrairement aux souhaits du professeur Cesaro, une telle disposition ne permet pas de demander en justice la diminution du salaire d'un collègue qui fournit un travail de valeur moindre (Cass. soc., 29 juin. 1999, n° 97-41.567 : *Bull. civ.* 1999, V, n° 307 : « Attendu que le principe "à travail égal, salaire égal" ne saurait conduire à réduire la rémunération d'un salarié au motif qu'un autre salarié assurant un travail d'une valeur supérieure percevrait la même rémunération »). Sur une position contraire, V. J.-F. Cesaro, *Le principe « à travail égal, salaire égal*, in *Les principes dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation*, Dalloz, 2008, p. 95 et s., spéc. p. 100 : « Il est parfaitement possible d'appliquer le principe d'égalité en ramenant l'ensemble des salaires au montant le plus faible constaté. S'il n'existe pas de raison justifiant que l'un gagne moins, il n'existe pas davantage de raison pour que l'autre gagne plus (...) La logique de l'égalité suppose une unification des salaires, donc nécessairement un effort de la part de ceux qui perçoivent plus ».

(118) L'article L. 2141-8 du Code du travail décide cependant, dans le cadre particulier des discriminations syndicales, que « toute mesure prise par l'employeur contrairement [aux dispositions relatives à la prohibition des discriminations syndicales] est considérée comme abusive et donne lieu à des dommages et intérêts ». Pour une application, V. Cass. soc., 8 nov. 2006, n° 05-41.553 : *Cah. soc. barreau Paris* 1^{er} févr. 2007, n° 187, p. 60.

(119) Pour une critique de la solution retenue, V. *infra*, n° 936.

en matière d'égalité de traitement puisqu'ils accordent au salarié victime d'une discrimination la rémunération moyenne appliquée à ceux placés dans la même situation⁽¹²⁰⁾. Encore faut-il que la taille de l'entreprise autorise une telle comparaison.

104. – À un manquement plus grave que la rupture de la règle d'égalité correspond donc une indemnisation moins grande. Celui qui est victime d'une « simple » rupture d'égalité aurait pu demander non pas l'alignement sur la moyenne des rémunérations des autres salariés mais sur la plus élevée⁽¹²¹⁾. Un salarié pouvant se prévaloir à la fois de la règle d'égalité de traitement et du principe de non-discrimination a alors intérêt à se placer sous la protection de la première. Cette solution ne correspond pas à l'esprit « sanctionnateur » qui gouverne les dispositions de lutte contre les discriminations.

105. – Par ailleurs, le licenciement faisant suite à une action en discrimination intentée par un salarié contre son employeur est sanctionné par la nullité⁽¹²²⁾. Tel n'est pas le cas du licenciement faisant suite à une action du salarié sur le fondement du principe d'égalité de traitement⁽¹²³⁾.

106. – Au-delà de l'hypothèse particulière de la réévaluation salariale dans une entreprise de taille conséquente, la discrimination dispose d'un régime juridique plus favorable que l'égalité de traitement, ce qui a « créé une très puissante incitation à invoquer la discrimination à tort et à travers⁽¹²⁴⁾ ».

§ 2. – La différence recherchée

107. – **Fonctions de la différence.** Pour permettre l'intégration des membres de groupes exclus, deux voies peuvent être empruntées. Les différences peuvent être neutralisées en interdisant de tenir compte de certaines particularités. À l'inverse, les différences peuvent être recherchées : les politiques de diversité et d'actions positives font de la différence un élément prédominant lors de la prise de décision. Ces deux méthodes ont un objectif commun : la promotion de l'égalité.

(120) R. Spire, *Agir contre la discrimination syndicale au travail : le droit en pratique* : Dr. ouvrier 2006, p. 170 et s., spéc. p. 193. L'auteure décrit « la méthode François Clerc » qui vise à aligner le salaire de la victime de discrimination sur le salaire moyen de ses collègues placés dans une situation identique. V. également *Semaine sociale Lamy* 15 nov. 2004, n° 1190, p. 4 et s., spéc. p. 9.

(121) Cette disposition est prévue dans le cadre de la règle d'égalité de traitement « Femme/Homme » mais elle pourrait être étendue par analogie aux autres règles d'égalité prévues par le code non assorties de sanction spécifique.

(122) C. trav., art. L. 1134-4.

(123) Cass. soc., 20 févr. 2008, n° 06-40.085 : *Bull. civ.* 2008, V, n° 38 : « Hors le cas visé à l'article L. 123-5 [L. 1144-3], le licenciement sans cause réelle et sérieuse d'un salarié intervenu en raison de l'action en justice qu'il a introduite sur le fondement d'une violation du principe "à travail égal, salaire égal", n'encourt pas la nullité ». Il est intéressant de noter que seul est nul le licenciement faisant suite à une action sur le terrain de la règle « à travail égal, salaire égal » dans le cadre plus large de l'égalité homme/femme (C. trav., art. L. 1144-3). Dans cette hypothèse, si une femme est moins bien rémunérée qu'un homme, le litige tomberait sous le coup de la discrimination. La nullité d'un licenciement faisant suite à une action du salarié pour une violation de la règle d'égalité n'est ainsi envisagée qu'au travers des règles de discrimination. Le commentateur de cet arrêt estime lui aussi que « la solution aurait probablement été différente si le salarié s'était fondé devant les juges du fond sur les règles relatives à la discrimination » (J.-F. Cesarò, *Pas de nullité sans texte* : *JCP S* 2008, 1616). Cependant, une telle protection est néanmoins prévue pour le licenciement d'une salariée faisant suite à l'introduction d'une instance sur le fondement de l'égalité homme/femme (C. trav., art. L. 1144-3).

(124) F. Gaudu, *Les nullités du licenciement et le principe pas de nullité sans texte* : *Dr. soc.* 2010, p. 151 et s., spéc. p. 159.

108. – Par la méthode de la neutralisation, l'égalité s'obtient par « l'indifférence des différences ». En les mettant en exergue, l'objectif est réalisé en postulant de l'égalité de ces mêmes différences⁽¹²⁵⁾. La perspective est alors inversée : les caractéristiques que l'on tentait d'effacer deviennent un élément prédominant de l'intégration⁽¹²⁶⁾. Le droit ne nie pas l'existence de différences entre les salariés mais leur reconnaît une valeur égale.

109. – **Évolution de la notion d'égalité.** La recherche de la différence désavoue la conception du principe d'égalité généralement retenue en France. Y domine historiquement le principe d'égalité formelle, ou « égalité juridique », qui favorise la généralité de la règle plutôt que son adaptation aux circonstances de fait. Pour certains⁽¹²⁷⁾, cette conception a trouvé ses limites⁽¹²⁸⁾ ; elle ne suffit pas à rendre effective l'égalité⁽¹²⁹⁾. L'adoption de lois de correction s'impose⁽¹³⁰⁾ pour atteindre l'objectif de l'égalité concrète. Cette dernière privilégie l'ajustement de la loi aux faits et conduit à multiplier les distinctions sur lesquelles elle est fondée⁽¹³¹⁾. Elle vise à « assurer l'égalité de par la loi plutôt que seulement devant la loi⁽¹³²⁾ ». Actions positives et politiques de diversité s'inscrivent dans cette dynamique. Celles-ci s'opposent à la tradition juridique française, ce qui peut expliquer leurs difficultés d'implantation⁽¹³³⁾.

110. – Pourtant, le droit du travail a très tôt connu des lois de correction. Elles ont dans un premier temps visé à réduire les inégalités structurelles existant entre

(125) P.-Y. Verkindt, *L'égalité au risque de la diversité*, in *L'égalité* : Arch. phil. dr. 2008, Dalloz, t. 51, p. 141 et s., spéc. p. 144 : « La constitution de l'État social substitue à l'égalité recherchée dans la généralité... une égalité par la différenciation (J. Rivero, *Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français*, Trav. Assoc. Capitant, t. XIV, 1965, p. 343) ».

(126) L'exemple du *curriculum vitae* anonyme est symbolique de cette opposition. Une politique d'égalité universaliste pourra choisir « d'anonymiser » certaines données, qui ne doivent pas motiver une décision. Une telle mesure ne pourrait s'inscrire dans une politique de diversité car son objectif n'est pas d'anéantir les différences, mais de les rendre égales.

(127) L'illustration en est notamment donnée par le slogan explicite de la campagne de médiatisation du ministère de la Culture, des Communications et de la Condition féminine québécois : « Pour que l'égalité de droit devienne une égalité de fait », disponible sur le site www.scfgouv.qc.ca.

(128) M.-T. Lanquetin, *De l'égalité des chances. À propos de l'arrêt Kalanke*, CJCE 17 octobre 1995 : Dr. soc. 1996, p. 494 et s., spéc. p. 494 : « Très vite, il apparaît que cette égalité de chances et de traitement qui admet que la première est contenue dans la seconde, ne suffit pas à garantir à tous l'égalité réelle ».

(129) À l'inverse même, l'égalité réelle pourrait s'avérer négative pour l'intégration des minorités. « [Avec l'égalité réelle], la société exige des individus l'abandon de leurs spécificités culturelles ; de l'autre, à travers les discriminations au nom précisément des spécificités culturelles que leur différence visible laisse supposer, elle leur refuse les bénéfices de l'égalité des chances. Pour cette raison, la persistance des discriminations présente un caractère particulièrement inacceptable face aux ambitions de la République » (en ce sens, V. L. Blivet, *Ni quotas, ni indifférence ; L'entreprise et l'égalité positive*, Institut Montaigne, oct. 2004, spéc. p. 43).

(130) A. Lyon-Caen, *L'égalité et la loi en droit du travail* : Dr. soc. 1990, p. 68 et s., spéc. p. 69 : « Avec l'essor des règles correctrices, on mesure la fonction qu'a occupée l'égalité dans la production du droit du travail ».

(131) A. Supiot, *Principe d'égalité et limites du droit du travail (en marge de l'arrêt Stoeckel)* : Dr. soc. 1992, p. 382 et s.

(132) A. Fenet, G. Koubi et I. Schulte-Tenckhoff, *Le droit et les minorités. Analyses et textes*, Bruylant, 2^e éd. 2000, spéc. p. 304.

(133) En ce sens, V. Rapp. AN n° 3502, 6 déc. 2005, sur les politiques d'intégration des migrants dans l'Union européenne et aussi le rapport de la Commission nationale de l'informatique et des libertés du 15 mai 2007 sur la mesure de la diversité et la protection des données personnelles, spéc. p. 4 : « [La mesure de la diversité] peut contredire le modèle français, égalitaire et universaliste ». Sur les difficultés de la législation française à organiser la lutte contre les discriminations en raison de la conception du principe d'égalité, V. F. Favenec-Hery, *Non-discrimination, égalité, diversité, la France au milieu du gué* : Dr. soc. 2007, p. 3 et s. : « La France a du mal à opter entre une vision simplement défensive et individuelle de la question par la lutte contre les discriminations, une approche persuasive et anticipatrice par le biais de la négociation collective et une démarche collective et directive inspirée des "positives actions" à l'américaine ».

employeurs et salariés. Il s'agissait alors de réduire l'inégalité formelle verticale⁽¹³⁴⁾. La perspective s'est ensuite déplacée avec les dispositifs d'actions positives et de politique de diversité visant à réaliser une égalité formelle horizontale entre salariés.

111. – Si diversité et actions positives concourent au même but, établir l'égalité réelle entre les individus, des différences notoires les séparent⁽¹³⁵⁾. Dans le cadre des politiques de diversité, un large champ d'intervention est laissé à l'entreprise. Elle dispose de l'initiative de la politique et du choix des moyens : l'entreprise est le moteur de la diversité (A). En raison de l'atteinte portée au principe d'égalité, les dispositions d'actions positives sont de la compétence exclusive de l'État. L'entreprise n'a la charge que de mettre en œuvre les actions décidées par le législateur au profit de certaines populations défavorisées ; elle n'est que le vecteur des actions positives (B).

A. – L'entreprise, moteur de la diversité

112. – L'entreprise est un lieu de promotion de la diversité (1°). Y sont déployés des outils spécifiques (2°).

1° La promotion de la diversité

113. – La promotion de la diversité provient d'une prise de conscience par les entreprises (a) de l'intérêt que pourrait représenter la mise en œuvre d'une telle politique (b).

a) Une prise de conscience des entreprises

114. – **Développement de la diversité.** Malgré l'existence d'un important *corpus* juridique prohibant les discriminations, les partenaires sociaux ont constaté que la composition du monde du travail ne reflétait pas la « diversité » de la société française. Il en a été déduit qu'en dépit des efforts menés, l'accès au monde du travail, ou l'évolution en son sein, présentent des obstacles pour certains⁽¹³⁶⁾. L'entreprise s'engageant dans une démarche de diversité reconnaît ainsi, explicitement ou implicitement, que ses mécanismes internes de recrutement ou d'évolution profes-

(134) A. Supiot, *Principe d'égalité et limites du droit du travail (en marge de l'arrêt Stoeckel)* : *Dr. soc.* 1992, p. 382 et s., spéc. p. 383 : « C'est au nom de l'égalité que l'analyse contractuelle de la relation de travail a été critiquée. Les premiers juristes français à s'intéresser au droit ouvrier ont dit en substance que cette relation prétendument égalitaire entre employeur et salarié, est manifestement inégalitaire : elle l'est économiquement, puisque l'argent est à un pôle, et le besoin de l'autre ; et elle l'est aussi juridiquement, puisque ce contrat fait naître un lien de subordination entre ces prétendus égaux. Le droit du travail français s'est donc développé sur cette perspective d'un approfondissement de l'idée d'égalité dans le contrat ».

(135) F. Favennec-Hery, *Vers un accord nation interprofessionnel sur la diversité dans l'entreprise* : *JCP S* 2006, 1914 : « Favoriser la diversité dans l'entreprise n'est pas synonyme d'opter pour une politique d'affirmative action ». – V. aussi H. Zannad, *Mesurer la diversité et l'impact des actions de lutte contre la discrimination : état des lieux et pistes de réflexion*, in *Humanisme et entreprise* déc. 2009, n° 295, spéc. p. 31 : « Si la mesure de la discrimination renvoie à une norme et un objet clairement établi, ce n'est pas le cas de la diversité. Mesurer la discrimination vise à se mettre en conformité avec la loi en rectifiant certaines pratiques et processus opératoires. Mesurer la diversité vise davantage à refléter les proportions des différents groupes de personnes d'une société à l'intérieur d'une organisation ». – V. également P. Bernard, *Égalité femmes/hommes chez Eau de Paris : Des résultats encourageants* : *Personnel* mai 2007, n° 479. L'entreprise affirme ne pas vouloir pratiquer la discrimination positive, mais uniquement une politique de diversité, « afin d'œuvrer dans une logique d'égalité positive, pour rattraper les retards anciens ». Diversité et discrimination positive ont des champs distincts.

(136) ANI sur la diversité, 12 oct. 2006, Préambule, al. 6 : « Les entreprises concourent déjà à l'intégration dans le monde du travail ; leurs efforts doivent néanmoins se renforcer afin que soient acceptées encore davantage toutes les différences ».

sionnelle ne permettent pas de lutter efficacement contre toutes les formes de discrimination.

115. – La thématique de la « diversité⁽¹³⁷⁾ » est apparue aux États-Unis⁽¹³⁸⁾ avant de se diffuser au sein du Conseil de l'Europe puis de l'Union européenne⁽¹³⁹⁾. Plusieurs initiatives ont été prises pour la promouvoir au sein des entreprises. Le 22 octobre 2004⁽¹⁴⁰⁾, trente-cinq entreprises⁽¹⁴¹⁾ ont signé « la charte de la diversité » par laquelle elles « s'engagent à ce que leur personnel soit un peu plus à l'image de la diversité de la société française⁽¹⁴²⁾ ». Cette charte souhaite briser « le plafond de verre sur lequel viennent buter tout ceux qui font l'objet de discrimination⁽¹⁴³⁾ ». D'autres accords ont pu être signés à l'échelle d'une entreprise⁽¹⁴⁴⁾, d'une branche d'activité⁽¹⁴⁵⁾ ou d'un territoire⁽¹⁴⁶⁾. Certaines négociations nationales ont abouti sur des thèmes plus restreints comme la mixité au travail⁽¹⁴⁷⁾ ou le travail des seniors⁽¹⁴⁸⁾. Ces initiatives traduisent à la fois la prise de conscience par les entreprises des difficultés de certaines populations à intégrer le monde du travail et à y évoluer mais également leur volonté de dépasser ce simple constat. Les signataires ont la volonté de lutter contre ce phénomène.

116. – Si ces différents accords ne débouchent pas sur une solution unique, ils se rejoignent sur la méthode de travail à déployer. Celle-ci se base sur un diagnostic préalable de la situation de l'entreprise qui doit entraîner la mise en œuvre d'actions adaptées à chaque situation.

117. – **Accord du 12 octobre 2006.** L'engouement pour la diversité s'est traduit par la conclusion, le 12 octobre 2006, d'un accord national interprofessionnel « relatif à la diversité dans l'entreprise ». Son mode d'élaboration traduirait une consécration de la démocratie sociale⁽¹⁴⁹⁾. Ainsi, cette notion « sans être juridique, est consacrée juridiquement, singulièrement par nos textes conventionnels⁽¹⁵⁰⁾ ».

118. – En réaction à la « crise des banlieues » de novembre 2005, le Mouvement des entreprises de France (MEDEF), sous l'impulsion personnelle de sa pré-

(137) L. Bonnard-Plancke et P.-Y. Verkindt, *Égalité et diversité : quelles solutions ?* : Dr. soc. 2006, p. 968 et s., spéc. p. 978.

(138) Plusieurs raisons sont à l'origine du développement de la thématique de la diversité aux États-Unis. Leur histoire leur a donné une société mélangée ; les lois ségrégationnistes ont fait naître dans l'opinion publique américaine un sentiment de culpabilité qui impose une remise à niveau par tous les moyens. Sur la diversité sociale aux États-Unis, V. P.-H. Schuck, *Gérer la diversité sociale*, in *L'égalité* : Arch. phil. dr. 2008, Dalloz, t. 51, p. 223 et s.

(139) Rapport de la Commission européenne sur « Le cas commercial en faveur de la diversité : Bonnes pratiques sur le lieu de travail », nov. 2005.

(140) *Les cahiers Lamy du CE* nov. 2004, Bloc-notes n° 32.

(141) Au 1^{er} avril 2010, 2 743 entreprises ont signé cette charte.

(142) Texte de la charte disponible sur www.charte-diversite.com.

(143) P.-Y. Verkindt, *L'égalité au risque de la diversité*, in *L'égalité* : Arch. phil. dr. 2008, Dalloz, t. 51, p. 141 et s., spéc. p. 154.

(144) V. par ex. l'accord SNECMA sur la diversité et la cohésion sociale du 29 juin 2006, l'accord européen sur l'égalité des chances dans le groupe AREVA du 16 novembre 2006 ou l'accord sur la diversité du Groupe GEODIS du 10 novembre 2009 : *Liaisons soc.* 8 avr. 2010, n° 15586.

(145) Charte des entreprises de travail temporaire pour la non-discrimination et pour l'égalité de traitement et la diversité, 18 nov. 2005.

(146) Accord relatif à la diversité dans les PME/PMI/TPE de Marne-la-Vallée et ses environs, 3 déc. 2007.

(147) ANI 1^{er} mars 2004 relatif à la mixité et à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes.

(148) ANI 1^{er} mars 2006 relatif à l'emploi des seniors en vue de promouvoir leur maintien et leur retour dans l'emploi.

(149) P.-Y. Verkindt, *L'ANI sur la diversité, un accord à l'honneur de la démocratie sociale* : *Semaine sociale Lamy* 2006, n° 1287.

(150) B. Gauriau, *Les accords collectifs relatifs à la diversité* : Dr. soc. 2008, p. 1060 et s., spéc. p. 1061.

sidente⁽¹⁵¹⁾, a souhaité engager des négociations⁽¹⁵²⁾ sur la diversité en entreprise. Comme le souligne le professeur Verkindt, « ce thème trouve sa source dans les débats qui traversent la société civile sur les périls que la ségrégation urbaine, le racisme, les communautarismes et les discriminations font peser sur la démocratie⁽¹⁵³⁾ ». Se fondant sur une initiative patronale, il suscite la méfiance des organisations syndicales de salariés⁽¹⁵⁴⁾.

119. – Malgré ces réticences initiales, des négociations se sont ouvertes le 1^{er} février 2006 autour de trois objectifs : répondre aux besoins nouveaux de compétences des entreprises en raison des évolutions démographiques⁽¹⁵⁵⁾ ; encourager l'innovation des entreprises par la diversité qui permet de croiser plusieurs regards ; permettre l'efficacité grâce à la diversité. Elles ont abouti à la signature de l'accord national interprofessionnel du 12 octobre 2006⁽¹⁵⁶⁾. Traduisant l'importance accordée par les pouvoirs publics à ce thème, cet accord a fait l'objet d'un arrêté d'extension⁽¹⁵⁷⁾. Il est ainsi applicable dans l'ensemble des entreprises françaises et à toutes les catégories de personnel ne relevant pas d'un statut particulier⁽¹⁵⁸⁾.

120. – **Public visé par la diversité.** Face à l'imprécision de cette notion⁽¹⁵⁹⁾, les rédacteurs de l'accord du 12 octobre 2006 ont dû, préalablement à la négociation, « définir les concepts et la sémantique des discussions à venir⁽¹⁶⁰⁾ ». Au sens commun, la diversité⁽¹⁶¹⁾ est « l'état de ce qui est divers⁽¹⁶²⁾ », c'est-à-dire « ce qui présente plusieurs aspects, plusieurs caractères différents⁽¹⁶³⁾ ». La relativité de la notion est patente ; n'est différent que ce que l'on perçoit comme tel.

121. – Ainsi, une entreprise pratique la diversité lorsqu'elle fait cohabiter des salariés qui présentent des différences et des groupes historiquement exclus du monde du travail. Retenir une définition large de la diversité « rappelle que chaque être est dissemblable et peut donc apporter sa différence propre, sa singularité⁽¹⁶⁴⁾ ». La

(151) S. Nicolet, *Entreprises et jeunes des quartiers sensibles : un mariage réussi* : Cah. DRH janv. 2008, n° 139 : « Il y a eu un événement très important. C'est l'élection de Laurence Parisot à la tête du MEDEF. Dans son discours d'investiture, elle a mis en avant la diversité et l'intégration ».

(152) JCP S 2005, act. 267 « Laurence Parisot souhaite une négociation prochaine sur la diversité dans l'entreprise » : « Le conseil exécutif en appelle à une négociation très prochaine sur la diversité dans l'entreprise. Il a été demandé à Cathy Kopp, chef de file du MEDEF pour la négociation sur la diversité, de tout faire pour que cette négociation proposée aux partenaires sociaux dès le 29 août 2005 commence avant la fin de l'année 2005, alors qu'elle était initialement prévue pour le début de l'année 2006 ».

(153) P.-Y. Verkindt, *L'égalité au risque de la diversité*, in *L'égalité* : Arch. phil. dr. 2008, Dalloz, t. 51, p. 141 et s., spéc. p. 156.

(154) P.-Y. Verkindt, *L'ANI sur la diversité, un accord à l'honneur de la démocratie sociale* : Semaine sociale Lamy 2006, n° 1287 : « [Selon certains syndicats de salariés] l'initiative vient du Medef et donc il y a "anguille sous roche" ».

(155) Le texte final de l'accord reprend cet intérêt de la diversité puisqu'il pose dans son préambule que : « l'évolution démographique de la population active fait apparaître des tensions prévisibles sur le marché de l'emploi... La population en âge de travailler va baisser (...) et les entreprises doivent se préparer à accueillir, dès à présent, toutes les compétences nécessaires à leur activité. Les parties signataires entendent en faire une opportunité supplémentaire pour la promotion de la diversité ».

(156) *La diversité obtient droit de citer dans l'entreprise* : Semaine sociale Lamy 2006, n° 1279.

(157) A. 22 févr. 2008 portant extension de l'accord national interprofessionnel sur la diversité dans l'entreprise, NOR MTST0804775A : JO 1^{er} mars 2008.

(158) C. trav., art. L. 2233-3.

(159) F. Favennec-Hery, *Vers un accord national interprofessionnel sur la diversité dans l'entreprise* : JCP S 2006, 1914 : « Le mot diversité est à l'évidence médiatisé, peut-être même galvaudé, certainement imprécis ».

(160) *Ouverture des négociations sur la diversité et l'égalité des chances* : JCP S 2006, act. 59.

(161) Le terme « divers » provient du latin *diversus* qui signifie opposé et par extension varié.

(162) *Le Nouveau Petit Robert de la langue française*, éd. 2008.

(163) *Ibid.*

(164) H. Zannad, *Mesurer la diversité et l'impact des actions de lutte contre la discrimination : état des lieux et pistes de réflexion* : Humanisme et entreprise déc. 2009, n° 295, spéc. p. 31.

mise en exergue d'une caractéristique de l'individu au titre d'une politique de diversité, au détriment des autres⁽¹⁶⁵⁾, peut renforcer le sentiment de stigmatisation et d'exclusion. Dans une société pluraliste, chacun appartient à de multiples sous-ensembles⁽¹⁶⁶⁾; les politiques de diversité conduisent à hiérarchiser ces attaches, et, dès lors, à passer sous silence ou à nier une partie de l'identité des individus.

122. – Devant cette imprécision, l'accord définit le public cible de la diversité par référence au concept de discrimination. Aucune liste limitative de bénéficiaires de la diversité n'est dressée, même si les partenaires sociaux axent leurs efforts sur les victimes des distinctions illicites, élargies aux critères de l'origine sociale et culturelle. Alors que ces motifs ne sauraient justifier des recours sur le fondement de la prohibition des discriminations, des individus défavorisés en raison de leur lieu de résidence ou de leurs origines sociales pourront bénéficier des mesures de diversité.

123. – De l'étude de la composition de son personnel et de ses aspirations dépendent les populations visées par la politique de diversité de l'entreprise. Des études ont cependant révélé que l'âge, le handicap, les origines ethniques et le genre sont les domaines privilégiés par les employeurs⁽¹⁶⁷⁾.

124. – **Diversité et discrimination.** Comme le précise l'ANI, « le concept de diversité constitue une approche complémentaire et dynamique⁽¹⁶⁸⁾ » de la notion de non-discrimination. Certains ont pu estimer que celle-ci passait d'une attitude défensive à une vocation offensive⁽¹⁶⁹⁾. Pour le professeur Verkindt, ces deux approches sont indissociables⁽¹⁷⁰⁾ : la mise en œuvre d'une politique de diversité a pour objectif de rendre effective la lutte contre la discrimination. La diversité s'inscrit dans le cadre d'un constat et conduit à l'adoption de mesures concrètes visant à lutter contre les distinctions illicites⁽¹⁷¹⁾; elle doit œuvrer à une organisation de l'entreprise « profondément antidiscriminatoire⁽¹⁷²⁾ ». La diversité traduit les obligations négatives de la lutte contre les distinctions illicites en actions concrètes. Dès lors, sont visés par l'accord les moments décisifs de la relation de travail en matière de discrimination; il ne comporte aucune obligation supplémentaire et se contente d'exhorter les entreprises à respecter les prescriptions formulées en la matière.

(165) Se dessine alors la frontière entre la différence et l'appartenance à la minorité. La minorité est constituée par l'ensemble des individus du groupe qui présentent une même différence et qui la revendiquent. En ce sens, V. A. Fenet, G. Koubi et I. Schulte-Tenckhoff, *Le droit et les minorités. Analyses et textes*, Bruylant, 2^e éd. 2000, spéc. p. 459.

(166) A. Reszler, *Le pluralisme comme phénomène social : quelques remarques préliminaires*, in *Droit et pluralisme*, Bruylant, 2007, spéc. p. 22 : « À la division des pouvoirs correspond, au niveau des existences individuelles, une véritable démultiplication des allégeances. Chaque homme appartient simultanément à une pluralité de sous-ensembles sociaux. Il passe de l'un à l'autre, s'y exprime, s'y reconnaît sans toujours s'en apercevoir (...) Le pluralisme est son expérience quotidienne et semble être régi par une main invisible qui le guide avec sûreté à travers son existence heureusement fragmentée, émiettée et, en dernière analyse, libre ».

(167) H. Zannad, *Mesurer la diversité et l'impact des actions de lutte contre la discrimination : état des lieux et pistes de réflexion : Humanisme et entreprise* déc. 2009, n° 295, spéc. p. 31.

(168) ANI 12 oct. 2006, Préambule, al. 7.

(169) En ce sens, P.-Y. Verkindt, *L'égalité au risque de la diversité*, in *L'égalité* : Arch. phil. dr. 2008, Dalloz, t. 51, p. 141 et s.

(170) P.-Y. Verkindt, *L'ANI sur la diversité, un accord à l'honneur de la démocratie sociale : Semaine sociale Lamy 2006*, n° 1287 : « Si l'objectif de la diversité ne peut être disjoint de la lutte contre les discriminations et pour l'égalité de traitement, il n'est pas toute cette lutte ».

(171) Cette démarche d'identification des difficultés avant la mise en œuvre d'outil de gestion découlant de ce constat est reprise par l'accord national interprofessionnel sur le harcèlement et la violence au travail du 26 mars 2010 (en ce sens, V. JCP S 2010, act. 191).

(172) Selon l'expression du comité permanent de la diversité à France Télévisions dans son rapport remis à la direction du groupe le 12 avril 2010.

125. – Diversité et déresponsabilisation. Par ailleurs, l'accord opère une certaine « déresponsabilisation » des entreprises puisqu'il énonce que ces stéréotypes et préjugés reposent sur des représentations collectives⁽¹⁷³⁾ et nie le rôle de l'entreprise. Cette irresponsabilité de l'entreprise dans les discriminations structurelles que son organisation engendre est d'ailleurs promue par certains groupes de pression⁽¹⁷⁴⁾. Pourtant, la jurisprudence estime que la mise en œuvre d'une politique de diversité ne saurait exonérer l'entreprise de ses responsabilités en matière de discrimination⁽¹⁷⁵⁾. L'effet est même inverse : le décalage entre l'objectif affiché et les faits constatés atteint profondément l'image de l'entreprise⁽¹⁷⁶⁾. Cette solution préto-rienne ne peut qu'être saluée. Une démarche volontariste ne saurait justifier la violation de règles d'ordre public.

b) Un intérêt pour les entreprises

126. – La mise en place d'une politique de diversité revêt un intérêt immédiat pour l'entreprise : elle serait source de richesse économique (1). La diversité serait également une source d'intérêt futur par le développement des « labels diversité » (2).

1) Un intérêt immédiat des politiques de diversité

127. – Intérêt économique de la diversité. La Cour européenne des droits de l'Homme estime que la diversité serait bénéfique à la société dans son ensemble⁽¹⁷⁷⁾ ; l'accord du 12 juillet 2006 perçoit la diversité comme une source de richesse⁽¹⁷⁸⁾ pour l'entreprise⁽¹⁷⁹⁾. Elle lui permettrait de recourir à des compétences qu'elle a pour habitude d'exclure, faciliterait la relation avec des clients d'horizons différents et créerait une « meilleure synergie dans le travail en équipe⁽¹⁸⁰⁾ ». La mise en œuvre d'une politique de diversité aurait également un impact positif sur l'image de l'entreprise⁽¹⁸¹⁾.

128. – Ces avantages impliqueraient qu'une politique efficace de management intègre d'elle-même la diversité⁽¹⁸²⁾. En pratiquant une discrimination latente, les en-

(173) ANI 12 oct. 2006, art. 2 : Mobilisation des acteurs.

(174) En ce sens, V. notamment L. Blivet, *Ni quotas, ni indifférence, L'entreprise et l'égalité positive*, Institut Montaigne, oct. 2004, spéc. p. 5 : « Un employeur qui choisit le candidat blanc parmi deux candidats d'égale valeur, au motif non avoué qu'il passera mieux avec les clients discrimine racialement. Doit-il pour autant être couvert de la même opprobre que le raciste ? ».

(175) En ce sens, V. CA Paris, 11^e ch., sect. A, 6 juill. 2007 : *JurisData* n° 2007-339914.

(176) En ce sens, V. L. Bonnard-Plancke et P.-Y. Verkindt, *Égalité et diversité : quelles solutions ? : Dr. soc.* 2006, p. 968 et s., spéc. p. 979.

(177) CEDH, Gde ch., 13 nov. 2007, req. n° 57325/00, *D.H. et a. c/ République Tchèque*, spéc. § 181.

(178) À l'inverse, V. F. Guiomard et S. Robin-Olivier, *Discrimination, diversité et race : les mots et les concepts*, in *Diversité et discriminations raciales, une perspective transatlantique*, Dalloz, 2009, spéc. p. 15 : « On peut tout à fait soutenir que la cohésion, l'uniformité d'un groupe social est un facteur de productivité. Des études ont même montré que les pratiques discriminatoires peuvent être une source de cohésion des groupes. [La discrimination a] été largement utilisée comme facteur de productivité dans l'industrie ».

(179) ANI sur la diversité, 12 oct. 2006, Préambule, al. 10 : « Les entreprises ont un intérêt économique et social à mieux accueillir la diversité ».

(180) G. Calvès, *La discrimination positive, de quoi s'agit-il ?*, in *Alternatives économiques* juin 2005, n° 232.

(181) Selon le rapport de la Commission européenne de novembre 2005 sur la diversité et les bonnes pratiques sur le lieu de travail, la diversité aurait des avantages commerciaux importants. Elle permettrait une amélioration du recrutement et du maintien dans l'emploi de personnel à partir d'une réserve plus large de travailleurs de haute qualité, une amélioration de l'image et de la représentation de l'entreprise, une innovation accrue et un renforcement des possibilités de commercialisation.

(182) V. Calvez, *Discrimination et gestion de la diversité : au carrefour des peurs dans l'organisation. Comparaisons internationales : Humanisme et entreprise* déc. 2009, n° 295, spéc. p. 2 : « Manager intelligemment un collectif suppose bien l'accueil de toutes les compétences, peu importe d'où elles viennent et de la manière dont elles s'expriment ».

treprises se priveraient de compétences qui bénéficieraient à la concurrence. Il serait donc de son intérêt de mettre en œuvre volontairement⁽¹⁸³⁾ une telle politique⁽¹⁸⁴⁾. Dès lors, le recours à la contrainte ne serait pas nécessaire pour assurer l'efficacité de ces dispositions. Malgré les opinions défendues par les partenaires sociaux, le profit économique des politiques de diversité n'a pas été démontré⁽¹⁸⁵⁾.

2) L'intérêt futur des politiques de diversité

129. – Labels diversité. À l'instar de la pratique de certains pays européens⁽¹⁸⁶⁾, l'absence de consensus⁽¹⁸⁷⁾ autour de la notion de diversité n'empêche pas certains organismes⁽¹⁸⁸⁾ de délivrer des labels « diversité⁽¹⁸⁹⁾ » ou « égalité professionnelle⁽¹⁹⁰⁾ ». Cette démarche volontaire est présentée comme pouvant « apporter à l'entreprise une image socialement innovante », « favoriser le dialogue social » et « accroître l'activité en développant la diversité des clients⁽¹⁹¹⁾ ». La diversité quitte alors le domaine juridique pour devenir un argument de marketing⁽¹⁹²⁾.

130. – Reprenant les principes dégagés par l'accord du 12 octobre 2006, ce label s'obtient après analyse de la politique de l'entreprise, la sensibilisation et la formation du personnel et l'évaluation des outils mis en place. Un label⁽¹⁹³⁾ similaire spécifique existe pour la promotion de l'égalité entre les hommes et les femmes. Sur le fondement du critère du « mieux disant social⁽¹⁹⁴⁾ », certains⁽¹⁹⁵⁾ voudraient faire de l'obtention de ce label diversité un avantage lors de l'attribution des marchés publics. Cette proposition permettrait de sensibiliser l'ensemble des entreprises à la démarche

(183) Le rapport de la Commission européenne de novembre 2005, sur la diversité et les bonnes pratiques sur le lieu de travail, relève qu'un nombre croissant d'entreprises mettent en œuvre une politique de diversité pour des raisons éthiques. Elles tentent par ce biais d'obtenir une « image de société moderne, progressiste et bien gérée » (rapp. p. 14).

(184) B. Gauriau, *Les accords collectifs relatifs à la diversité : Dr. soc.* 2008, p. 1060 et s., spéc. 1060 : « La diversité est donc une opportunité à saisir, dans son mode de management, dans sa politique commerciale, dans sa politique de ressources humaines, dans ses relations avec ses fournisseurs. Elle peut lui apporter un regard différent sur le monde, conférer à celle-ci un effet positif sur son image vis-à-vis de ses clients, de ses prestataires extérieurs et des consommateurs ».

(185) En ce sens, V. G. Calvès, *La discrimination positive, de quoi s'agit-il ?*, in *Alternatives économiques* juin 2005, n° 232.

(186) Sur le Label égalité diversité belge, V. le site www.emploi.belgique.be.

(187) V. *supra*, nos 120 et s.

(188) Le décret du 17 décembre 2008 ne confie qu'à l'AFNOR le soin de délivrer ce label.

(189) Le Label diversité a été consacré par le décret n° 2008-1344 du 17 décembre 2008 relatif à la création d'un label en matière de promotion de la diversité et de préventions des discriminations dans le cadre de la gestion des ressources humaines et à la mise en place d'une commission de labellisation. Ce label a pour objet de « promouvoir les bonnes pratiques de recrutement, d'évolution professionnelle et de gestion des ressources humaines des entreprises ou des employeurs de droit public ou privé, en vue de développer la diversité et de prévenir les discriminations ».

(190) Le rapport Deloitte, « La promotion de la diversité dans les entreprises. Les meilleures expériences en France et à l'étranger », de juin 2010 recommande de « rapprocher le Label égalité professionnelle du Label diversité » et de renforcer leur rôle dans l'attribution de certains marchés publics. Sur ce rapport, V. *JCP S* 2009, act. 394.

(191) V. la notice « Engagez votre entreprise pour l'égalité des chances et la prévention des discriminations » disponible sur le site www.afnor.org.

(192) P.-Y. Verkindt, *L'ANI sur la diversité, un accord à l'honneur de la démocratie sociale : Semaine sociale Lamy* déc. 2006, n° 1287.

(193) V. la description du Label égalité professionnelle sur le site www.afnor.org.

(194) L'article 53-I du Code des marchés publics prévoit que le pouvoir adjudicateur, pour attribuer le marché, peut se fonder notamment sur les performances de l'entreprise en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté.

(195) Rapp. AN n° 3502, 6 déc. 2005, sur les politiques d'intégration des migrants dans l'Union européenne, « Proposition n° 8 : Valoriser les efforts des entreprises dotées d'un "Label diversité" lors de l'attribution des marchés publics ». Des dispositions semblables existent déjà aux États-Unis où le décret présidentiel n° 11246 exige de tous les contractants employant cinquante salariés ou plus et liés à l'administration par un contrat fédéral d'un montant annuel supérieur à 50 000 dollars qu'ils présentent un programme d'action positive au gouvernement. Sur ce décret, V. notamment O. Beaud, *L'affirmative action aux États-Unis, une discrimination à rebours ?* : *RID comp.* 1984, p. 503 et s.

relative à la diversité. Une attention particulière devrait néanmoins être portée aux critères retenus et à la méthode employée conditionnant la délivrance du label.

2° Les outils de la diversité

131. – Les outils de la promotion de la diversité doivent être identifiés (a). Leur étude révèle certaines limites (b).

a) L'identification des outils

132. – L'accord sur la diversité met en exergue l'importance de sensibiliser la chaîne hiérarchique à la question de la diversité (1). Ont également été créées des dispositions spécifiques en vue de promouvoir cette politique (2).

1) La sensibilisation de la chaîne hiérarchique

133. – **Place prépondérante de l'information et de la sensibilisation.** L'accord qualifie la mise en œuvre « d'actions de sensibilisation des personnels d'encadrement » de dispositions impératives⁽¹⁹⁶⁾. La formation et la sensibilisation de l'ensemble des membres de l'entreprise aux phénomènes qui suscitent le rejet des différences sont posées comme préalable à toute démarche de changement⁽¹⁹⁷⁾. Les efforts s'orientent principalement vers les recruteurs et les autorités hiérarchiques⁽¹⁹⁸⁾, clés de voûte de l'intégration et de la progression dans l'entreprise. Aucune précision n'est apportée ni sur le contenu des formations, ni sur leur fréquence. Elles pourraient, selon nous, être organisées lors de la prise de fonction des managers et des recruteurs et répétées périodiquement. Pour compléter l'évolution des mentalités souhaitée, certains estiment également nécessaire d'intégrer une sensibilisation à la diversité dans la formation des managers⁽¹⁹⁹⁾. La prise de conscience de l'intérêt de la diversité s'inculque, se transmet et s'entretient.

2) La création de dispositions spécifiques

134. – L'accord préconise la mise en place d'une négociation d'entreprise *sui generis* (α). Il évoque également la création d'instances nouvelles pour promouvoir la diversité (β).

α) La création d'une négociation obligatoire *sui generis*

135. – **Négociation d'entreprise.** L'accord national interprofessionnel sur la diversité prévoit sa déclinaison au niveau des entreprises, soit par un accord collectif, soit par la mise en œuvre d'un plan d'action, dans les structures dépourvues de

(196) ANI sur la diversité, 12 oct. 2006, art. 11.

(197) ANI 12 oct. 2006, art. 2 : Mobilisation des acteurs.

(198) Cette préoccupation est également présente dans la charte de la diversité (art. 1 : Sensibiliser et former nos dirigeants et collaborateurs impliqués dans le recrutement, la formation et la gestion des carrières aux enjeux de la non-discrimination et de la diversité).

(199) I. Barth et C. Falcoz, *Quels enseignements des thématiques Égalité/Discrimination/Diversité à dispenser aux futurs managers en France ?*, in *Humanisme et Entreprise* déc. 2009, n° 295, spéc. p. 54. Les auteurs estiment nécessaire que les établissements d'enseignement supérieur créent en leur sein une démarche d'ensemble autour de l'égalité, de lutte contre les discriminations et de gestion de la diversité notamment en développant une politique de recrutement et de gestion du personnel diversifiée, et en veillant à la diversité des candidats retenus pour intégrer leur formation. Les enseignements dispensés devraient également prévoir un module sur la diversité.

représentant du personnel. Ces négociations permettront parfois d'engendrer une prise de conscience et d'engager le dialogue sur la diversité. Toutefois, cette disposition n'est assortie d'aucune sanction.

136. – Selon nous, l'extension de l'accord national interprofessionnel a eu pour effet d'intégrer le thème de la diversité au rang des négociations obligatoires au niveau de l'entreprise. Il s'agit d'une négociation obligatoire *sui generis* qui, contrairement aux négociations annuelles ou triennales, ne doit pas être menée périodiquement ; l'employeur devrait inviter les partenaires sociaux à négocier sur ce thème⁽²⁰⁰⁾. Conformément au droit commun de la négociation obligatoire, à défaut d'accord, un procès-verbal de carence devrait être dressé.

137. – Malgré l'absence de sanctions, certains accords de groupe ont été conclus sur ce thème. Leur contenu demeure très limité puisqu'ils se contentent de reprendre les exigences légales en matière de prohibition des discriminations⁽²⁰¹⁾.

β) La création d'une instance de promotion de la diversité

138. – **Comité élargi de la diversité.** L'accord prévoit également la constitution du comité d'entreprise en « comité élargi de la diversité » qui doit se réunir une fois par an pour aborder ce thème. Par là même, une nouvelle obligation d'information du comité d'entreprise est créée. Cette instance élargie de la diversité est composée des membres élus du comité d'entreprise, des délégués syndicaux et des délégués du personnel⁽²⁰²⁾. En associant les délégués du personnel à cet organe de représentation et en prévoyant leur réunion dans les entreprises dépourvues de comité d'entreprise⁽²⁰³⁾, l'accord renforce leur rôle dans la prévention des discriminations⁽²⁰⁴⁾. L'employeur ne saurait se dispenser de mettre en place un comité d'entreprise élargi à la diversité puisque cette clause est qualifiée d'impérative par l'accord. Certains considèrent d'ailleurs que cette disposition est la plus importante de l'accord national interprofessionnel⁽²⁰⁵⁾. Sa violation pourrait, selon nous, être sanctionnée sur le fondement du délit d'entrave.

139. – **Correspondant égalité des chances.** Lorsque la taille de l'entreprise le permet, un « correspondant égalité des chances⁽²⁰⁶⁾ » peut être désigné par le chef

(200) En fonction de la maturité du thème de la diversité dans l'entreprise, la négociation pourrait se dérouler en deux temps. Le premier aurait pour objet de déterminer les indicateurs à mettre en place pour évaluer la situation dans l'entreprise. Le second concernerait, une fois le bilan dressé, les actions à mettre en place et leur suivi.

(201) Sur les accords de groupe relatifs à la diversité, V. M. Gadrat, *Le contenu des accords de groupe* : Dr. soc. 2010, p. 651 et s., spéc. p. 657. L'auteur relève que l'analyse des accords de groupe relatifs à la diversité est doublement décevante, quant au public restreint visé (principalement femmes et handicapés) et à leur contenu « qui ne constitue en rien un engagement conventionnel ».

(202) L'accord précise que lorsque le nombre de délégués du personnel est supérieur à celui des membres élus du comité d'entreprise, seule une représentation des délégués du personnel siège au « comité élargi de la diversité ». L'accord ne précise ni les modalités de désignation des délégués du personnel, ni leur nombre. Il reviendra à chaque entreprise de définir les modalités de composition de cette représentation, à défaut d'initiative de la branche.

(203) Art. 10 de l'accord : « Les parties signataires du présent accord souhaitent que, dans les entreprises non assujetties à la réglementation sur les comités d'entreprise, le sujet de la diversité soit abordé une fois par an, avec les délégués du personnel, dans les entreprises qui en sont dotées ». Rien n'est prévu pour les entreprises dépourvues de délégué du personnel.

(204) Sur ce point, V. notamment C. trav., art. L. 2313-2.

(205) F. Favennec-Hery, *Vers un accord national interprofessionnel sur la diversité dans l'entreprise* : JCP S 2006, 1914.

(206) ANI sur la diversité, 12 oct. 2006, art. 3.

d'entreprise. Les partenaires sociaux n'ont pas précisé si celui-ci doit bénéficier d'un crédit d'heures ou de moyens particuliers. L'absence de garantie concernant la confidentialité des informations que lui fourniront les salariés n'est pas de nature à les inciter à la parole. De la carence de statut spécifique peut résulter une inutilité pratique de ce nouveau vecteur de la lutte contre les discriminations.

140. – La législation luxembourgeoise s'est également dotée d'un « délégué à l'égalité⁽²⁰⁷⁾ », aux objectifs plus restreints puisqu'il vise uniquement à assurer l'égalité entre les hommes et les femmes. Mais elle lui a octroyé des moyens propres⁽²⁰⁸⁾ et originaux⁽²⁰⁹⁾, garants de l'efficacité de son action. Il bénéficie d'une légitimité plus grande que son homologue français puisqu'il est issu des représentants du personnel. Il jouit ainsi d'une plus grande autonomie à l'égard de l'entreprise.

141. – **Initiative laissée aux entreprises.** L'absence relative de normativité de l'accord permet aux entreprises d'être innovantes. Elles peuvent développer leurs propres méthodes de promotion de la diversité et une mutualisation des bonnes pratiques est d'ailleurs organisée par l'accord lui-même⁽²¹⁰⁾. Ces initiatives peuvent néanmoins être bridées par les obstacles structurels aux politiques de diversité.

b) Les limites des outils de la diversité

142. – La méthode employée (1) et les outils disponibles (2) constituent deux obstacles structurels majeurs au développement des politiques de diversité.

1) Les limites liées à la méthode employée

143. – **Valeur des dispositions.** La charte de la diversité a constitué le premier élément non contraignant de cette politique⁽²¹¹⁾ ; elle a, depuis, été supplantée par l'accord national interprofessionnel du 12 octobre 2006. L'entreprise ayant tout intérêt à mettre en œuvre les dispositions de l'accord, aucune sanction n'a été prévue au titre de sa violation⁽²¹²⁾. Les partenaires sociaux souhaitent influencer sur les comportements sans user de la contrainte. L'accord recommande plus qu'il n'impose ; il incite mais ne sanctionne pas. L'effectivité des dispositions repose uniquement sur la volonté de l'entreprise de les mettre en œuvre.

144. – Mais pouvait-on réellement aller plus loin dans une telle matière⁽²¹³⁾ ? Tant que les préjugés à l'égard de certains groupes ne se manifestent pas concrètement,

(207) Code du travail luxembourgeois, art. L. 414-3.

(208) Le délégué à l'égalité luxembourgeois dispose d'un local dédié et d'heures de délégation.

(209) Il peut notamment convoquer séparément une fois par an le personnel de chaque sexe de l'entreprise, donner des consultations sur son domaine de compétence aux salariés. Il peut émettre un avis avant la création de poste à temps partiel.

(210) ANI sur la diversité, 12 oct. 2006, Titre III.

(211) L. Bonnard-Plancke et P.-Y. Verkindt, *Égalité et diversité : quelles solutions ?* : Dr. soc. 2006, p. 968 et s., spéc. p. 979 : « Reste néanmoins que cette charte n'a pas de véritable portée juridique. On ne peut même pas exclure que certaines entreprises y voient un moyen de se prémunir contre d'éventuels procès pour discrimination ». Cependant, l'employeur faisant la démarche d'adhérer volontairement à la charte, il est possible selon nous de considérer que ce dernier a pris l'engagement unilatéral de respecter la charte. Toutefois, l'imprécision des dispositions de la charte rend aléatoire la poursuite de leur application en justice.

(212) Sur l'importance du caractère coercitif pour la qualification de règle de droit, V. notamment P. Malinvaud, *Introduction à l'étude du droit*, Litec, 12^e éd. 2008, n^{os} 39 et s.

(213) Pour le professeur Favennec-Hery, la question de la diversité « est de nature plus sociologique et comportementale que juridique » (en ce sens, V. F. Favennec-Hery, *Vers un accord national interprofessionnel sur la diversité dans l'entreprise* : JCP S 2006, 1914).

il est impossible de les sanctionner⁽²¹⁴⁾. La prohibition des discriminations permet d'appréhender les obstacles fautifs dressés par les entreprises mais l'acceptation des différences suppose également une évolution des mentalités. Celle-ci peut être encouragée par la loi et par des accords collectifs, mais elle se réalise avant tout par des prises de conscience individuelles. Si l'adoption de règles de droit participe à ce long cheminement, elle ne saurait être le seul levier actionné. L'intégration par les parties prenantes de cette thématique est nécessaire⁽²¹⁵⁾.

145. – Le professeur Favennec-Hery⁽²¹⁶⁾ ne regrette pas l'absence de normativité de l'accord, lui reconnaissant avant tout « une vertu pédagogique ». Comme l'accord lui-même⁽²¹⁷⁾, elle estime que la part du droit en ce domaine doit rester modeste. La normativité des dispositions s'en ressent.

146. – **Communication.** L'accord du 6 octobre 2006 semble avoir été conçu davantage comme un outil managérial que comme une règle de droit. Cependant, il en a revêtu la forme et emporte les conséquences juridiques qui y sont attachées. L'instrument juridique ne peut uniquement servir au « communiquant » sans être appréhendé par le juriste. Même s'il ne contient pas de dispositions précises, l'accord collectif a été étendu et son respect devient obligatoire. Or, plus les règles à appliquer sont floues, plus le pouvoir d'appréciation du juge est grand. La frontière entre le licite et l'illicite devient fuyante et ne se révèle plus qu'à l'issue du débat judiciaire. La solution ne saurait satisfaire.

2) Les limites liées aux outils disponibles

147. – **Intérêt pour les statistiques ethniques.** L'usage de statistiques ethniques revêt un intérêt certain pour les entreprises qui souhaitent mesurer la diversité de leur personnel. Certains estiment qu'elles seraient la seule solution pour lutter contre les discriminations systémiques⁽²¹⁸⁾. Les plus hautes instances de la République appellent à une réflexion scientifique sur la mise en place d'une méthode de mesure de la diversité des origines « qui réunisse un large accord et permette de suivre les progrès de la lutte contre les discriminations, sans privilégier la lecture ethno-raciale⁽²¹⁹⁾ ». Un comité pour la mesure de la diversité et des discrimina-

(214) En ce sens, V. E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, Ellipses, 2008, spéc. n° 728 : « L'adhésion à une doctrine raciste, sectaire, politique, ou autre ne relève pas du droit pénal mais de la liberté d'opinion : dans son for intérieur, chacun est libre de se penser supérieur aux autres et de les mépriser. Il encourt au pire l'asile mais pas la prison. Pour que le seuil d'intervention du droit pénal soit franchi, il faut que cette conviction personnelle s'extériorise et se matérialise dans un ou plusieurs actes ».

(215) Au moment de l'adoption de la première loi contre le racisme (L. n° 72-546, 1^{er} juill. 1972), un auteur estimait que seule « l'expérience de l'application des dispositions nouvelles permettra, au terme d'un long délai, de se faire une opinion sur une véritable éradication du mal hors des mentalités et des inconscients » (J. Foulon-Piganiol, *La lutte contre le racisme (Commentaire de la loi du 1^{er} juillet 1972)* : D. 1972, chron. p. 261 et s., spéc. p. 262). Semblable raisonnement peut être tenu concernant la promotion de la diversité.

(216) F. Favennec-Hery, *Vers un accord national interprofessionnel sur la diversité dans l'entreprise* : JCP S 2006, 1914. – V. également P.-H. Schuck, *Gérer la diversité sociale*, in *L'égalité* : Arch. phil. dr. 2008, Dalloz, t. 51, p. 223 et s., spéc. p. 229 : « Le fait que la diversité soit un bien public n'implique pas que le gouvernement doive s'en charger (...) La véritable diversité est une chose bien plus fragile que ce que les législateurs semblent souvent vouloir croire ; les techniques et les ressources juridiques brutes à la disposition du droit risquent fort de l'asphyxier plutôt que de la revigorer ».

(217) ANI 12 oct. 2006, Préambule, al. 13 : « Sur un tel sujet, la loi ne peut pas tout ; c'est l'implication de chacun (...) qui fera avancer la pluralité et la diversité dans l'entreprise ».

(218) R.-T. Ford, *Lutter contre les discriminations raciales : les vertus de la mesure statistique*, in *Diversité et discriminations raciales, une perspective transatlantique*, Dalloz, 2009, spéc. p. 87 : « Afin d'identifier les politiques discriminatoires développées par mégarde, nous avons besoin d'utiliser les statistiques ».

(219) Discours de Palaiseau du Président de la République, 17 déc. 2008.

tions a été constitué. D'autres espèrent que le développement de ce type de politique dans le monde de l'entreprise soit une occasion de réformer la loi du 6 janvier 1978⁽²²⁰⁾.

148. – Encadrement des statistiques ethniques. Étant considérée par la loi informatique et libertés comme des « données sensibles⁽²²¹⁾ », la collecte d'informations⁽²²²⁾ sur les origines raciales et ethniques⁽²²³⁾ des salariés est soumise au contrôle de la Commission nationale informatique et libertés (CNIL). Celle-ci a émis ses premières recommandations sur le sujet en juillet 2005⁽²²⁴⁾. Devant les incompréhensions qu'elles ont suscitées, illustrant la sensibilité politique du sujet⁽²²⁵⁾, un nouveau rapport a été adopté en mai 2007⁽²²⁶⁾. À cette occasion, un glissement sémantique a été observé puisque « les statistiques ethniques [ont laissé la place] à la mesure de la diversité⁽²²⁷⁾ ».

149. – Les recommandations de la CNIL, bien que n'ayant pas de caractère contraignant, s'imposeront de fait aux entreprises⁽²²⁸⁾ ; hors des cas autorisés, le traitement de données relatives à l'origine ethnique ou raciale est pénalement sanctionné⁽²²⁹⁾.

150. – Si la CNIL reconnaît l'intérêt de mesurer l'impact des efforts et des politiques de diversité mis en œuvre, elle exige pour ce faire d'adopter des critères pertinents et objectifs⁽²³⁰⁾. Elle souhaite éviter la propagation de stéréotypes. Or, il est impossible de mesurer ce que l'on ne peut définir. Faute de précision concernant la notion d'ethnie ou de race, la mise en place de tels outils relève de la fiction. La CNIL transfère cette charge au législateur puisqu'elle estime que la création d'une nomenclature nationale de catégories « ethno-raciales » incombe à la loi. Elle y est par ailleurs opposée⁽²³¹⁾. Sa position est conforme à celle du Conseil

(220) D. Forest, *Statistiques ethniques dans l'entreprise : une occasion de réformer la loi du 6 janvier 1978* : RLDI juill. 2007, n° 29.

(221) L. n° 78-17, 6 janv. 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, art. 8. « Il est interdit de collecter ou de traiter des données à caractère personnel qui font apparaître, directement ou indirectement, les origines raciales ou ethniques ». L'article 6 de la Convention 108 du Conseil de l'Europe du 28 janvier 1981 relatif à la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel prévoit que « les données à caractère personnel révélant l'origine raciale (...) ne peuvent être traitées automatiquement à moins que le droit interne ne prévoit des garanties appropriées ». La directive n° 95/46 du 24 octobre 1995 (JOUE 23 nov. 1995) interdit quant à elle « le traitement des données à caractère personnel qui révèlent l'origine raciale ou ethnique ».

(222) Dans son rapport du 15 mai 2007, la CNIL précise que sont soumises à son contrôle l'exploitation de fichier *ad hoc* pour mesurer la diversité mais également l'utilisation de données existantes sous d'autres formes.

(223) L'adresse, la nationalité et le lieu de naissance ne sont pas considérés par la CNIL comme des données sensibles.

(224) Recomm., 5 juill. 2002, « afin d'éclairer les employeurs sur les conditions de mesure de la diversité des origines de leurs employés », disponible sur le site Internet de la CNIL.

(225) « Toute mesure est synonyme de catégorisation et la définition des catégories génère un effet sur la réalité » (L. Schweitzer, cité par le rapport du 15 mai 2007 de la CNIL relatif à la mesure de la diversité et protection des données personnelles, p. 16).

(226) Rapport de la CNIL présenté en séance plénière le 15 mai 2007, relatif à la mesure de la diversité et protection des données personnelles.

(227) C. Lantero, *L'impact de la reconnaissance institutionnelle des minorités sur la discrimination* : RDP 2009, p. 817 et s., spéc. p. 824.

(228) D. Forest, *Statistiques ethniques dans l'entreprise : une occasion de réformer la loi du 6 janvier 1978* : RLDI juill. 2007, n° 29.

(229) En ce sens, V. C. pén., art. 226-19.

(230) En ce sens, V. C. Willman, *Statistiques ethniques en entreprise : le Conseil constitutionnel pose de nouvelles conditions* : Dr. soc. 2008, p. 166 et s., spéc. p. 171.

(231) Rapport de la CNIL présenté en séance plénière le 15 mai 2007, relatif à la mesure de la diversité et protection des données personnelles, p. 41.

constitutionnel qui a censuré une disposition législative autorisant les statistiques ethno-raciales⁽²³²⁾.

151. – Méthodes inapplicables. Pour permettre à l'entreprise de mesurer ce que l'on perçoit sans vouloir le nommer, malgré l'absence de définition, la CNIL a recours à des procédures exigeantes en vue de garantir le respect de l'identité humaine. Ces exigences sont telles qu'il est impossible, en l'état actuel du droit, de mesurer la diversité dans l'entreprise.

152. – Elle pose que l'analyse des prénoms et des noms de famille⁽²³³⁾, pas plus que la nationalité ou l'adresse de l'individu, ne sont des critères pertinents pour identifier l'origine raciale ou ethnique⁽²³⁴⁾. Inversement, la CNIL admettrait le recueil d'informations sur la nationalité ou le lieu de naissance des parents par une entreprise dès lors : 1) qu'il s'inscrirait dans le cadre d'un programme national de lutte contre les discriminations dont les modalités seraient validées par la Haute autorité chargée de la lutte contre les discriminations (à laquelle a été aujourd'hui substitué le Défenseur des droits) ; 2) que la méthode employée garantirait la protection des données⁽²³⁵⁾. L'initiative laissée à l'entreprise est nulle ; elle ne peut que relayer l'initiative prise au niveau national, qui fait actuellement défaut. De surcroît, aucune exploitation des données à son échelon n'est prévue.

153. – Un salarié pourrait-il refuser de donner des informations sur le lieu de naissance de ses parents ? La prohibition des discriminations en raison de la situation de famille ou des origines, largement entendue, pourrait servir de fondement à sa position. La lutte contre les distinctions illicites rendrait alors impossible la mesure de la diversité. Une telle enquête ne pourrait pas non plus être assimilée à « une exigence professionnelle essentielle et déterminante⁽²³⁶⁾ » permettant de passer outre les dispositifs sur les discriminations, à défaut de pouvoir se rattacher directement à l'activité exercée par le salarié. La mise en place de telles statistiques nécessiterait une réforme en profondeur du *corpus* juridique prohibant les discriminations.

(232) Cons. const., déc. 15 nov. 2007, n° 2007-557. La disposition visant les statistiques ethniques a été annulée principalement en raison d'un vice de procédure dans l'élaboration de la loi, mais le Conseil a pris le soin de préciser que « si les traitements nécessaires à la conduite d'études sur la mesure de la diversité et des origines des personnes, de la discrimination et de l'intégration peuvent porter sur des données objectives, ils ne sauraient, sans méconnaître le principe énoncé par l'article 1^{er} de la Constitution, reposer sur l'origine ethnique ou la race ». Cette incise, non nécessaire pour prononcer la censure de la disposition, marque l'opposition du Conseil constitutionnel à ces statistiques. Comme le précise un auteur, l'argument de procédure aurait suffi à l'espèce « mais le juge a voulu éviter que l'amendement revienne dans une autre loi par une procédure cette fois régulière. C'est ce qui explique sans doute qu'il ait aussi jugé le moyen au fond » (F. Chaltiel, *Les tests ADN et les statistiques ethniques devant le Conseil constitutionnel* : LPA 26 nov. 2007, n° 236, p. 4 et s.).

(233) Rapport de la CNIL présenté en séance plénière le 15 mai 2007, relatif à la mesure de la diversité et protection des données personnelles, p. 31 : « L'analyse des noms et prénoms, aux fins de classement dans des catégories "ethno-raciales" n'est pas pertinente en raison du manque de fiabilité de cette méthode et du risque de stigmatisation qui pourrait en découler. On ne peut établir de lien fiable entre ces données et l'appartenance à une catégorie raciale ou ethnique déterminée ». La CNIL autorise cependant, sous certaines conditions, l'analyse des prénoms et des noms de famille pour détecter d'éventuelles pratiques discriminatoires. Une telle analyse devrait alors prendre en compte l'ensemble des autres facteurs discriminants que présente l'individu, ce qui rend impossible l'isolement de l'origine « ethno-raciale » de l'individu.

(234) Rapport de la CNIL présenté en séance plénière le 15 mai 2007, relatif à la mesure de la diversité et protection des données personnelles, p. 17.

(235) *Ibid.* p. 28.

(236) C. trav., art. L. 1133-1.

154. – La CNIL envisage également la possibilité d'un « audit diversité⁽²³⁷⁾ ». Dans ce cadre, elle recommande aux entreprises qui souhaitent réaliser une mesure de la diversité de leur personnel d'avoir recours à une expertise extérieure indépendante, garante du sérieux des opérations et de l'anonymat des informations recueillies. Les processus imaginés ne sont pas adaptés, selon nous, aux impératifs de souplesse qui doivent gouverner la gestion d'une entreprise. D'ailleurs, à notre connaissance, aucune entreprise n'a eu recours à ces procédés.

155. – Le choix politique opéré, en raison de l'égalité universaliste française⁽²³⁸⁾, privilégie le respect de l'identité au détriment de l'information. Des solutions inverses sont retenues dans des pays où la conception de l'égalité est différente⁽²³⁹⁾. La pertinence d'établir des statistiques ethniques est indissociable de la conception de l'égalité retenue. Le débat sur la mesure de la diversité s'inscrit dans celui de l'égalité.

156. – **Effets hypothétiques.** En l'état actuel du droit, malgré des propositions de réforme⁽²⁴⁰⁾, il est impossible, en pratique, de procéder à des statistiques ethnoraciales dans le cadre d'une entreprise⁽²⁴¹⁾. Certains réclament l'évolution de la loi pour permettre les statistiques ethniques⁽²⁴²⁾. Selon eux, la situation actuelle est doublement préjudiciable. Ceux qui voudraient traiter du problème sont dépourvus d'outil statistique alors que ceux qui ne veulent pas reconnaître ces inégalités se dissimulent derrière l'absence de données.

(237) Rapport de la CNIL présenté en séance plénière le 15 mai 2007, relatif à la mesure de la diversité et protection des données personnelles, p. 28 : « Un audit diversité pourrait avoir lieu tous les ans au moins dans les grandes entreprises (ou celles qui ont adhéré à la charte de la diversité), éventuellement sous le contrôle de la HALDE, qui examinerait avec la CNIL, les modalités de réalisation de l'enquête, et, seule, cette fois, les résultats. Les statistiques obtenues pourraient être comparées aux statistiques du recensement propres à la région et au bassin d'emploi selon des modalités de diffusion à définir ». En toute logique, cette attribution devrait revenir au Défenseur des droits.

(238) En Allemagne également, les statistiques ethniques sont rigoureusement encadrées.

(239) Les statistiques ethniques sont autorisées au Canada depuis le premier recensement de 1871. Elles furent abandonnées au début des années 1950 puis réintroduites en 1996. Les entreprises peuvent y avoir recours dans le cadre des standards fixés par le législateur. Aux États-Unis, la « race » ou l'origine ethnique est prise en compte dans les statistiques publiques depuis 1790. Un standard de référence a été défini pour que les employeurs puissent répartir leur force de travail entre les différentes catégories fixées. Au Royaume-Uni, une question sur l'origine ethnique a été introduite lors du recensement de 1991. Dans les entreprises, l'enregistrement de l'appartenance à un groupe protégé est mesuré par la distribution d'un questionnaire auto-administré à tous les employés (Rapp. AN n° 3502, 6 déc. 2005, sur les politiques d'intégration des migrants dans l'Union européenne).

(240) Dans son rapport « Pour un usage critique et responsable de l'outil statistique » du 5 février 2010, le comité pour la mesure de la diversité et l'évaluation des discriminations préconise « l'institution d'un rapport de situation comparée » sur les différences de traitement liées aux origines, que les employeurs seront tenus de remplir chaque année pour les principaux « processus RH » : recrutements, promotions, types de contrat, accès à la formation, niveaux de rémunération, affectation aux divers types de tâches, départs et sanctions. Il s'agira de collecter des données nécessaires à la confection de tableaux statistiques sur le modèle des « rapports de situation comparée établis pour les négociations sur l'égalité professionnelle hommes/femmes. Ces RSC-Diversité serviront d'instruments d'auto-évaluation pour les entreprises et de prise de conscience sur la persistance de discriminations indirectes ; ils seront transmis aux représentants du personnel pour définir les programmes de lutte contre les discriminations dans le cadre de l'Accord national interprofessionnel sur la diversité (ANI-Diversité) ». Ce rapport ne serait obligatoire que dans les entreprises de plus de 250 salariés.

(241) L'entreprise pourra toujours procéder à ce type de mesure si chaque salarié donne son accord et si les données sont « anonymisées à bref délai ». Dans ces conditions, la mesure sera alors soumise à une simple déclaration à la CNIL. Les autres exceptions à l'interdiction de traiter des « données sensibles » ne sont pas applicables à l'entreprise (traitements statistiques réalisés par l'INSEE ou les services statistiques des ministères ; les traitements justifiés par l'intérêt public ; les traitements de données sensibles pour défendre un droit).

(242) D. Oppenheimer, Pourquoi la France se doit de recueillir des données sur l'identité raciale... à sa manière, in Diversité et discriminations raciales, une perspective transatlantique, Dalloz, 2009, p. 89 et s., spéc. p. 92.

157. – Ces mesures rempliraient l'étape du constat, premier volet de la politique de diversité. À partir de celui-ci, des actions d'amélioration devraient être élaborées⁽²⁴³⁾. Mais ces mesures de correction ayant pour origine des critères « ethno-raciaux » heurteraient l'interdiction des discriminations et seraient mal perçues par l'opinion publique. L'autorisation des statistiques ethno-raciales devrait s'accompagner d'une politique d'action positive à destination de ce public⁽²⁴⁴⁾. Or, ces politiques sont parfois elles-mêmes ressenties comme des discriminations⁽²⁴⁵⁾. Au-delà, pour le professeur Verkindt⁽²⁴⁶⁾, l'accord du 12 octobre 2006, en rendant impératives ses dispositions sur la non-discrimination, « constitue un obstacle à toute tentative d'instaurer par voie conventionnelle une politique de discrimination positive ».

158. – En l'absence de synchronisation de ces deux réformes, le constat stérile, fruit des statistiques ethniques, ne pourrait selon nous qu'exacerber les préjugés et les stigmatisations. Ces données chiffrées, plus qu'inutiles, deviendraient dangereuses⁽²⁴⁷⁾. La portée de la réforme souhaitée nous semble limitée eu égard au risque qu'elle engendre.

La démarche de diversité implique un raisonnement en deux temps : d'abord un constat puis la mise en œuvre d'outils.

B. – L'entreprise, vecteur d'actions positives

159. – Pour l'État⁽²⁴⁸⁾ comme pour les entreprises⁽²⁴⁹⁾, le rétablissement de l'égalité concrète ne constitue pas une obligation⁽²⁵⁰⁾. La place des discriminations positives dans l'ordre interne fait débat⁽²⁵¹⁾. Ces dernières ne peuvent s'inscrire que dans

(243) R. Antonius, *La mesure de la diversité au Canada : le lien entre la mesure et l'action*, in *Diversité et discriminations raciales, une perspective transatlantique*, Dalloz, 2009, p. 51 et s., spéc. p. 59 : « [Ces mesures] peuvent être à l'origine de campagnes ciblées de recrutement, de programmes de formation, ou de toute autre action visant à favoriser l'emploi dans les groupes sous-représentés ».

(244) J. Laufeur, « Le paradoxe de la notion de diversité, c'est qu'elle peut d'un côté, être considérée comme le nom du chemin qui conduit, à partir des différences existantes entre les catégories discriminées, vers la mise en œuvre de l'égalité tandis que de l'autre, elle trace aussi le chemin vers la reconnaissance des différences et peut aussi en venir à donner une place centrale à une logique identitaire », citée par B. Grévy, *Égalité professionnelle : la norme et l'image* : Dr. soc. 2010, p. 135 et s., spéc. p. 137.

(245) P.-H. Antonmattei, *Liberté, égalité, diversité* : Dr. soc. nov. 2008 p. 1031 : « La diversité ne doit pas conduire à la facilité du quota qui est en lui-même une pratique discriminatoire ».

(246) P.-Y. Verkindt, *L'ANI sur la diversité, un accord à l'honneur de la démocratie sociale* : *Semaine sociale Lamy* déc. 2006, n° 1287.

(247) « Les statistiques par catégories ethniques sont douteuses et dangereuses parce qu'elles stigmatisent les personnes et risquent de favoriser des comportements xénophobes ou racistes », L. Thevenot, cité par D. Oppenheimer, *Pourquoi la France se doit de recueillir des données sur l'identité raciale... à sa manière*, in *Diversité et discriminations raciales, une perspective transatlantique*, Dalloz, 2009, p. 89 et s., spéc. p. 91. – *Contra*, R. Antonius, *La mesure de la diversité au Canada : le lien entre la mesure et l'action*, in *Diversité et discriminations raciales, une perspective transatlantique*, Dalloz, 2009, p. 59 et s., spéc. p. 60 : « Dans la mesure où la collecte de statistique ethnique s'inscrit dans des programmes d'accès à l'égalité et où elle est soumise à des mesures strictes de sécurité et de confidentialité, la collecte de données de type ethnique n'a pas l'effet stigmatisant qu'on pourrait lui prêter ».

(248) CE, 20 avr. 2005, req. n° 26657 : « Considérant que si, en règle générale, le principe d'égalité impose de traiter de la même façon des personnes qui se trouvent dans la même situation, il n'en résulte pas pour autant qu'il oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes ».

(249) De nombreuses législations européennes n'exigent pas des entreprises qu'elles mettent en œuvre des politiques d'actions positives. Ainsi, ni l'Espagne, ni le Royaume-Uni, ni les Pays-Bas ou l'Allemagne n'édicte ce type d'obligation (en ce sens, V. J.-M. Albiol, K. Neighbour, E. Slattery, E. Ceca et A. de Jong, *La discrimination en Europe* : JCP S 2011, act. 266).

(250) S. Brissy, *Discrimination* : JCl. *Travail Traité*, Fasc. 17-11.

(251) V. Lasserre-Kiesow, *L'égalité* : JCP G 2010, 643 : « L'emploi de discriminations pour compenser d'autres discriminations est évidemment contestable. Les expériences étrangères montrent l'intérêt du débat entre le libéralisme politique supposant la neutralité de l'État dans la réalisation du bonheur des individus et les droits collectifs des minorités ».

le cercle de l'admissible, tracé par les exigences de la lutte contre les distinctions illicites (1°). L'entreprise qui s'en éloigne s'expose à des sanctions (2°).

1° Le cercle de l'admissible

160. – C'est une fois le cercle de l'admissible identifié (a) que sa substance pourra être appréhendée (b).

a) L'identification du cercle

161. – **Définition des actions positives.** Les actions positives⁽²⁵²⁾ sont définies comme « des mesures qui, tout en étant discriminatoires selon leurs apparences, visent effectivement à éliminer ou à réduire les inégalités de fait pouvant exister dans la réalité de la vie sociale⁽²⁵³⁾ ». Le critère qui engendre l'exclusion hostile devient un atout et ouvre les voies de l'ascension sociale. Elles ont pour ambition de créer dans les faits les conditions de l'égalité concrète⁽²⁵⁴⁾ et ne doivent pas être confondues avec des mesures protectrices visant uniquement à compenser financièrement des inégalités maintenues⁽²⁵⁵⁾. Consistant à combler des écarts constatés, cette politique est conçue comme nécessairement temporaire⁽²⁵⁶⁾. Certains estiment qu'elle est la seule solution pour parvenir à l'égalité concrète⁽²⁵⁷⁾, en poursuivant un triple objectif de rattrapage entre groupes inégaux⁽²⁵⁸⁾, de lutte contre les discriminations et de promotion de la diversité⁽²⁵⁹⁾.

162. – **Origine des actions positives.** Les actions positives ont été conçues en réponse aux politiques de ségrégation menées, notamment⁽²⁶⁰⁾, aux États-Unis⁽²⁶¹⁾. Bien que l'égalité des droits entre citoyens blancs et noirs soit proclamée par la Constitution américaine⁽²⁶²⁾, depuis la guerre de Sécession et jusqu'à la fin des années 1950⁽²⁶³⁾ la division de la société américaine s'est perpétuée par le biais d'une

(252) Traduction littérale de l'américain *Affirmative action*.

(253) Arrêt *Commission c/ France*, 25 oct. 1988, aff. C-312/86.

(254) Certains auteurs estiment que les politiques de discrimination positive pourraient s'inscrire uniquement dans la recherche de l'égalité juridique. En ce sens, V. M. Tsujimura, *Notions et mesures de positive action en droit comparé*, in *Égalité des sexes : La discrimination positive en question*, Société de législation comparée, 2006, p. 21 et s.

(255) M.-T. Lanquetin, *De l'égalité des chances. À propos de l'arrêt Kalanke, CJCE 17 octobre 1995 : Dr. soc.* 1996, p. 494 et s., spéc. p. 496 : « Toutes les mesures spécifiques ne sont pas de même nature et ne visent pas toutes à réaliser l'égalité... Nombre de mesures spécifiques, dont l'origine est souvent ancienne, ne s'inscrivent pas dans une perspective d'égalité, mais au contraire, dans une conception marquée par la logique de répartition des rôles qui a longtemps prévalu dans les textes et inspire encore la pensée d'une partie des responsables politiques ».

(256) G. Calvès, *La discrimination positive, de quoi s'agit-il ?*, in *Alternatives économiques* juin 2005, n° 232.

(257) M.-T. Lanquetin, *De l'égalité des chances. À propos de l'arrêt Kalanke, CJCE 17 octobre 1995 : Dr. soc.* 1996, p. 494 et s., spéc. p. 501 : « Comment réaliser l'égalité en fait entre les hommes et les femmes au travail ? (...) deux moyens d'actions relèvent du droit communautaire : l'utilisation de la notion de discrimination indirecte par le juge, d'une part, les actions positives d'autre part, qui, elles, relèvent des politiques publiques et des acteurs ».

(258) A. Fenet, G. Koubi et I. Schulte-Tenckhoff, *Le droit et les minorités. Analyses et textes*, Bruylant, 2^e éd., spéc. p. 358.

(259) G. Calvès, *La discrimination positive, de quoi s'agit-il ?*, in *Alternatives économiques* juin 2005, n° 232.

(260) L'Inde, l'Afrique du Sud, la Malaisie ont aussi développé des politiques similaires en réponse aux ségrégations passées.

(261) En ce sens, V. S. Benichou, *Égalité de traitement dans l'emploi : les enseignements de l'expérience américaine dans la lutte contre des discriminations fondées sur l'origine*, Rapport de la French-American Foundation, mars 2009, spéc. p. 9 : « Avec quarante ans d'expérience en matière de lutte contre les discriminations et d'action positive, les États-Unis constituent de fait une référence – à titre de modèle ou de contre exemple – que les acteurs publics français ont tout intérêt à prendre en compte ».

(262) XIV^e Amendement de la Constitution américaine, ratifiée par le Congrès le 9 juillet 1868 : « All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside ».

(263) Cour suprême, 17 mai 1954, arrêt *Brown c/ Education* (347 U.S. 483) qui qualifie le système ségrégationniste de « profondément inégalitaire ».

politique ségrégationniste⁽²⁶⁴⁾. Poussées par ce contexte historique particulier⁽²⁶⁵⁾ et conscientes que la simple prohibition des discriminations ne suffit pas à les faire disparaître⁽²⁶⁶⁾, les autorités fédérales ont mis en place des politiques d'*affirmative action*⁽²⁶⁷⁾. Elles ont organisé un traitement préférentiel des minorités en matière d'éducation et de travail⁽²⁶⁸⁾ en instaurant notamment des quotas d'embauche⁽²⁶⁹⁾. En raison des discriminations à rebours⁽²⁷⁰⁾ créées, les États-Unis abandonnent progressivement ces politiques.

163. – Différence historique. Ces dispositifs ont été conçus dans un contexte de séparation de la population juridiquement organisée. Or, tel n'a jamais été le cas en France⁽²⁷¹⁾ : la conception universaliste de l'égalité proclamée dès 1789 s'oppose à la ségrégation. Cette différence historique explique, pour partie, les réticences à la mise en œuvre, dans l'ordre interne, de politiques de discriminations positives.

164. – La transposition d'une solution d'un pays à un autre ne peut se fonder uniquement sur une similitude de situations. Plus que sur les effets d'une difficulté, la solution proposée doit se fonder sur les causes du problème. Ces dernières ne sont pas identiques en France et aux États-Unis. Les actions positives peinent cependant à s'imposer en France où « l'égalité est conçue comme l'absence de toute différen-

(264) Cette politique trouve son fondement dans l'arrêt de la Cour suprême du 18 mai 1896, *Plessy c/ Ferguson* (163 U.S 537) qui forge la doctrine connue sous l'expression « séparé, mais égaux ».

(265) Les années 1960 ont été marquées par le mouvement en faveur de l'égalité des droits mené par le pasteur Martin Luther King et par de violentes émeutes. Sur l'origine des politiques d'action positive aux États-Unis, V. O. Beaud, *L'affirmative Action aux États-Unis : Une discrimination à rebours : RID comp.* 1984, p. 503 et s., et E. Zoller, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Dalloz, 1^{re} éd. 2010.

(266) Dans un discours de 1965, le Président Johnson a énoncé : « Imaginons un 100 mètres dans lequel l'un des deux coureurs aurait les jambes attachées. Durant le temps qu'il lui faut pour faire dix mètres, l'autre en a déjà fait cinquante. Comment rectifier la situation ? Doit-on seulement délivrer le premier coureur de ses liens et laisser la course se poursuivre, en considérant qu'il y a désormais "égalité des chances" ? Pourtant, l'un des coureurs a toujours quarante mètres d'avance sur l'autre. Est-ce que la solution la plus juste ne consisterait pas plutôt à permettre au coureur qui était attaché de rattraper son retard de quarante mètres ? On ne peut pas considérer avoir été parfaitement équitable envers une personne enchaînée si l'on se contente de la débarrasser de ses chaînes et de lui faire prendre place sur la ligne de départ en lui disant : "Voilà. Tu es libre de rivaliser avec tous les autres" ».

(267) L'expression affirmative action apparaît pour la première fois dans une loi de 1935 relative à la protection des syndicalistes contre les discriminations.

(268) V. par ex. le *Boston Plan* qui ordonnait aux cocontractants de l'État d'employer un pourcentage déterminé de salariés « minoritaires ».

(269) L'*Equal Employment Opportunity Act de 1972* donne la possibilité au juge de « sanctionner les discriminations orchestrées par une entreprise en lui imposant des quotas de recrutement ». Le recrutement d'un salarié issu d'une minorité est considéré comme une sanction ; il lui est très difficile de s'intégrer à la communauté de travail. Cette exécution en nature de l'obligation ne nous semble pas la solution adéquate ; elle ne peut qu'entraîner le renforcement de la stigmatisation et de l'exclusion. Sur ce système, V. C. Lantero, *L'impact de la reconnaissance institutionnelle des minorités sur la discrimination : RDP* 2009, p. 817 et s.

(270) G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 8^e éd. 2007, p. 315. La discrimination à rebours y est définie comme « l'effet paradoxal consistant en ce que le traitement réservé aux ressortissants d'un État membre de l'Union européenne est moins favorable que celui dont bénéficient ceux des autres États, en application des règles communautaires ». La définition retenue ici n'est pas limitée aux effets de la législation communautaire. Des discriminations à rebours ne seront constituées qu'uniquement lorsque les membres non minoritaires seront notablement moins bien traités que les membres d'un groupe minoritaire en raison d'une politique d'actions positives. La notion de discrimination à rebours n'est pas propre au droit communautaire. Le constat est ancien, ainsi, « la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail, dont l'article 3 [qui ne la rend applicable qu'aux salariés français] *in fine*, bien que conçu dans un esprit de faveur pour les ouvriers français, a eu cette conséquence paradoxale, par suite du rejet du principe de l'assurance obligatoire, de créer une prime indirecte à l'embauchage d'ouvriers étrangers ». Le législateur était d'ailleurs conscient de cet effet induit puisque « la loi du 31 mars 1905 a remédié à cet état de chose en autorisant le gouvernement à faire disparaître, par voie de traités diplomatiques, cette inégalité entre ouvriers français et étrangers, sous condition de réciprocité » (P. Pic, *Traité élémentaire de législation ouvrière*, 1922, n° 237).

(271) Sauf lors de la législation raciste du gouvernement de Vichy.

ciation en défaveur comme en faveur des individus⁽²⁷²⁾ ». Pour le professeur Cesaro, elles mettent en péril « l'unité de la République⁽²⁷³⁾ ».

165. – Revers de la discrimination positive. Comme le prouve l'exemple américain, la discrimination positive n'est pas la solution à l'intégration des groupes traditionnellement exclus. Elle nécessite l'identification de la différence par le droit⁽²⁷⁴⁾, entretient la stigmatisation et nie la pluralité de l'individu. Comme le souligne justement le professeur Cesaro⁽²⁷⁵⁾, la discrimination positive nourrit un sentiment d'hostilité à l'égard de ceux qui en bénéficient ; ils perdent l'estime que leurs capacités et leurs aptitudes pouvaient leur conférer. Elle serait également élitiste et ne permettrait pas une élévation du groupe protégé dans son ensemble⁽²⁷⁶⁾.

b) La substance du cercle

166. – Le législateur a parfois recours à une approche territoriale des discriminations positives (2), qui ne laisse que peu d'initiative aux entreprises (3). Demeurent en tout état de cause exclus du cercle du licite les quotas à l'embauche (1).

1) La prohibition des quotas d'embauche

167. – Position du droit européen et du Conseil constitutionnel. C'est au moment où les politiques d'actions positives sont remises en cause dans le pays qui les a initiées qu'elles commencent à nourrir le débat public en Europe et en France⁽²⁷⁷⁾. Les textes européens consacrent la faculté de recourir à des dispositifs d'actions positives⁽²⁷⁸⁾ prenant la forme de mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés au sexe, à la religion, aux convictions, à un handicap, à l'âge ou à l'orientation sexuelle.

168. – La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne a principalement été élaborée à l'occasion de politiques de discriminations positives en faveur des femmes⁽²⁷⁹⁾. Ces politiques constituent un instrument politique à double tran-

(272) J. Grangé, *Discrimination positive et expériences récentes : Semaine sociale Lamy* 2006, n° 1256.

(273) J.-F. Cesaro, *Le Code du travail est pavé de bonnes intentions. Loi n° 2006-340 du 30 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes* : JCP S 2006, 1273 : « L'unité de la République est en jeu : lier une promotion ou une distinction à l'appartenance à un sexe ou à une origine risque fort d'être source de divisions. Elle est de nature à renforcer le sentiment de différence de la part de ceux qu'une caractéristique sans lien avec leur mérite aura assuré la promotion et réciproquement un sentiment d'exclusion, source d'hostilité, pour ceux qui ne présenteraient pas la caractéristique requise pour occuper telle ou telle fonction ».

(274) A. Fenet, G. Koubi et I. Schulte-Tenckhoff, *Le droit et les minorités. Analyses et textes*, Bruylant, 2^e éd. 2000, spéc. p. 360.

(275) J.-F. Cesaro, *Le Code du travail est pavé de bonnes intentions. Loi n° 2006-340 du 30 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes* : JCP S 2006, 1273 : « Une telle politique est de nature à se retourner contre ceux qu'elle prétend protéger. Quelle représentativité sera réellement reconnue à celui ou celle qui devra sa place à son sexe [ou à ses origines] ? De quelle estime bénéficiera-t-il ? ».

(276) G. Calvès, *La discrimination positive, de quoi s'agit-il ?*, in *Alternatives économiques* juin 2005, n° 232.

(277) F. Vergne, *Les discriminations positives en droit américain et en droit de l'Union européenne : Semaine sociale Lamy* 2006, n° 1256.

(278) Dir. n° 2000/78/CE, 27 nov. 2000 (JOUE 2 déc. 2000, art. 7) : « Pour assurer la pleine égalité dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés à l'un des motifs visés à l'article 1^{er} ». L'article 1^{er} vise les motifs suivants : « la religion ou les convictions, l'handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ». L'article 2 de la directive n° 76/207/CEE du Conseil du 9 février 1976 (JOUE 14 févr. 1976), modifié par la directive n° 2002/73/CE, énonce que « la présente directive ne fait pas obstacle aux mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes ».

(279) Même si la rédaction des textes permettrait l'adoption de mesures inégalitaires au profit des hommes. Sur ce point, V. B. Teysié, *Droit européen du travail*, Litec, 3^e éd. 2006, spéc. n° 653.

chant puisqu'elles sont susceptibles de renforcer des préjugés défavorables⁽²⁸⁰⁾. Les juges ont ainsi encadré ces dispositions ; ces mesures ne se conçoivent que dans les secteurs d'activité où les femmes sont sous-représentées⁽²⁸¹⁾ et ne sauraient justifier l'édiction de quotas stricts⁽²⁸²⁾.

169. – Le principe d'égalité ne permet pas de remédier à une inégalité de fait par une discrimination de droit⁽²⁸³⁾ et les mesures arrêtées sont soumises à un contrôle de proportionnalité. Des limites instaurées découlent une protection contre les discriminations à rebours. Cette volonté est d'ailleurs consacrée dans certaines dispositions de la législation européenne⁽²⁸⁴⁾.

170. – Le droit interne adopte une solution similaire. La loi ne peut imposer des quotas stricts en dehors des élections de nature purement politique⁽²⁸⁵⁾. Le rôle dévolu aux actions positives est ainsi délimité : promouvoir l'égalité des chances en favorisant l'accès des minorités au stade du recrutement. Il ne leur revient pas cependant de garantir à leurs bénéficiaires une priorité absolue d'embauche. La compétence demeure la principale clé d'accès au marché du travail.

(280) G. Calvès, *Deux décennies mouvementées pour les politiques françaises de discrimination positive en faveur des femmes (1988-2009)* : *RD sanit. soc.* 2009, p. 991 et s., spéc. p. 993.

(281) TFUE, art. 141.

(282) La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière d'actions positives ressort de trois arrêts majeurs. L'arrêt *Kalanke* du 17 octobre 1995 (aff. C-450/93) qui énonce que « l'article 2, paragraphes 1 et 4, de la directive 76/207 s'oppose à une réglementation nationale qui accorde automatiquement, à qualifications égales entre candidats de sexe différent retenus en vue d'une promotion, une priorité aux candidats féminins dans les secteurs dans lesquels les femmes sont sous-représentées ». L'arrêt *Marschall* du 11 novembre 1997 (aff. C-409/95) pose que la règle de priorité accordée aux femmes doit « garantir aux candidats masculins ayant une qualification égale à celle des candidats féminins que les candidatures fassent l'objet d'une appréciation objective qui tienne compte de tous les critères relatifs à la personne des candidats et écarte la priorité accordée aux candidats féminins lorsqu'un ou plusieurs de ces critères font pencher la balance en faveur du candidat masculin ». L'arrêt *Badeck* du 28 mars 2000 (aff. C-158/97) pose que pour être licites, les mesures d'actions positives ne doivent pas être arbitraires, respecter le principe de proportionnalité et permettre une appréciation des candidatures de sexe masculin. Un équilibre doit être trouvé entre promotion de l'égalité des chances et respect de l'égalité formelle. Sur les mesures d'actions positives en droit européen, V. K. Berthou, *Sur les discriminations positives (CJCE 28 mars 2000, Badeck)* : *Dr. soc.* 2000, p. 901 et s. – J. Bouloui, R.-M. Chevallier, D. Fasquelle et M. Blanquet, *Les grands arrêts de la jurisprudence communautaire*, Dalloz, 5^e éd. 2002, t. 2, n° 58.27.

(283) D. Martin, *Discrimination, entraves et raisons impérieuses dans le traité CE : trois concepts en quête d'identité* : *Cah. dr. eur.* 1998, p. 261 et s., spéc. p. 317.

(284) En Belgique, la loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination énonce, dans son article 4, que « la loi ne constitue aucunement un empêchement à l'adoption ou au maintien de mesures qui, afin de garantir la pleine égalité dans la pratique, visent à prévenir ou à compenser les désavantages liés au sexe, une prétendue race, la couleur, l'ascendance, l'origine nationale ou ethnique, l'orientation sexuelle, l'état civil, la naissance, la fortune, l'âge, la conviction religieuse ou philosophique, l'état de santé actuel ou futur, un handicap ou une caractéristique physique ». La cour d'arbitrage belge estime que, pour être compatibles avec le principe d'égalité et l'interdiction des discriminations, les actions positives ne doivent pas restreindre inutilement les droits d'autrui ; elles doivent être appliquées dans les seuls cas où une inégalité manifeste existe ; la disparition de l'inégalité doit être désignée par le législateur comme un objectif à promouvoir ; les mesures prises doivent être de nature temporaire, étant destinées à disparaître dès que l'objectif visé est atteint.

(285) Par deux décisions, le Conseil constitutionnel a marqué son opposition à l'instauration de quotas par sexe pour l'établissement de listes électorales (déc. 18 nov. 1982, n° 146 DC ; déc. 14 janv. 1999, n° 407 DC). Pour la critique de cette solution, V. D. Loschak, *Les hommes politiques, les « sages » (?)... et les femmes (à propos de la décision du Conseil constitutionnel du 18 novembre 1982)* : *Dr. soc.* 1983, p. 131 et s. La révision constitutionnelle du 28 juin 1999, au terme de laquelle l'article 3 de la Constitution est complété par l'alinéa suivant : « La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux fonctions et aux mandats », a permis l'évolution de la position du Conseil constitutionnel. Une évolution semblable a été également possible en Italie après une réforme de la Constitution (Cour constitutionnelle italienne, arrêt n° 43-2003). La décision n° 429 DC du 30 mai 2000 admet la validité des quotas par sexe. Sur l'évolution de la position du Conseil constitutionnel, V. L. Favoreu et L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 13^e éd. 2005, n° 31-8. Les quotas sont donc fondamentalement en opposition avec la tradition constitutionnelle de la France puisqu'une révision de la norme suprême a été nécessaire pour les valider.

2) L'approche territoriale des discriminations positives

171. – Adaptation territoriale. Aux politiques de discriminations positives fondées sur le critère de l'origine ethnique ou de la couleur de peau interdites par sa conception universaliste de l'égalité, le législateur français préfère des politiques territoriales⁽²⁸⁶⁾. Des facilités d'accès à certaines formations sont accordées, non pas à des minorités, mais à des personnes issues de certains territoires⁽²⁸⁷⁾. Mais ces politiques visent en réalité les groupes minoritaires qui se concentrent sur ces zones géographiques⁽²⁸⁸⁾. Certains auteurs évoquent « des stratégies d'éviction de la race par le territoire⁽²⁸⁹⁾ ». Celles-ci auraient, naguère, pu être remises en cause par la HALDE. En souhaitant que le critère de l'origine territoriale soit élevé au rang de motif discriminatoire, la Haute autorité aurait pu sonner le glas de ces mesures⁽²⁹⁰⁾. Elles auraient alors été susceptibles d'être qualifiées de discriminations positives prohibées.

3) Le rôle des entreprises

172. – Selon le Code du travail, l'âge, le sexe, le handicap ou la situation de famille du salarié sont, dans certaines situations, susceptibles de justifier une mesure favorable, à l'inverse des origines ou des convictions⁽²⁹¹⁾. L'entreprise peut être contrainte à l'action (α) ou incitée à tenir compte des caractéristiques individuelles des salariés lorsqu'elle arrête certaines décisions (β).

α) Les obligations à l'action

173. – Action positive et promotion des femmes. Le législateur⁽²⁹²⁾ prévoit la mise en œuvre de politiques de discriminations positives en faveur des femmes. En fonction du niveau d'atteinte portée au principe d'égalité, ces mesures doivent provenir d'un règlement, d'un accord collectif ou, à défaut, d'une décision unilatérale de l'employeur. Seuls relèvent de sa compétence propre les domaines du recrutement,

(286) Avant la mise en œuvre d'actions positives, les États-Unis avaient également recours à une approche territoriale pour faciliter l'intégration des minorités. Sur l'évolution des politiques d'intégration aux États-Unis, V. D. Sabbagh, *Discrimination positive et desegregation : les catégories opératoires des politiques d'intégration aux États-Unis*, in *Sociétés contemporaines* 2004, n° 53, p. 85 et s. Depuis le déclin des politiques d'actions positives, les États-Unis ont de nouveau recours aux stratégies de redistribution spatialisées.

(287) L'exemple le plus marquant réside dans les zones d'éducation prioritaires. Des incitations sont prévues pour les fonctionnaires effectuant tout ou partie de leur carrière dans ces territoires (L. 26 juill. 1991 : JO 27 juill. 1991, complétée par L. 25 juill. 1994 : JO 26 juill. 1994). Ils bénéficient d'une majoration de leur ancienneté et de leur traitement ainsi que d'une priorité en cas de demande de mutation. Par ailleurs, les lycéens d'établissements situés dans ces zones bénéficient de facilités d'accès à certaines grandes écoles. Ces dispositions constituent les prémisses d'actions positives dans le domaine de l'éducation.

(288) En ce sens, V. Rapp. AN n° 3502, 6 déc. 2006, relatif aux politiques d'intégration des migrants dans l'Union européenne, spéc. p. 110 : « Chacun sait cependant que derrière le territoire, les politiques centrées sur certains quartiers permettent de toucher davantage de personnes issues de certaines minorités ».

(289) P. Simon, *La construction des discriminations*, in *Sociétés contemporaines* 2004, n° 53, p. 5 et s., spéc. p. 9.

(290) En ce sens, V. Délib. HALDE n° 2011-121, 18 avr. 2011.

(291) Le droit français a déjà connu des discriminations positives en raison des convictions religieuses. Le Conseil constitutionnel, dans des décisions du 15 janvier 1960 (n° 60-6 DC) et du 11 août 1960 (n° 60-7 DC), a reconnu conforme à la Constitution des dispositions d'une loi organique accordant des facilités d'accès à la magistrature à des citoyens en raison de leur conviction religieuse musulmane ou de leur origine géographique (départements algériens de l'Oasis et du Saoura). Des dispositions similaires ont également été prévues pour les populations de Nouvelle-Calédonie et jugées conformes à la Constitution (Cons. const., déc. 30 août 1984, n° 84-178 DC). Ces dispositions s'inscrivent dans un contexte politique particulier ; pour les premières, à une période où le contrôle de constitutionnalité n'était pas encore développé ; pour la seconde, lorsque l'article 74 de la Constitution permettait aux territoires d'outre-mer d'avoir une « organisation particulière tenant compte de leurs intérêts propres ». La solution aujourd'hui ne serait sûrement pas identique.

(292) C. trav., art. L. 1142-4.

de la promotion et de la formation professionnelle⁽²⁹³⁾. Dans ce domaine restreint, une obligation de résultat pèse sur l'employeur : il est tenu de prendre les mesures permettant d'atteindre l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes.

174. – Une obligation semblable pèse sur les entreprises de vingt salariés au moins en matière d'embauche de salariés handicapés⁽²⁹⁴⁾. Le critère du handicap, ressenti comme un frein à l'embauche, devient un élément central permettant le recrutement du salarié⁽²⁹⁵⁾.

β) Les incitations à l'individualisation

175. – Des encouragements à la discrimination positive peuvent également être décelés lors de la détermination des critères d'ordre des licenciements pour motif économique. L'article L. 1233-5 du Code du travail impose de tenir compte de « la situation des salariés qui présentent des caractéristiques sociales rendant leur réinsertion professionnelle particulièrement difficile, notamment celle des personnes handicapées et des salariés âgés⁽²⁹⁶⁾ ». Les critères arrêtés ne sauraient être appliqués différemment selon l'origine de la famille du salarié susceptible d'être licencié⁽²⁹⁷⁾. Pour la jurisprudence, est sans cause réelle et sérieuse le licenciement économique prononcé par application de critères d'ordre arrêtés sans prendre en compte le handicap du salarié⁽²⁹⁸⁾. Doit dès lors être censuré l'arrêt qui pose que « la procédure de licenciement pour motif économique d'un travailleur handicapé est soumise aux mêmes règles que pour les autres salariés et ne peut lui assurer une protection particulière interdisant son licenciement⁽²⁹⁹⁾ ».

176. – D'une manière plus générale, il pourrait être soutenu que les salariés susceptibles de souffrir de discrimination devraient bénéficier de cette disposition puisque leurs caractéristiques rendent plus difficile leur réinsertion professionnelle. Sur le fondement de ce texte, les mobiles discriminatoires pourraient être utilisés⁽³⁰⁰⁾ non pas pour sélectionner les salariés à licencier⁽³⁰¹⁾, mais pour déterminer

(293) C. trav., art. L. 1142-5 : « Il incombe à l'employeur de prendre en compte les objectifs en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes dans l'entreprise et les mesures permettant de les atteindre ».

(294) C. trav., art. L. 5212-1 et s. Il est possible de s'interroger sur la pertinence du seuil choisi qui ne permet pas de remplir l'obligation édictée en nature par l'emploi d'un seul salarié à temps plein. Un taux d'embauche de 5 % permettrait d'avoir à embaucher un salarié en situation de handicap pour vingt salariés valides.

(295) Sur ce dispositif, V. *infra*, n°s 795 et s.

(296) C. trav., art. L. 1233-5, 3°.

(297) En ce sens, V. Cass. soc., 8 avr. 1992, n° 90-41.276 : *Bull. civ.* 1992, V, n° 256. Sans que ni le comité d'entreprise, ni l'inspecteur du travail ne s'y opposent, l'employeur appréciait différemment les charges de famille des salariés licenciés en fonction de leur origine européenne ou non. À l'inverse de la cour d'appel, la Cour de cassation a considéré à juste titre que cette modalité d'application des critères d'ordre de licenciement était discriminatoire.

(298) En ce sens, V. Cass. soc., 11 oct. 2006, n° 04-47.168. Le professeur Verkindt estime que « la société n'avait pas pris en compte le handicap du salarié alors que cette caractéristique est de nature à rendre la réinsertion professionnelle plus difficile » (en ce sens, V. P.-Y. Verkindt, *Le salarié doit prendre en compte l'ensemble des critères déterminant l'ordre des licenciements* : *JCP S* 2007, 1021).

(299) Cass. soc., 26 févr. 1992, n° 88-40.552 : *Bull. civ.* 1992, V, n° 131.

(300) Avant même l'arrêt de la Cour de cassation du 11 octobre 2006 ci-dessous mentionné, un auteur estimait « qu'une interprétation souple de la loi [sur les critères d'ordre des licenciements], qui nous paraît répondre à l'esprit de la loi, doit conduire à faire bénéficier [les salariés handicapés mentaux] de la protection contre un licenciement aux conséquences pour eux décidément trop lourdes ». J.-P. Laborde, *Santé mentale et perte d'emploi* : *Dr. soc.* 1991, p. 563 et s., spéc. p. 567. Les autres motifs discriminatoires que le handicap pourraient, selon nous, bénéficier d'un raisonnement similaire.

(301) La chambre sociale estime que le choix d'une salariée dans le cadre d'une procédure de licenciement pour motif économique reposant sur un motif discriminatoire prive le licenciement de cause réelle et sérieuse. En ce sens, V. Cass.

ceux qui doivent rester dans l'entreprise. Un tel raisonnement n'est cependant pas sans risque puisqu'il postule des politiques discriminatoires des autres entreprises⁽³⁰²⁾.

177. – Certaines décisions des juridictions du fond peuvent servir de fondement à cette position. Le tribunal de grande instance de Toulouse a pu considérer que constituait une discrimination indirecte à l'égard des salariés âgés ou handicapés le plan de sauvegarde de l'emploi qui prévoit des indemnités de départ dégressives⁽³⁰³⁾. Les juges ont estimé que ce dispositif portait préjudice aux salariés dont les chances de retrouver un emploi étaient les plus faibles, notamment, les salariés victimes de discrimination. Cette solution pourrait dès lors être étendue à la fixation des critères d'ordre lors des licenciements pour motif économique.

178. – Les critères de fixation de l'ordre des départs en congés constituent également des incitations aux mesures de discrimination positive puisqu'à défaut d'accord collectif ou d'usage en ce domaine, l'employeur doit notamment tenir compte « de la situation de famille des bénéficiaires⁽³⁰⁴⁾ » alors même que ce critère de distinction est considéré comme illicite dans d'autres circonstances.

179. – **Individualisation et injonctions contradictoires.** Ces incitations à l'individualisation participent aux injonctions contradictoires adressées par les pouvoirs publics aux entreprises. Une frontière hermétique doit se dresser entre la vie professionnelle et la vie personnelle du salarié ; mais l'impact des décisions de l'entreprise sur la vie personnelle du salarié doit cependant être pris en compte⁽³⁰⁵⁾. Même le législateur lui permet parfois de s'en prévaloir à l'encontre du pouvoir de direction de l'employeur⁽³⁰⁶⁾. La notion de discrimination par association accroît⁽³⁰⁷⁾ la porosité de la frontière entre vie personnelle et vie professionnelle du salarié. Selon nous, ces contradictions démontrent l'impossibilité d'un cloisonnement étanche entre ces deux sphères. La mise en œuvre d'un contrôle de proportionnalité entre les atteintes portées à l'une par les nécessités de l'autre permettrait de trouver un équilibre préservant les libertés des salariés et l'intérêt de l'entreprise.

180. – Le droit du travail prévoit ainsi certaines mesures de discrimination positive au travers de l'individualisation des décisions. Comme le précise le professeur

soc., 9 juin 19998, n° 96-40.390. Dans d'autres hypothèses, la violation des critères d'ordre ne prive pas le licenciement de cause réelle et sérieuse ; n'est ouvert au salarié que le droit à une indemnité compensant son préjudice. En ce sens, V. notamment, Cass. soc., 12 mars 2003, n° 98-44.682 : *RJS* 2003, n° 592.

(302) La prohibition des discriminations au stade du recrutement devrait placer tous les salariés à compétences égales, quelles que soient leurs caractéristiques personnelles, sur un pied d'égalité pour retrouver un emploi.

(303) TGI Toulouse, 13 avr. 2010, n° 10/00645, *Freescale*. Les juges ont considéré que l'indemnité dégressive de retour à l'activité prévue par le plan de sauvegarde de l'emploi constitue une discrimination qui « affecte indirectement les salariés âgés ou handicapés ». La décision ne se fonde sur aucun élément statistique pouvant établir la discrimination indirecte.

(304) C. trav., art. L. 3141-14.

(305) En ce sens, V. Cass. soc., 6 févr. 2001, n° 98-44.190, où une légèreté blâmable dans la mise en œuvre d'une clause de mobilité est reprochée à un employeur qui n'a pas tenu compte de l'impact de sa décision sur la vie personnelle de la salariée qui devait s'occuper de son enfant handicapé.

(306) En ce sens, V. C. trav., art. L. 3123-24 qui permet au travailleur à temps partiel de s'opposer à la modification de ses horaires lorsque notamment « ce changement n'est pas compatible avec des obligations familiales impérieuses ». Le salarié peut également bénéficier d'une réduction de sa durée du travail « en raison des besoins de sa vie familiale » (C. trav., art. L. 3123-7, al. 1).

(307) En ce sens, V. *infra*, n°s 366 et s.

Verkindt, « l'individualisation n'est pas nécessairement subjectivation⁽³⁰⁸⁾ ». La frontière est ténue entre l'individualisation encouragée, car nécessaire, et l'action positive à l'initiative de l'entreprise prohibée, donc sanctionnée.

2° La sanction de l'inadmissible

181. – Si aux États-Unis les personnes morales de droit privé peuvent instituer volontairement une politique de discriminations positives⁽³⁰⁹⁾, en France, les entreprises ne sauraient prendre une telle initiative (a). La rédaction des textes interdit de prendre en compte des critères illicites, même pour favoriser l'intégration de certains publics (b)⁽³¹⁰⁾.

a) Des initiatives sanctionnées

182. – **Exemples jurisprudentiels.** Certaines entreprises ont mis en place des actions positives en faveur des représentants syndicaux ou des personnes issues de « minorités visibles ». Ces initiatives n'ont pas recueilli l'approbation des juges.

183. – Un employeur, même animé d'un motif légitime⁽³¹¹⁾, ne peut accorder une préférence d'emploi absolue à « un jeune issu de l'immigration⁽³¹²⁾ » sans risquer une condamnation pénale pour discrimination.

184. – La Cour de cassation a sanctionné, sur le fondement de la discrimination syndicale, le système d'évaluation spécifique aux salariés investis d'un mandat syndical à temps plein⁽³¹³⁾. Malgré cette décision, des entreprises persistent dans cette voie. Certaines accordent le statut de cadre à tout nouvel élu quel que soit son emploi ; d'autres gratifient chaque année tous les représentants du personnel du taux d'augmentation salariale le plus élevé de la société⁽³¹⁴⁾ ou intègrent les activités syndicales au parcours professionnel⁽³¹⁵⁾. Les mesures proposées discréditent l'engage-

(308) P.-Y. Verkindt, *L'employeur doit prendre en considération l'ensemble des critères déterminant l'ordre des licenciements* : JCP S 2007, 1021.

(309) O. Beaud, *L'affirmative action aux États-Unis : une discrimination à rebours* : RID comp. 1984, p. 503 et s., spéc. p. 507.

(310) L'article L. 1132-1 ne distingue pas la finalité de la mesure prise pour l'un des motifs discriminatoires. De ce fait, il interdit les discriminations positives. Pour certains, l'interdiction des discriminations positives proviendrait plus largement de la conception universaliste de l'égalité prônée par le Conseil constitutionnel. « En prohibant absolument les discriminations fondées, par exemple, sur la race, l'origine ou la religion, la Constitution française aurait dressé un obstacle infranchissable privant le législateur de toute possibilité de créer des discriminations positives ». En ce sens, V. L. Favoreu, P. Gaia et R. Ghevontian, *Droits des libertés Fondamentales*, Dalloz, 3^e éd. 2009, n° 429.

(311) L. Gamet, note ss arrêt : D. 2003, somm. comm. 2921. L'auteur relève que dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la cour d'appel de Nîmes, « la condition posée au recrutement était justifiée par la tâche demandée au salarié : il s'agissait d'aller à la rencontre de la population fréquentant le quartier, issue dans son écrasante majorité de l'immigration ». Selon lui, « au lieu de rechercher une personne appartenant à une famille issue de l'immigration (critère prohibé), elle aurait dû rechercher une personne ayant une très bonne connaissance de la culture arabe et une parfaite connaissance d'au moins une langue du Maghreb (critères admis) ».

(312) CA Nîmes, 22 nov. 2002, n° 1239/02 : D. 2003, somm. comm. 2921.

(313) Cass. soc., 29 janv. 2008, pourvoi n° 06-42.066 : « La cour d'appel, qui n'a pas méconnu les termes du litige, a retenu que le système d'avancement propre aux salariés exerçant des activités syndicales à plein temps faisait de l'appartenance syndicale un critère d'application d'un régime différent de celui des autres salariés ; qu'elle en a exactement déduit qu'il constituait une mesure contraire aux dispositions de l'article L. 412-2 du Code du travail ». En ce sens, V. également, Cass. soc., 23 févr. 2005, n° 02-47.433.

(314) En ce sens, V. S. Niel, *Comment évaluer les représentants du personnel* : Cah. DRH 2009, n° 154.

(315) AXA intègre l'activité syndicale au parcours professionnel : Liaisons soc. 7 mai 2009, Quotidien, n° 15359. « L'exercice d'une responsabilité syndicale, à mi-temps ou à temps complet, sur une durée significative constitue une expé-

ment syndical, qui sera davantage perçu comme un moyen d'obtenir de l'entreprise faveurs et protection que de défendre des convictions. Par ailleurs, si ces solutions protègent contre les condamnations pour discrimination syndicale, elles présentent néanmoins des risques juridiques.

b) *Le fondement des sanctions*

185. – Même dans le cadre d'actions positives, l'élément intentionnel du délit de discrimination est établi. Reste néanmoins ouverte à l'entreprise l'étroite possibilité de prévoir de semblables mesures reposant sur des motifs non réprimés par l'article 225-1 du Code pénal.

186. – **Mobile et intention discriminatoire.** Pour certains, le motif légitime qui anime l'entreprise mettant en œuvre une politique de discrimination positive s'oppose à sa condamnation. La différence de traitement qu'elle effectue « serait totalement antinomique de la discrimination⁽³¹⁶⁾ ». Le professeur Cœuret précise que dans cette hypothèse la poursuite n'est pas envisageable puisque l'élément intentionnel de l'auteur de l'infraction fait défaut⁽³¹⁷⁾. À double titre, cette interprétation nous apparaît contestable.

187. – Il ne fait pas débat que la discrimination pénalement sanctionnée est une infraction intentionnelle ; l'intention ne saurait cependant être confondue avec le mobile de l'auteur. L'individu qui agit en raison de l'un des motifs énumérés à l'article 225-1 du Code pénal réalise l'élément intentionnel du délit de discrimination⁽³¹⁸⁾. Tel est le cas de l'auteur d'une discrimination positive puisqu'il subordonne l'octroi d'une mesure à la présence chez autrui d'un critère illicite. Peu importe dès lors qu'il soit animé par un motif que certains considèrent comme légitime.

188. – La volonté de compenser une inégalité de fait ne constitue que le mobile de l'infraction. Si ce dernier peut influencer sur le *quantum* de la peine prononcée⁽³¹⁹⁾, il demeure indifférent à la constitution du délit⁽³²⁰⁾. Conscient que la position défendue s'expose à cette critique, certains soutiennent que la discrimination est une

rience importante porteuse de compétences particulières et riches ». Il ne s'agit pas cependant d'accorder au représentant élu un avantage en raison de cette qualité, mais de prendre en compte les compétences développées pendant la période de mandatement.

(316) F. Héas, *Discrimination et admission de différence de traitement entre salariés* : JCP S 2007, 1179 : « En rompant le principe d'égalité juridique, il s'agit alors de mettre en place une égalité concrète et de privilégier ces catégories par mesure de compensation (...). De telles pratiques ne seront pas qualifiées de discrimination et seront donc admises dans le cadre des relations de travail. De ce point de vue, la différence de traitement est totalement antinomique de la discrimination ».

(317) A. Cœuret, *Discriminations sur le lieu du travail* : CDE 2006, p. 65 et s., spéc. p. 67 : « Une discrimination positive peut éventuellement tomber sous le coup des textes répressifs dès lors que le juge se rallie à une conception purement objective du principe d'égalité, détachée de toute considération émanant d'un motif particulier. L'élément intentionnel de l'infraction fait alors débat. Est-il réellement caractérisé lorsque, loin de vouloir créer ou aggraver une situation discriminatoire, l'auteur de la mesure incriminée entend lutter contre celle-ci par la mise en place de priorités bénéficiant à une population plus exposée que la moyenne ? ».

(318) En ce sens, V. E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, Ellipses, 2008, n° 732 : « L'objectif est de punir toute rupture d'égalité reposant sur l'un des critères considérés comme affectant l'essence de l'homme ».

(319) Si le mobile est indifférent à la constitution de l'infraction, tel n'est pas le cas pour le prononcé de la peine. Les juges pourront tenir compte du mobile louable qui a animé l'auteur de la discrimination positive au moment de la détermination du *quantum* de la peine. En ce sens, V. Cass. crim., 13 mai 1992, n° 91-83.204 : « Les mobiles ne peuvent être retenus par les juges que pour l'application de la peine ».

(320) Sur l'indifférence du mobile, V. F. Desportes, F. Le Guehrec, *Droit pénal général*, Economica, 16^e éd. 2009, n°s 477 et 478 : « Le mobile, qui sont les raisons pour lesquelles l'infraction est commise n'est, en principe, pas pris en compte par le législateur pour définir l'infraction : on dit que le mobile est juridiquement indifférent ».

exception à l'indifférence du mobile⁽³²¹⁾. À défaut de consécration textuelle de cette prétendue dérogation, l'argument ne saurait emporter la conviction. La position défendue est en contradiction avec le principe d'égalité en vigueur dans l'ordre interne. Seule une disposition législative expresse aurait pu l'autoriser.

189. – Actions positives en dehors des critères discriminatoires. Hors les cas où la loi le prévoit expressément, les motifs discriminatoires ne peuvent être pris en compte pour justifier l'octroi d'une quelconque faveur. Ces motifs sont toutefois limitativement énumérés, et rien ne semble interdire à une entreprise de se fonder sur d'autres considérations pour octroyer des faveurs particulières. L'origine sociale ou culturelle pourrait ainsi justifier l'octroi de tels avantages.

190. – Permettant de contourner la prohibition des discriminations, la démarche demeure risquée. D'une part, pour satisfaire au principe d'égalité de traitement, le critère choisi doit être pertinent au regard de l'objectif visé et proportionné au but recherché. D'autre part, l'origine sociale ne se distingue pas toujours aisément de l'origine *stricto sensu* dont la prise en compte est prohibée par les articles 225-1 du Code pénal et L. 1132-1 du Code du travail.

191. – La place laissée à l'action positive à l'initiative de l'entreprise est restreinte ; sa détermination nécessite par ailleurs une étude approfondie de la notion de discrimination indirecte.

SECTION 2

LES FRONTIÈRES INDÉTERMINÉES

192. – Incertitudes. Selon certains⁽³²²⁾, la discrimination indirecte doit jouer un rôle grandissant dans la régulation des relations de travail ; à l'instar de la diversité et des actions positives, elle permettrait de lutter contre les discriminations systémiques. Appréhendé récemment par le droit interne⁽³²³⁾, le champ d'intervention de la discrimination indirecte n'est pas encore défini avec précision. Au gré de l'imagination des plaideurs et des avancées de la jurisprudence, cette notion incite à remettre en cause les situations qui semblaient acquises. La discrimination indirecte repousse les frontières du concept de discrimination.

193. – En dépit des propositions de certains⁽³²⁴⁾, il n'existe pas de définition de la discrimination commune au droit du travail et au droit pénal. Il en résulte « une

(321) En ce sens, V. A. Cerf-Hollender, *L'extension du champ pénal de lutte contre les discriminations*, in *Le champ pénal : Mélanges Ottenhof*, Dalloz, 2006, 366 et s., spéc. p. 373 : « [La lettre du texte d'incrimination] "en raison de" désigne sans aucun doute la cause de l'acte, et non son but. Il s'agirait donc d'un mobile, les discriminations devenant une nouvelle exception à la règle traditionnelle selon laquelle ce dernier est sans incidence en droit répressif ».

(322) En ce sens, V. A. Gardin et A.-L. Zabel, *Les discriminations raciales au travail* : RJS 2003, p. 87 et s., spéc. p. 92.

(323) La notion de discrimination indirecte a été introduite dans le Code du travail par l'article 1^{er} de la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations.

(324) Lors des débats parlementaires précédant l'adoption 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, certains souhaitaient l'adoption d'une définition unique de la discrimination pour toutes les branches du droit (en ce sens, V. la position des députés Billard et Pau-Langevin). Cette solution n'a pas été retenue, le gouvernement estimant notam-

disparité d'approche difficilement compréhensible⁽³²⁵⁾ » ; la répression de la discrimination est « éparpillée⁽³²⁶⁾ » entre le Code du travail⁽³²⁷⁾, le Code pénal⁽³²⁸⁾ et des textes spécifiques⁽³²⁹⁾. Les comportements réprimés par l'un ne le sont pas nécessairement par l'autre, traduisant un manque de cohérence de l'ensemble du système⁽³³⁰⁾. En bref, « l'infraction de discrimination devient de moins en moins lisible, avec des frontières de plus en plus difficiles à déterminer⁽³³¹⁾ ».

194. – L'extension incertaine de la discrimination par la découverte de la notion de discrimination indirecte (§ 1) et l'incertitude entourant la répression pénale des distinctions illicites (§ 2) participent aux doutes planant sur la notion de distinction illicite. Évanescentes, ses frontières le sont incontestablement.

§ 1. – La discrimination indirecte : une extension incertaine

195. – La notion de discrimination indirecte a été imposée dans l'ordre interne par le droit européen (A). Sa révélation casuistique nuit à son intelligibilité (B) et participe aux doutes entourant sa compatibilité avec le droit interne (C).

A. – Une notion imposée par le droit européen

196. – Découverte et imposée par les instances européennes, la discrimination indirecte n'est pas le fruit de l'évolution des concepts nationaux. La définition retenue, tant par le droit interne que par le droit européen, est source d'insécurité (1°). Elle mérite d'être affinée (2°).

1° Une définition source d'insécurité

197. – **Origine de la notion.** Issue d'une décision de la Cour suprême américaine⁽³³²⁾, la discrimination indirecte a été importée en Europe par la Cour de jus-

ment que la loi ne devait porter que sur les aspects civils de la discrimination et que la discrimination étant une notion « générale et transversale », elle n'avait pas à être codifiée. Cet argument ne nous semble pas pertinent. Pour renforcer ce caractère général et transversal, la même définition de la discrimination aurait pu être codifiée dans différentes branches du droit. Une telle définition unique, facilement accessible, aurait été un facteur de cohérence d'une lutte contre les discriminations qui se veut globale et qui mobilise différentes branches du droit.

(325) A. Cœuret, *Le droit pénal du travail à l'épreuve des discriminations*, in *Les droits et le Droit : Mél. Boulloc*, Dalloz, 2007, p. 207 et s., spéc. p. 221.

(326) A. Cœuret, *Le droit pénal du travail à l'épreuve des discriminations*, in *Les droits et le Droit : Mél. Boulloc*, Dalloz, 2007, p. 207 et s., spéc. p. 221.

(327) C. trav., art. L. 1132-1.

(328) C. pén., art. 225-1 pour les discriminations commises par des particuliers ; C. pén., art. 432-7 pour celles commises par un dépositaire de l'autorité publique ou chargé d'une mission de service public.

(329) Sur l'interdiction spécifique de la discrimination syndicale, V. C. trav., art. L. 2141-5 et s. Sur l'interdiction des discriminations à l'égard des femmes en matière de salaire, V. C. trav., art. L. 3221-1 et s.

(330) En ce sens, V. également A. Cerf-Hollender, *L'extension du champ pénal de lutte contre les discriminations*, in *Le champ pénal : Mél. Ottenhof*, Dalloz, 2006, p. 367 et s., spéc. p. 378 : « La prolifération rapide des textes, sans être pour autant anarchique, manque d'harmonie et de cohérence et suscite de nombreuses interrogations, qui restent sans justification suffisante ».

(331) E. Fortis, *Réprimer les discriminations depuis la loi du 27 mai 2008 : entre incertitudes et impossibilités* : *AJP* 2008, p. 303 et s., spéc. p. 309.

(332) Arrêt *Griggs c/ Duke Power Compagnie*, 401, U.S 424, 8 mars 1971. Dans cette décision, la Cour suprême dégage la notion de *disparate impact* lorsqu'une mesure prise par un employeur désavantage nettement les membres d'un groupe (femmes, minorités ethno-raciales) alors même que la pratique en cause ne peut être justifiée objectivement

tice des Communautés européennes⁽³³³⁾. Elle est l'application à la liberté de circulation des personnes de la notion de mesure d'effet équivalent⁽³³⁴⁾ consacrée pour les marchandises⁽³³⁵⁾. Complétant l'ouvrage, la Cour européenne des droits de l'Homme l'a également reconnue⁽³³⁶⁾ faisant ainsi entrer « le droit à la non-discrimination au sens de la Convention dans la modernité⁽³³⁷⁾ ».

198. – Dans l'ordre interne, sous l'impulsion d'une partie de la doctrine⁽³³⁸⁾, la chambre criminelle⁽³³⁹⁾ a été la première⁽³⁴⁰⁾ à l'évoquer⁽³⁴¹⁾ avant que la chambre sociale ne s'en empare⁽³⁴²⁾. Elle a ensuite été introduite dans le Code du travail en 2001⁽³⁴³⁾ sans y être définie. Pour remédier à cette lacune et répondre aux mises en demeure émanant de la Commission européenne⁽³⁴⁴⁾, la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 a défini la notion de discrimination indirecte (a). Celle-ci n'est pas exempte de critique (b).

a) Contenu de la définition

199. – **Effets de la mesure.** La discrimination indirecte est définie comme « une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, [pour l'un des motifs considérés comme illicite par loi], un désavantage par-

par un impératif économique. Si le plaignant apporte la preuve statistique du désavantage subi, une présomption de discrimination est établie. Il revient alors à l'employeur de justifier la pratique en cause et d'en démontrer la nécessité.

(333) CJCE, 12 févr. 1974, aff. C-152/73, *Sotgiu*. En son point 11, l'arrêt précise que « les règles d'égalité de traitement, issues tant du traité que de l'article 7 du règlement n° 1612/68, prohibent non seulement les discriminations ostensibles (...) mais encore toutes les formes dissimulées de discrimination, qui par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat ». La notion de discrimination indirecte n'était pas prévue par le droit communautaire originel. Elle trouve cependant son fondement dans l'effet utile des dispositions du traité.

(334) CJCE, 11 juill. 1974, aff. C-8-74, *Procureur du roi c/ Dassonville*.

(335) Sur les mesures d'effets équivalents pour les marchandises de nature à entraver les échanges intra-européens, V. C. Gavalda et G. Parléani, *Droit des affaires de l'Union européenne*, Litec, 5^e éd. 2006, n° 91 et s.

(336) CEDH, Gde ch., 13 nov. 2007, *D.H et a. c/ République tchèque*. La Cour a reconnu dans cette affaire l'existence d'une discrimination indirecte à l'encontre d'une minorité ethnique.

(337) F. Sudre, obs. in *JCP G* 2008, I, 110.

(338) M.-T. Lanquetin, *De la discrimination indirecte entre travailleurs masculins et féminins*, in *Le droit collectif du travail : Études en hommage à M^{me} le Professeur Hélène Sinay*, Peter Lang, 1994, p. 415 et s. : « La jurisprudence française semble insensible à l'application en ce domaine de la jurisprudence communautaire malgré la primauté de celle-ci... Le juge doit restituer aux faits leur exacte qualification. Encore faut-il qu'il utilise tout l'arsenal juridique dont il dispose. La notion de discrimination indirecte en fait partie et son utilisation constituerait à l'évidence un progrès vers l'égalité réelle ».

(339) Il est intéressant de relever cette initiative de la chambre criminelle, alors même que la discrimination indirecte n'est pas sanctionnée pénalement.

(340) Contrairement à ce que peuvent écrire certains (en ce sens, V. Y. Leroy, *L'égalité professionnelle, vers une approche générale et concrète* : *RJS* 2002, p. 887 et s., spéc. p. 893 : « Il a fallu attendre 1996 pour que le terme de discrimination indirecte apparaisse dans un arrêt de la Cour de cassation »), c'est bien la chambre criminelle qui a pour la première fois évoqué la notion de discrimination indirecte.

(341) Cass. crim., 10 janv. 1995, n° 94-82.490 : *Bull. crim.* 1995, n° 9 : « Qu'en effet, la règle fixant au dimanche le repos hebdomadaire a été prise dans le seul intérêt des travailleurs, hommes ou femmes, et constitue un avantage social ; que son application n'est, dès lors, pas de nature à entraîner une discrimination directe ou indirecte au détriment des uns ou des autres ».

(342) Cass. soc., 9 avr. 1996, n° 92-41.103 : *Bull. civ.* 1996, V, n° 146 ; *RJS* 1996, n° 550 : « Et attendu, ensuite, que la cour d'appel, qui a recherché dans quelle mesure cette disposition serait constitutive d'une discrimination, même indirecte, entre hommes et femmes, a exactement retenu que tel n'était pas le cas ».

(343) L. n° 2001-1066, 16 nov. 2001, relative à la lutte contre les discriminations.

(344) La Commission européenne a adressé en mars 2007 une mise en demeure au gouvernement français lui reprochant notamment une absence de définition précise de la notion de discrimination directe en droit français et de définition explicite de la discrimination indirecte, déplorant que la responsabilité d'interpréter cette notion conformément au droit européen soit laissée au pouvoir du juge national. Elle y voyait une atteinte à la sécurité juridique. Cette difficulté ne nous semble d'ailleurs pas totalement résolue : la définition actuelle de la discrimination indirecte laisse une grande place à l'interprétation du juge et la sécurité juridique ne nous semble pas davantage garantie par la définition retenue (*Semaine sociale Lamy* 2008, n° 1355, p. 2 et s.).

ticulier 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 ».

200. – La discrimination indirecte résulte de l'emploi d'un critère de distinction autre que ceux prohibés par l'article L. 1132-1 du Code du travail mais qui conduit à atteindre, en fait, un nombre proportionnellement plus important des membres d'un groupe protégé sans que la mesure en cause soit justifiée par un motif légitime et que les moyens employés soient nécessaires et appropriés. Elle n'est décelable que dans les effets de la mesure⁽³⁴⁵⁾, qui sont similaires à ceux d'une discrimination directe⁽³⁴⁶⁾.

b) Critique de la définition

201. – **Critique sur la forme.** Le législateur n'a pas souhaité codifier la définition de la discrimination indirecte. L'article L. 1132-1 du Code du travail se contente d'un renvoi à la loi du 27 mai 2008. Cette solution nous semble critiquable⁽³⁴⁷⁾. Elle ne permet pas d'accéder aisément à cette notion complexe et participe à l'éclatement des sources légales régissant la matière.

202. – **Critiques sur le fond.** Alors même que la France s'était opposée, au moment de son adoption, à la définition des discriminations indirectes arrêtée au niveau européen, la loi du 27 mai 2008 la reprend⁽³⁴⁸⁾. Dans le cadre des débats au sein de l'Union, le gouvernement français avait proposé de caractériser cette forme de distinction illicite lorsqu'« une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est, **par sa nature**, susceptible de produire un effet défavorable [à moins d'être objectivement justifié(e) par un objectif légitime et que les moyens ne soient appropriés et nécessaires⁽³⁴⁹⁾] ».

203. – Cette définition aurait évité une application casuistique de la notion en exigeant que la distinction posée soit en elle-même susceptible d'exclure indirectement certains comportements. Aux discriminations indirectes, un cadre précis au-

(345) P. Garrone, *La discrimination indirecte en droit communautaire : vers une théorie générale* : RTDE 1994, p. 425 et s., spéc. p. 426 : « C'est l'étude de la situation concrète qui permet de soupçonner l'existence d'une situation suspecte ».

(346) E. Dubout, *L'interdiction des discriminations indirectes par la Cour européenne des droits de l'Homme : rénovation ou révolution ?* : RTDH 2008, p. 821 et s., spéc. p. 824.

(347) Il ressort des travaux parlementaires que la définition n'a pas été codifiée car « le projet de loi est d'application immédiate, générale et transversale ». Ces arguments ne convainquent pas. La généralité et la transversalité de la notion auraient été préservées et renforcées si la même définition avait été reprise dans le Code du travail et dans le Code pénal.

(348) La directive n° 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique retient comme définition pour la discrimination indirecte : « Lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une race ou d'une origine ethnique donnée par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires » : la directive n° 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 relative à la mise en œuvre 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 définit la discrimination indirecte comme « un critère ou une pratique apparemment neutre qui désavantagerait particulièrement des personnes d'un sexe par rapport à des personnes de l'autre sexe, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour parvenir à ce but soient appropriés et nécessaires ».

(349) M.-T. Lanquetin, *Discriminations : la loi d'adaptation au droit communautaire du 27 mai 2008* : Dr. soc. 2008, p. 778 et s., spéc. p. 881.

rait été offert⁽³⁵⁰⁾. Elle aurait dispensé le juge d'une étude systématique des répercussions de la décision. Des listes de critères à risque auraient pu être dressées, limitant par la même occasion la marge d'appréciation des juges. Ainsi, la « sécurité » juridique de la prise de décision, conformément aux exigences de la Commission européenne, aurait été garantie. Ces remarques n'ont toutefois pas été retenues et des discriminations indirectes sont susceptibles de surgir à l'occasion de n'importe quelle décision de gestion de l'entreprise.

204. – L'identification en est dès lors peu aisée⁽³⁵¹⁾. Détachée de la volonté de son auteur⁽³⁵²⁾, se concentrant uniquement sur l'exclusion, la discrimination indirecte s'inscrit dans une démarche de promotion de l'égalité réelle et non simplement formelle⁽³⁵³⁾. Sa révélation impose une analyse concrète des conséquences de la distinction opérée. L'importance conférée aux effets de la mesure rend délicate toute tentative d'anticipation : l'entreprise n'est pas nécessairement en mesure de prévoir et contrôler l'ensemble des situations d'exclusion induites par sa décision.

205. – La définition adoptée laisse une grande marge d'appréciation au juge à qui il revient d'apprécier la légitimité du motif invoqué par l'employeur mais également la proportionnalité des effets induits par rapport à l'objectif recherché. Ce double contrôle est source d'insécurité.

206. – En outre, la discrimination indirecte, telle que définie par le législateur, permet la sanction d'une mesure aux effets hypothétiques. Si ce risque a été relevé et supprimé lors des débats parlementaires sur la définition de la discrimination directe⁽³⁵⁴⁾, il n'a pas été évoqué et demeure pour la discrimination indirecte. La suppression du terme « susceptible » de la loi du 27 mai 2008 aurait empêché toute dérive d'une notion déjà fuyante. Imprécise, la notion imposée mérite donc d'être affinée.

2° Une définition à affiner

207. – **Deux formes de discriminations indirectes.** Si l'arsenal législatif déployé contre les discriminations directes n'a pas permis une évolution en profondeur des mentalités, il aura au moins influé sur les manifestations extérieures du rejet. Il est

(350) *Ibid.*

(351) P. Rambaud, *L'égalité des sexes en droit social communautaire* : D. 1998, chron. p. 111 et s., spéc. p. 112 : « Le droit communautaire condamne les discriminations qui, se dissimulant derrière des règles et des pratiques formellement neutres, sont en fait générées par elles. Leur identification n'est pas aisée car elles ne peuvent être appréhendées que par leurs effets ».

(352) En ce sens, V. M.-T. Lanquetin, *Le principe de non-discrimination* : Dr. ouvrier 2001, p. 186 et s., spéc. p. 188 : « La conception objective est conforme à la conception civiliste de la discrimination alors que la recherche de l'intention renvoie aux débats sur les éléments constitutifs de l'infraction pénale de discrimination ».

(353) En ce sens, V. Y. Leroy, *L'égalité professionnelle, vers une approche générale et concrète* : RJS 2002, p. 887 et s., spéc. p. 893 : « La reconnaissance du concept d'égalité réelle est incontestable depuis que la notion de discrimination indirecte a été élaborée ». L'auteur relève également que la notion de discrimination indirecte permet de lutter contre « les discriminations non apparentes mais qui, dans les faits, défavorisent des catégories particulières de personnes et notamment de travailleurs ».

(354) M.-T. Lanquetin, *Vers une meilleure compréhension des exigences communautaires* : Semaine sociale Lamy 2008, n° 1355, p. 5 et s. : « Le Parlement n'a pas repris exactement les termes de la définition communautaire de la discrimination directe (...) Devant la commission mixte paritaire, il y a eu beaucoup de discussion sur la reprise du conditionnel. Il serait source d'insécurité juridique et pourrait donner lieu à des condamnations fondées sur des hypothèses invérifiables ». De semblables craintes peuvent s'élever pour la définition retenue des discriminations indirectes.

dorénavant rare de relever des comportements discriminatoires ostensibles⁽³⁵⁵⁾. Mais la volonté d'exclure pour des motifs illicites n'a pas disparu : elle se dissimule derrière des critères neutres⁽³⁵⁶⁾. La prohibition des discriminations indirectes permet de réprimer ces comportements⁽³⁵⁷⁾.

208. – Au sein de cette nouvelle catégorie de distinction réprimée, il conviendrait selon nous de distinguer⁽³⁵⁸⁾ les discriminations indirectes *stricto sensu* des discriminations « semi-directes ». Si les secondes visent les discriminations directes dissimulées⁽³⁵⁹⁾, les premières concernent les discriminations systémiques inconscientes.

209. – Les discriminations « semi-directes », bien que se fondant sur un critère de distinction neutre, attestent de la volonté de leur auteur d'exclure autrui pour un motif illégitime. L'intention coupable⁽³⁶⁰⁾ se dissimule derrière l'apparence de l'objectivité. Dès lors, leur régime juridique devrait être aligné sur celui des discriminations directes, et notamment engendrer une réponse pénale.

210. – Inversement, l'auteur d'une discrimination indirecte *stricto sensu* n'a aucunement l'intention d'exclure les membres d'un groupe déterminé. Le critère neutre de distinction qu'il met en œuvre ne conduit à ce résultat qu'en raison de caractéristiques systémiques de l'organisation de la société dans laquelle le décideur évolue. Involontaires et indépendantes de l'activité de l'entreprise, les discriminations indirectes *stricto sensu* devraient être sanctionnées moins sévèrement sur le plan civil que les discriminations « semi-directes »⁽³⁶¹⁾ et ne devraient pas engager la responsabilité pénale de leur auteur⁽³⁶²⁾.

211. – Selon nous, plus que la neutralité du critère de distinction, c'est l'intention de l'auteur qui distingue les discriminations indirectes des discriminations directes.

(355) Aujourd'hui, il est peu probable qu'un employeur écrive sur le certificat de travail d'un salarié « qu'il a donné pleinement satisfaction mais qu'il n'a pu être embauché en raison de sa nationalité marocaine » (Cass. crim., 14 oct. 1986, n° 85-96.369 : *Bull. crim.* 1986, n° 287).

(356) En ce sens, V. Cass. crim., 30 janv. 2009, n° 08-83.710 : *Bull. crim.* 2009, n° 19, où un employeur est condamné pour avoir subordonné une offre d'emploi à la présentation d'une carte d'électeur. L'intention discriminatoire est clairement établie ; mais elle s'exprime à travers un critère plus neutre que la nationalité du candidat.

(357) Avant la consécration des discriminations indirectes, certains auteurs réclamaient des méthodes pour contourner les critères en apparence neutres employés par certaines entreprises. En ce sens, V. M.-A. Péano, *L'intuitus personae dans le contrat de travail* : *Dr. soc.* 1995, p. 129 et s., spéc. p. 132 : « Sauf maladresse, il est rare que l'employeur se laisse aller à fonder directement une mesure défavorable sur un motif illicite de discrimination. Plus souvent, par habileté ou par prudence, il dissimulera la discrimination derrière des motifs plus admissibles d'éviction, laissant ainsi au salarié la lourde tâche de rapporter la preuve de l'attitude discriminatoire ».

(358) Ces deux types de discrimination demeurent indirects. Les discriminations « semi-directes » sont indirectes puisque le critère choisi n'est pas directement discriminatoire. Les discriminations indirectes *stricto sensu* sont également indirectes puisque leurs effets sont indirectement discriminatoires, l'effet premier recherché par l'auteur n'étant pas l'exclusion des membres d'un groupe déterminé.

(359) En ce sens, V. E. Dubout, *L'interdiction des discriminations indirectes par la Cour européenne des droits de l'Homme : rénovation ou révolution ?* : *RTDH* 2008, p. 821 et s., spéc. p. 825 : « La discrimination indirecte sanctionne-t-elle uniquement les discriminations dissimulées derrière une apparence de neutralité, ou condamne-t-elle plus largement les discriminations spontanées malgré leur neutralité apparente ?... Ne retenir que les discriminations dissimulées derrière une apparence de neutralité revient *in fine* à nier le concept même de la discrimination indirecte ».

(360) S. Detraz, *Discrimination indirecte à l'embauche fondée sur la nationalité* : *D.* 2009, p. 997 et s. Selon l'auteur, « la discrimination indirecte demeure pénalement répréhensible dès lors qu'elle entre dans les prévisions de l'article 225-1 du Code pénal. Le juge répressif doit rechercher le mobile véritable de l'acte discriminatoire et vérifier s'il correspond à l'un des dolus spéciaux que réprovoie le texte. Or, puisque par définition, le critère licite apparaissant dans la discrimination indirecte n'est qu'un prétexte, la juridiction a la possibilité de mettre au jour le critère réel ».

(361) Le dommage causé par une discrimination indirecte pourrait être réparé par l'octroi de dommages et intérêts, et non plus nécessairement par la nullité de la mesure en cause.

(362) Sur la répression pénale des discriminations indirectes et semi-directes, V. supra, n° 81 et s.

Cette démarcation fixe le champ d'intervention du droit pénal et passe outre les stratagèmes déployés par certains employeurs⁽³⁶³⁾ ; elle présente également l'avantage de réserver les modes de preuve spécifiques des discriminations indirectes à la lutte contre les exclusions systémiques.

B. – Une notion déstabilisée par la preuve

212. – **Preuve des discriminations indirectes.** La révélation d'une discrimination indirecte passe par l'analyse des effets de la distinction opérée ; elle demeure également indissociable de son absence de justification⁽³⁶⁴⁾.

213. – À cette démarche, l'aménagement de la charge de la preuve prévu par l'article L. 1134-1 du Code du travail⁽³⁶⁵⁾ offre traduction. Au salarié d'établir le désavantage particulier que subit un groupe protégé ; à l'employeur de démontrer que des éléments objectifs et pertinents l'ont amené à opter pour la mesure litigieuse en vue de promouvoir un intérêt supérieur. L'analyse d'une discrimination indirecte comporte deux étapes : celle de la démonstration (1°) et celle de la justification (2°)⁽³⁶⁶⁾.

1° La preuve par la démonstration

214. – En droit suisse, le nombre de personnes affectées par la mesure litigieuse détermine à lui seul la validité de la décision. Le principe d'égalité de traitement interdit à l'employeur de placer arbitrairement ou sans motif justifié certains travailleurs dans une situation moins favorable que la majorité des travailleurs se trouvant dans une situation comparable. En revanche, il ne s'oppose pas à ce qu'il favorise, de manière arbitraire ou sans motif objectivement justifié, certains travailleurs pour autant qu'ils soient nettement minoritaires⁽³⁶⁷⁾.

215. – En droit interne, le nombre de personnes affectées par la mesure permet de présumer l'existence d'une discrimination indirecte. Il incombe au demandeur d'établir que la mesure litigieuse est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour les membres d'un groupe protégé. Cette étape est décisive « puisqu'elle permet de déplacer la charge de la preuve⁽³⁶⁸⁾ » en établissant une présomption de discrimination. L'employeur devra la renverser en apportant des éléments objectifs justifiant sa décision.

(363) Dans les faits de l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt de la chambre criminelle du 30 janvier 2009 précité, l'enquête a relevé que l'auteur connaissait le caractère illicite du critère de la nationalité, mais qu'il avait tenté de le contourner par le critère « neutre » de la possession d'une carte d'électeur. En ce sens, V. S. Detraz, *Discrimination indirecte à l'embauche fondée sur la nationalité* : D. 2009, p. 997 et s.

(364) T. Passerone, *L'individualisation des rémunérations*, thèse Paris II, Panthéon-Assas, 2010, p. 23 : « La justification est ancrée dans la discrimination indirecte ».

(365) C. trav., art. L. 1134-1 : « 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 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. 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 ».

(366) Pour une définition des discriminations indirectes détachée de la notion de justification, V. E. Dubout, *L'interdiction des discriminations indirectes par la Cour européenne des droits de l'Homme : rénovation ou révolution ?* : RTDH 2008, p. 821 et s., spéc. p. 824.

(367) R. Wyler, *Droit du travail*, Stämpfli Éd. SA Berne, 2^e éd. 2008, p. 744.

(368) M.-T. Lanquetin, *La preuve de la discrimination : l'apport du droit communautaire* : Dr. soc. 1995, p. 435 et s., spéc. p. 436.

216. – Pour satisfaire à cette première étape probatoire, le salarié peut recourir à l'outil statistique : la preuve obtenue sera alors certaine (a). Sa démonstration peut également être facilitée en cas d'utilisation de critères de distinction suspects (b) : la preuve sera alors incertaine.

a) La preuve certaine

217. – **Condition de validité de la preuve statistique.** L'outil statistique est principalement employé par la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'Homme⁽³⁶⁹⁾. À notre connaissance, la Cour de cassation ne s'est pas encore prononcée sur ses conditions de mise en œuvre en droit interne.

218. – Lorsqu'elle y a recours, la Cour de justice procède à des comparaisons collectives et globales⁽³⁷⁰⁾ entre des groupes placés dans des situations comparables⁽³⁷¹⁾. Elle recherche si un « nombre considérablement plus grand⁽³⁷²⁾ » de membres du groupe protégé est atteint par la mesure litigieuse. La comparaison porte sur des proportions et non sur des valeurs absolues⁽³⁷³⁾. L'impact de la décision s'apprécie au niveau du groupe dans son ensemble⁽³⁷⁴⁾ ; il n'est donc pas nécessaire que tous ses membres pâtissent de la mesure incriminée⁽³⁷⁵⁾.

219. – Une marge d'appréciation est laissée au juge dans l'analyse des données. Bien qu'encadrée⁽³⁷⁶⁾, la latitude octroyée peut annihiler la précision exigée des statistiques⁽³⁷⁷⁾. La sécurité juridique s'en trouve atteinte ; l'imprécision

(369) CEDH, Gde ch., 13 nov. 2007, req. n° 57325/00, D.H et a. c/ République Tchèque : « Lorsqu'il s'agit d'évaluer l'incidence de mesures ou de pratiques sur un individu ou sur un groupe, les statistiques qui, après avoir été soumises à un examen critique de la Cour, paraissent fiables et significatives suffisent pour constituer le commencement de preuve à apporter par le requérant ».

(370) Il n'est pas pertinent de procéder à des comparaisons entre sous-groupes. En ce sens, V. Y. Leroy, *Les éléments d'appréciation de la discrimination indirecte en matière d'égalité entre hommes et femmes* : Dr. ouvrier 2001, p. 229 et s., spéc. p. 230 : « Les groupes de comparaison doivent être composés de tous les individus de même sexe qui sont dans une situation identique ou, au moins, équivalente ».

(371) CJCE, 31 mai 1995, aff. C-400/93, *Royal Copenhagen* : « Une comparaison doit, pour être pertinente, porter sur des groupes comprenant chacun la totalité des travailleurs qui, 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 ».

(372) CJCE, 13 mai 1986, aff. C-170-84, *Bilka* : « Un pourcentage considérablement plus faible de femmes que d'hommes travaillent à temps plein, l'exclusion des travailleurs à temps partiel du régime de pensions d'entreprise serait contraire à l'article 119 du traité ».

(373) CJCE, 9 févr. 1999, aff. C-167-97, *Seymour-Smith* : « La meilleure méthode de comparaison des statistiques consiste à comparer, d'une part, les proportions respectives de travailleurs qui remplissent et qui ne remplissent pas la condition [fixée par la règle litigieuse] au sein de la main-d'œuvre masculine et, d'autre part, les mêmes proportions au sein de la main-d'œuvre féminine. Il n'est pas suffisant de considérer le nombre de personnes affectées, étant donné que ce nombre dépend du nombre de travailleurs actifs dans l'ensemble de l'État membre ainsi que de la répartition de travailleurs masculins et de travailleurs féminins dans ledit État membre ». Cette méthode de comparaison n'est pas uniquement réservée aux discriminations indirectes entre hommes et femmes.

(374) Certains membres du groupe protégé peuvent bénéficier de la mesure incriminée.

(375) Si tous les membres du groupe protégé pâtissent de la mesure litigieuse, certains estiment qu'une discrimination directe serait caractérisée. En ce sens, V. P. Garrone, *La discrimination indirecte en droit communautaire : vers une théorie générale* : RTDE 1994, p. 425 et s., spéc. p. 426. Cette position nous semble soumise à débat. Un critère neutre conduisant à l'exclusion de l'ensemble des membres d'un groupe protégé n'est pas nécessairement constitutif d'une discrimination directe dès lors que l'intention de l'auteur de la mesure de les exclure n'est pas caractérisée. Une discrimination indirecte n'est d'ailleurs même pas nécessairement établie. Si le critère neutre employé est justifié et proportionné au but à accomplir, aucune forme de discrimination ne peut être retenue.

(376) Selon le Conseiller à la Cour de cassation Gosselin, « la différence entre les deux populations doit présenter un caractère très important », en ce sens, V. H. Gosselin, *À propos de la notion de discrimination indirecte* : RJS 2009, p. 533 et s., spéc. p. 534.

(377) M.-T. Lanquetin, *La preuve de la discrimination : l'apport du droit communautaire* : Dr. soc. 1995, p. 435 et s., spéc. p. 437 : « Sans être exhaustif, ce relevé de quelques formulations fait apparaître le caractère disparate des comparaisons ».

de la répression contribue à l'instabilité de la notion de discrimination indirecte.

220. – Double limite de la preuve statistique. La méthode statistique s'avère impuissante à révéler des discriminations indirectes lorsque la taille de l'entreprise interdit sa mise en œuvre. La nature de certains critères discriminatoires s'oppose également à leur traitement statistique.

221. – Pour être mathématiquement valable, la comparaison doit porter sur un nombre significativement élevé de salariés⁽³⁷⁸⁾ : *de facto* l'outil statistique réserve la recherche des discriminations indirectes aux entreprises de grande taille⁽³⁷⁹⁾. Or, systémiques, les discriminations indirectes résident dans l'organisation générale de la société sur laquelle, peu important sa taille, l'entreprise n'a pas d'influence.

222. – La limite imposée par les exigences mathématiques permet de transférer à ces structures importantes une charge financière⁽³⁸⁰⁾ qui ne leur incombe pas⁽³⁸¹⁾. Seules ces dernières semblent avoir les moyens économiques d'assumer cette forme de responsabilité sans faute. Cette obligation est déduite de leur capacité financière. Mais le fondement de l'opportunité ne peut satisfaire le juriste. Est appréhendée sous l'aspect d'une simple contrainte de gestion des entreprises importantes, une difficulté plus globale liée à l'organisation de la société. Cette restriction artificielle du champ des discriminations indirectes ne permet pas la mobilisation d'outils efficaces. L'effectivité de la lutte contre les exclusions systémiques s'en trouve atteinte puisqu'elle ne concerne pas l'ensemble des salariés.

223. – Restreinte par les conditions de validité mathématiques de la démonstration, la preuve statistique l'est également au regard des critères discriminatoires pouvant en faire l'objet. L'interdiction des statistiques ethniques interdit notamment la démonstration de discriminations indirectes à l'égard des minorités religieuses. Contrairement à l'opinion de certains⁽³⁸²⁾, la prohibition des discriminations indirectes ne permet pas de lutter contre les discriminations raciales au travail.

b) La preuve incertaine

224. – Critères à risque. La rigueur statistique n'est pas toujours exigée pour démontrer l'existence d'une discrimination indirecte puisqu'il suffit que la mesure liti-

(378) En ce sens, V. K. Berthou, *La preuve des discriminations à l'embauche en raison de l'origine. Réflexions à partir de l'arrêt de la cour d'appel de Toulouse du 19 février 2010* : RDT 2010, p. 635 et s., spéc. p. 637 : « Des statistiques portant sur un trop faible nombre ne sauraient être significatives. La taille de l'établissement peut être un obstacle à la construction des panels ».

(379) En ce sens, V. CJCE, 27 oct. 1993, aff. C-127/92, *Enderby*. Les comparaisons doivent porter sur un nombre suffisant d'individus et il revient « au juge national d'apprécier s'il peut prendre en compte ces données statistiques, c'est-à-dire si elles portent sur un nombre suffisant d'individus, si elles ne sont pas l'expression de phénomènes purement fortuits ou conjoncturels et si, d'une manière générale, elles apparaissent significatives ».

(380) Ces charges financières résultent des condamnations judiciaires, mais également de la mise en œuvre de dispositions d'organisation du travail exemptes de discriminations indirectes mais plus coûteuses.

(381) L'entreprise, qu'elle soit de petite ou de grande taille, n'est pas responsable du fait que la majorité des travailleurs à temps partiel sont des femmes, que les salariés plus âgés ont généralement plus d'ancienneté que les salariés plus jeunes, que les salariés malades soient moins présents dans l'entreprise que leurs collègues.

(382) A. Gardin et A.-L. Zabel, *Les discriminations raciales au travail* : RJS 2003, p. 87 et s. Les auteurs fondent leur démonstration sur les statistiques pour établir les discriminations indirectes à l'encontre de certaines minorités. Faute d'outils statistiques légaux en cette matière, l'objectif poursuivi nous semble impossible à atteindre.

gieuse soit « susceptible d'affecter⁽³⁸³⁾ » davantage un groupe. L'atteinte disproportionnée à un groupe spécialement protégé peut être présumée par l'utilisation de critères de distinction suspects. Toute différence fondée sur le temps de travail⁽³⁸⁴⁾ ou la force physique⁽³⁸⁵⁾ présente un risque de discrimination indirecte à l'encontre des femmes. Le critère de la disponibilité ou du temps de présence dans l'entreprise laisse supposer l'existence d'une discrimination en raison de l'état de santé⁽³⁸⁶⁾ ou des activités syndicales.

225. – La suspicion entourant ces critères distinctifs permet de déceler des discriminations indirectes même dans les entreprises de petite taille. Dès lors que le motif de la distinction peut affecter davantage les membres d'un groupe particulier, il n'est pas nécessaire que ce groupe soit fortement représenté dans l'entreprise pour établir ce type de distinction illicite. Même isolé, l'individu reste membre du groupe et doit bénéficier de la protection qui y est attachée.

226. – La chambre sociale a ainsi jugé constitutive d'une discrimination indirecte en raison de l'état de santé une disposition d'aménagement du temps de travail pénalisant les salariés absents pendant les périodes de haute activité⁽³⁸⁷⁾. Est également considéré comme une discrimination indirecte à l'égard des femmes le retard dans une promotion dû à l'absence de promotion pendant un congé maternité⁽³⁸⁸⁾. Inversement, l'utilisation du critère de l'ancienneté ne révèle pas nécessairement une discrimination indirecte en raison de l'âge ; le plafonnement des indemnités de licenciement en fonction de l'ancienneté n'est pas répréhensible⁽³⁸⁹⁾. Malgré cette décision, des doutes subsistent sur la validité de ce critère. Certains s'interrogent sur la compatibilité des dispositions prévoyant une majoration des indemnités en raison de l'ancienneté ou de leur plafonnement⁽³⁹⁰⁾.

(383) L. n° 2008-496, 27 mai 2008, portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, art. 1^{er}.

(384) CJCE, 31 mars 1981, aff. C-96/80, *Jenkins*. – V. également Cass. soc., 9 avr. 1996, n° 92-41.103 : *Bull. civ.* 1996, V, n° 146.

(385) CJCE, 1^{er} juill. 1986, aff. C-287/85, *Rummler*. Dans certains cas, la Cour de justice admet que la force physique soit un critère pertinent pour fonder une différence de rémunération. Une analyse casuistique des exigences du poste est nécessaire mais ce motif de distinction est nécessairement suspect. La chambre sociale adopte une position similaire. En ce sens, V. Cass. soc., 18 mars 1981, n° 79-41.547 : *Bull. civ.* 1981, V, n° 229. Selon la chambre sociale, la pénibilité invoquée se retrouve dans les faits. En ce sens, V. Cass. soc., 12 févr. 1997, n° 95-41.694 : *Bull. civ.* 1997, V, n° 58.

(386) Cass. soc., 9 janv. 2007, n° 05-43.962 : *Bull. civ.* 2007, V, n° 1.

(387) Cass. soc., 9 janv. 2007, n° 05-43.962 : *Bull. civ.* 2007, V, n° 1 : « Attendu cependant qu'il résulte des dispositions combinées des articles visés qu'un accord collectif ou une décision unilatérale de l'employeur ne peuvent retenir, afin de régulariser la rémunération, indépendante des heures réellement effectuées chaque mois, du salarié en fin d'année, la durée hebdomadaire moyenne de la modulation, comme mode de décompte des jours d'absence pour maladie pendant la période de haute activité, une telle modalité de calcul constituant, malgré son caractère apparemment neutre, une mesure discriminatoire indirecte en raison de l'état de santé du salarié ».

(388) Cass. soc., 28 oct. 2008, n° 07-41.856 : « [La salariée] avait subi un retard dans sa promotion au statut de cadre pour ne pas avoir eu la faculté de participer, comme les autres candidats en activité dans l'entreprise, aux entretiens institués à cet effet en raison de son absence due à un congé de maternité, a pu décider, sans encourir les griefs du moyen, qu'elle avait été l'objet d'une mesure discriminatoire ».

(389) Cass. soc., 30 avr. 2009, n° 07-43.945 : *Bull. civ.* 2009, V, n° 118 : « Qu'en statuant comme elle a fait, alors, d'une part, qu'elle avait relevé que les salariés ayant au moins douze ans d'ancienneté percevaient une indemnité de licenciement supérieure au montant légal, et, d'autre part, qu'il ne résultait pas de ses constatations que le plafonnement de l'indemnité de licenciement avait pour effet de désavantager les salariés du fait de leur âge, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

(390) K. Berthou, *Le plafonnement des indemnités de licenciement en fonction de l'ancienneté peut-il constituer une discrimination par l'âge ?* : RDT 2009, p. 519 et s., spéc. p. 522.

227. – La jurisprudence européenne reconnaît davantage de discriminations indirectes ; certaines solutions pourraient avoir un impact dans l'ordre interne. La Cour de justice estime qu'une disposition législative prévoyant une rétribution différente des heures supplémentaires pour les salariés à temps plein et à temps partiel peut constituer une discrimination indirecte à l'égard des femmes⁽³⁹¹⁾. Néanmoins, la définition des heures supplémentaires retenue dans l'ordre interne semble préserver les employeurs français de ce type de revendication⁽³⁹²⁾.

228. – Devant ces critères neutres mais suspects, la justification demandée à l'employeur prend tout son sens. Il lui incombe de démontrer la pertinence de la distinction qu'il effectue.

2° La preuve par l'absence de justification

229. – **Double contrôle.** Un déséquilibre statistique ou l'utilisation d'un critère suspect ne suffit pas à établir une discrimination indirecte : il contraint l'employeur à se justifier. Le juge s'assure, d'une part, de la légitimité de l'objectif poursuivi et, d'autre part, de la proportionnalité des moyens employés. La légitimité de l'argument invoqué écarte les discriminations semi-directes ; le contrôle de sa proportionnalité assure que l'atteinte portée au groupe protégé est conciliable avec l'intérêt supérieur poursuivi. Ce n'est qu'au terme de ce double contrôle que sont tolérés les effets induits par la mesure litigieuse.

230. – Malgré ces encadrements, la notion de discrimination indirecte suscite certaines craintes.

C. – Une notion contestée en droit interne

231. – Récente en droit français, la portée de la discrimination indirecte est encore incertaine. Mais la notion est elle-même source d'insécurité juridique (1°). Elle pourrait également être un facteur de rupture d'égalité (2°).

1° Une notion facteur d'insécurité juridique

232. – **Contrôle a posteriori.** La découverte récente de la notion de discrimination indirecte est source d'insécurité. Elle « revient à admettre que ce qui était alors considéré comme juste et neutre par une société peut en réalité être considéré comme discriminatoire au regard des seules données statistiques⁽³⁹³⁾ ». Les situations acquises sont remises en cause⁽³⁹⁴⁾. Paradoxalement, la prohibition des discriminations

(391) CJCE, 6 déc. 2007, aff. C-300/06, *Voss c/ Land Berlin*. Sur l'analyse de cette décision, V. G. Pignarre, *Rémunération des heures supplémentaires : constitue une discrimination indirecte la différence de traitement entre enseignant à temps partiel et enseignant à temps plein* : RDT 2008, p. 317 et s.

(392) Dans la législation allemande en cause, les heures supplémentaires n'étaient pas majorées du même taux entre les salariés à temps plein et les salariés à temps partiel ; les heures supplémentaires étaient définies comme toute heure accomplie au-delà de l'horaire habituel de travail.

(393) E. Dubout, *L'interdiction des discriminations indirectes par la Cour européenne des droits de l'Homme : rénovation ou révolution ?* : RTDH 2008, p. 821 et s., spéc. p. 828.

(394) Certaines discriminations indirectes peuvent se révéler dans des lieux insolites. En ce sens, V. J. Damon, *Les toilettes publiques : un endroit à mieux aménager* : Dr. soc. 2009, p. 103 et s., spéc. p. 107 : « Des universités nord-américaines ont imposé un standard de ratio deux pour un entre toilettes féminines et masculines. L'innovation a été introduite sous la pression des étudiantes et stimulée par la crainte de procès en discrimination sexuelle ». Les dispositions du Code du travail prévoyant « au moins un cabinet d'aisance et un urinoir pour vingt hommes et

indirectes peut constituer un frein à l'embauche de membres des minorités protégées ; leur intégration à la communauté de travail peut impliquer pour l'entreprise la remise en cause de normes considérées comme objectives et pertinentes. En outre, la bonne foi de l'auteur de la distinction ne saurait le faire échapper à sa condamnation.

233. – En se fondant uniquement sur les effets de la mesure, l'imprévision est consubstantielle à la notion de discrimination indirecte. L'exclusion résultant du critère de distinction choisi ne peut se déclarer qu'après l'édition de la mesure ; une pratique neutre à un instant ne le sera plus nécessairement au moment de son étude par le juge. Créateur d'insécurité juridique, ce décalage temporel est néfaste à l'esprit d'entreprise.

234. – Par ailleurs, la définition retenue permet de sanctionner des discriminations indirectes dans des entreprises où les groupes protégés ne sont pas représentés. La sanction de comportements hypothétiques est permise puisqu'une mesure « susceptible d'affecter⁽³⁹⁵⁾ » à l'avenir un membre d'un groupe protégé peut être annulée⁽³⁹⁶⁾. Si le législateur a soulevé puis éliminé ce risque en matière de discrimination directe⁽³⁹⁷⁾, il demeure cependant pour les discriminations indirectes.

235. – **Critiques économiques.** Pour certains économistes, la notion de discrimination indirecte pénaliserait davantage les employeurs qui ne commettent pas volontairement de distinction illicite. À l'inverse des entreprises auteurs de discriminations intentionnelles, celles-ci n'ont pas intégré, dans leur gestion, le coût des condamnations induites par ces comportements. Ces entreprises étant majoritaires, l'impact de la législation serait préjudiciable à l'échelle macro-économique. En outre, ils soulignent que seules des mesures exogènes au marché du travail, influant sur les caractéristiques des groupes discriminés, sont de nature à faire évoluer la situation imputée aux entreprises⁽³⁹⁸⁾. En l'état actuel du dispositif, pèse sur ces dernières un risque sur lequel elles n'ont aucun moyen d'action. Cette situation serait néfaste à l'initiative économique.

2° Une notion facteur de rupture d'égalité

236. – **Intérêt à agir.** Une discrimination à l'égard d'un groupe particulier peut-elle être soulevée par un salarié victime de la mesure mais n'appartenant pas à ce

deux cabinets pour vingt femmes » (C. trav., art. R. 4228-10) pourraient être contestées sur le fondement de la discrimination indirecte. Le respect de la législation par l'employeur ne lui garantit pas nécessairement une absence de condamnation.

(395) L. n° 2008-496, 27 mai 2008, portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, art. 1^{er}.

(396) En ce sens, V. Rapp. C. cass. 2008, *Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La Documentation française, 3^e partie, spéc. p. 106 : « Cette définition, conforme au texte communautaire, a été contestée (...) la formule "susceptible d'entraîner un désavantage particulier" étant jugée par certains trop extensive, source potentielle d'insécurité juridique et paraissant autoriser des procès d'intention ».

(397) M.-T. Lanquetin, *Vers une meilleure compréhension des exigences communautaires : Semaine sociale Lamy 2008*, n° 1355, p. 4 : « Devant la commission mixte paritaire, il y a eu beaucoup de discussions sur la reprise du conditionnel. Il serait source d'insécurité juridique et pourrait donner lieu à des condamnations fondées sur des hypothèses invérifiables. Les parlementaires ont donc refusé la comparaison hypothétique ».

(398) Les économistes distinguent « les pré-discriminations » *lato sensu*, les premières concernant les exclusions dont sont victimes les membres de certains groupes avant leur entrée sur le marché du travail. Certains estiment que la discrimination statistique au stade de l'emploi s'atténuera uniquement lorsque les différences imputables à la pré-discrimination diminueront. Un rapport de cause à effet direct lierait ces deux situations (en ce sens, V. R. Boumahdi, J.-M. Lattes et J.-M. Plassard, *Marché du travail et lutte contre la discrimination : une approche pluridisciplinaire : Dr. et société 2002/2*, n° 51-52, p. 487 et s., spéc. p. 496).

groupe ? Le salarié dispose « d'un intérêt légitime au succès de sa prétention⁽³⁹⁹⁾ » puisque « la violation du droit l'atteint dans ses intérêts propres et dans la mesure où le résultat de la mesure lui profitera personnellement⁽⁴⁰⁰⁾ ». Toutefois, en raison de sa vision « communautaire », le droit d'agir sur le fondement d'une discrimination indirecte ne peut, selon nous, être exercé que par un salarié appartenant à la communauté protégée lésée. Une forme d'action *sui generis* pourrait être décelée⁽⁴⁰¹⁾.

237. – Cette limitation n'aurait cependant pas d'impact puisque le salarié non membre du groupe protégé disposera, dans la majorité des cas, d'autres fondements pour voir reconnaître ses droits⁽⁴⁰²⁾ ; il ne bénéficiera cependant pas des aménagements probatoires prévus pour les discriminations indirectes⁽⁴⁰³⁾. De la solution retenue, les risques de dérives communautaires méritent d'être soulignés⁽⁴⁰⁴⁾.

238. – **Discrimination indirecte et communautarisme.** La révélation statistique des discriminations indirectes incite à la mise en place de quotas pour lutter contre la « sous-représentation » constatée. Cette solution ne nous semble pas opportune⁽⁴⁰⁵⁾. Tout comme la discrimination indirecte, les quotas se concentrent uniquement sur les effets de l'exclusion, non sur leurs causes. Ils ne permettent pas de lutter efficacement et durablement contre les exclusions systémiques⁽⁴⁰⁶⁾.

239. – Issue de systèmes juridiques favorisant le communautarisme⁽⁴⁰⁷⁾, la notion de discrimination indirecte ne vise pas à protéger la personne pour ce qu'elle est mais pour ce qu'elle représente : le membre d'un groupe spécifique⁽⁴⁰⁸⁾. Comme le précise un auteur, « l'égalité est alors conçue comme un droit collectif dont la violation est établie par la mesure de l'impact [de la décision] sur un groupe et non sur un individu⁽⁴⁰⁹⁾ ». Le groupe d'appartenance du salarié influence sur les décisions de l'entreprise⁽⁴¹⁰⁾ ; la reconnaissance et le traitement spécifiques

(399) CPC, art. 31.

(400) L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Litec, 6^e éd. 2009, n^{os} 352 et s., spéc. n^o 361.

(401) *Ibid.* spéc. n^o 365.

(402) Notamment sur le fondement du principe de l'égalité de traitement.

(403) Par ex., le salarié masculin disposant d'un contrat de travail à temps partiel pourra fonder sa demande sur les règles d'égalité de traitement entre salarié à temps partiel et à temps plein.

(404) Rapp. Sénat n^o 253, spéc. p. 8 : « [Les discriminations indirectes] pourraient conduire à des dérives communautaristes, en conduisant chacun à se percevoir davantage comme un membre d'un groupe discriminé que comme une personne singulière s'inscrivant dans une communauté nationale ».

(405) En ce sens, V. également E. Dubout, *L'interdiction des discriminations indirectes par la Cour européenne des droits de l'Homme : rénovation ou révolution ?* : RTDH 2008, p. 821 et s., spéc. p. 854 : « Il est clair que la discrimination indirecte peut aboutir à remettre en cause le fondement même des systèmes actuels de justice sociale fondés sur les mérites des individus... la quête d'égalité risque de se transformer alors en un égalitarisme destructeur ».

(406) Sur les effets d'exclusions engendrés par la mise en place de quota, V. *supra*, n^{os} 70 et s.

(407) Arrêt *Griggs c/ Duke Power Compagnie*, 401, U.S. 424, 8 mars 1971, préc.

(408) Tous les mobiles discriminatoires ne peuvent être assimilés à un groupe. En ce sens, V. comme le précise B. Grévy, *Égalité professionnelle : la norme et l'image* : Dr. soc. 2010, p. 135 et s., spéc. p. 139. « Les femmes ne sont pas une catégorie. Elles sont la moitié de l'humanité ». La consécration officielle de minorité incite à dégager les caractéristiques seyant d'un individu, au détriment des autres.

(409) D. Martin, *Discriminations, entraves et raisons impérieuses* : Cah. dr. eur. 1998, p. 261 et s., spéc. p. 308.

(410) C. Willmann, *Directive 2000/78/CE et prohibition de la discrimination par association* : Lexbase n^o N3745BH8 : « Alors que l'interdiction de la discrimination directe fonctionne comme un mécanisme d'inclusion (la possibilité étant exclue pour l'employeur de se laisser guider par certains motifs), l'interdiction de la discrimination indirecte fonctionne comme un mécanisme d'inclusion, en ce qu'elle oblige les employeurs à prendre en considération et à satisfaire les besoins d'individus présentant certaines caractéristiques ».

des groupes minoritaires sont encouragés. Consacré officiellement⁽⁴¹¹⁾, le groupe d'appartenance devient source de protection ; il incite au repli et à la culture de la différence. L'appartenance à une communauté permettrait de s'opposer à la norme générale et d'exiger un traitement spécifique. Pourtant, certaines dispositions en vigueur permettent de promouvoir l'égalité tout en préservant le cadre républicain⁽⁴¹²⁾.

240. – Alors même que la loi du 27 mai 2008 ne devait porter que sur des aspects techniques, la consécration de la discrimination indirecte traduit une évolution politique profonde. Des réserves ont d'ailleurs été émises lors des discussions parlementaires ayant précédé son adoption⁽⁴¹³⁾. La reconnaissance officielle des minorités peut entraîner une stigmatisation nuisible⁽⁴¹⁴⁾ à la cohésion de la société⁽⁴¹⁵⁾.

241. – À l'adaptation de la notion à la conception française de l'égalité a été préférée la transposition littérale des solutions européennes⁽⁴¹⁶⁾ ; par les définitions posées, une place au communautarisme est laissée. Comme le précise le professeur Radé, actuellement « le grief tiré d'une discrimination indirecte est souvent invoqué, mais presque jamais retenu⁽⁴¹⁷⁾ ». Le concept est dégagé, il ne demande plus qu'à se développer. La jurisprudence ne lui a pas encore accordé sa pleine portée : les réponses qu'elle apportera confirmeront ou dissiperont les craintes naissantes.

(411) *Contra* : Cons. const., déc. 9 mai 1991, n° 91-290 DC. Cette décision précise, dans son considérant 13, que « la France, ainsi que le proclame l'article 2 de la Constitution de 1958, une République indivisible, laïque, démocratique et sociale qui assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens, quelle que soit leur origine ; que dès lors la mention faite par le législateur du "peuple corse, composante du peuple français" est contraire à la Constitution, laquelle ne connaît que le peuple français, composé de tous les citoyens français sans distinction d'origine, de race ou de religion ».

(412) Les mesures préjudiciables aux salariés à temps partiel, donc indirectement aux femmes, peuvent être utilement contestées en se fondant sur le principe d'égalité entre salariés à temps plein et à temps partiel. Ce texte ne permet toutefois pas au demandeur de bénéficier de l'aménagement de la charge de la preuve propre à la discrimination. « L'attraction probatoire » de la notion incite les plaideurs à se prévaloir en priorité des règles de non-discrimination.

(413) En ce sens, V. Rapp. C. cass. 2008, *Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La Documentation française, 3^e partie, spéc. p. 105 : « Les débats parlementaires ont mis une nouvelle fois en lumière, notamment au Sénat, les difficultés résultant de la confrontation du modèle français d'égalité et du modèle communautaire de non-discrimination, très inspiré des pays anglo-saxons. La crainte s'est ainsi exprimée d'une dérive communautariste des rapports sociaux et professionnels, éloignée de la vision républicaine française ».

(414) Rapp. Sénat n° 253, 2008, p. 8 : « Au lieu de faire de l'égalité un principe commun de rassemblement, il l'a transformé en facteur de division, chacun étant par le droit renvoyé à ses caractéristiques privées... derrière cette question juridique se profile donc une interrogation de fond : dans le combat contre les discriminations, veut-on inciter au repli sur soi, à l'excitation des identités particulières ou veut-on faire valoir des valeurs ou des vecteurs communs ? (...) La conception de la lutte contre les discriminations, véhiculée par le projet de loi et très inspirée des pays anglo-saxons, pourrait conduire à des dérives communautaristes, en conduisant chacun à se percevoir davantage comme un membre d'un groupe discriminé que comme une personne singulière s'inscrivant dans une communauté nationale ».

(415) En ce sens, V. H. Morrison : « Il ne serait pas de bonne politique d'isoler un groupe particulier et de lui accorder un traitement préférentiel et une protection particulière. Nous devons maintenir le principe selon lequel notre droit n'a pas à tenir compte de la qualité des individus », cité par A. Lester, *La législation anglaise contre la discrimination* : *Dr. soc.* 1987, p. 791 et s.

(416) Lors des débats parlementaires au Sénat précédant l'adoption de la loi, le gouvernement, par l'intermédiaire de M^{me} Letard, secrétaire d'État, s'est justifié en précisant que « le gouvernement n'a pas choisi de faire de ce projet de loi de transposition un instrument d'approfondissement ou de réorientation de la politique de lutte contre les discriminations en France ». Force est cependant de constater que l'introduction de la définition de la discrimination indirecte a profondément modifié cette politique. La discrimination autrefois conçue comme pratique objective universaliste dérive vers une conception subjective communautariste.

(417) C. Radé, *Nouvelles précisions sur les critères de la discrimination indirecte pour cause de maternité et de discrimination directe pour cause d'activités syndicales* : *Lexbase Hebdo* 2008, n° 326 (Lexbase n° A0686EBZ).

§ 2. – La sanction pénale : une répression imprécise

242. – **Historique de la répression.** Le droit français des discriminations est fortement marqué par ses origines pénales⁽⁴¹⁸⁾ : cette branche du droit a été la première mobilisée pour répondre aux phénomènes d'exclusion⁽⁴¹⁹⁾. Plusieurs dispositions spécifiques ont été adoptées : le décret-loi « Marchandeu » du 21 avril 1939 a prohibé les discriminations racistes par voie de presse⁽⁴²⁰⁾. Dans le domaine des relations de travail, une loi de 1941 sanctionnait pénalement les ruptures de contrats motivées par l'état de grossesse d'une salariée⁽⁴²¹⁾. À ces interventions éparses, le législateur a ensuite préféré des normes globales. Suite à la ratification⁽⁴²²⁾ par la France de son adhésion à la Convention internationale sur l'élimination de toutes formes de discriminations raciales⁽⁴²³⁾, ces dernières ont été réprimées pour elles-mêmes par une loi du 1^{er} juillet 1972⁽⁴²⁴⁾. Malgré son caractère novateur, les commentateurs de la loi ont rapidement été conscients des limites du droit pénal en matière de lutte contre les discriminations⁽⁴²⁵⁾.

243. – La loi du 27 mai 2008 ne devant pas concerner le domaine pénal, elle n'a apporté que des aménagements incomplets au dispositif répressif⁽⁴²⁶⁾. L'actuelle rédaction de l'article 225-1⁽⁴²⁷⁾ du Code pénal est principalement⁽⁴²⁸⁾ issue de la loi du 16 novembre 2001⁽⁴²⁹⁾.

(418) Rapp. C. cass. 2008, *Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La Documentation française, 3^e partie, spéc. p. 104.

(419) L'accord de Matignon du 7 avril 1936 prohibe les discriminations syndicales mais il ne constitue pas du droit positif. Son article 3 prévoit que : « Les employeurs s'engagent à ne pas prendre en considération le fait d'appartenir ou de ne pas appartenir à un syndicat pour arrêter leurs décisions en ce qui concerne l'embauchage, la conduite ou la répartition du travail, les mesures de discipline ou de congédiement ».

(420) Le décret du 21 avril 1939, traditionnellement appelé « Loi Marchandeu » du nom du garde des Sceaux de l'époque, a modifié les articles 32, 33 et 48 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse pour proscrire les discriminations racistes.

(421) M. Hardouin, *Grossesse et liberté de la femme : Dr. soc.* 1977, p. 287 et s., spéc. p. 293 : « La loi du 2 septembre 1941 sanctionnait pénalement l'employeur qui rompait un contrat de travail à l'occasion d'une grossesse ou d'un accouchement. Mais faute de plaintes, ce texte n'était pas souvent appliqué ».

(422) L. n° 71-392, 28 mai 1971, autorisant l'adhésion à la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale.

(423) Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale ouverte à la signature à New-York le 7 mars 1966.

(424) L. n° 72-546, 1^{er} juill. 1972, relative à la lutte contre le racisme. Cette loi a été adoptée à l'unanimité dans les deux chambres.

(425) J. Foulon-Piganiol, *La lutte contre le racisme (Commentaire de la loi du 1^{er} juillet 1972)* : D. 1972, chron. p. 261 et s., spéc. p. 262 : « Il ne saurait être question bien sûr de s'imaginer que le simple vote du texte va, comme par un coup de baguette magique, faire disparaître d'emblée un racisme dont l'actualité continue à nous livrer les manifestations ».

(426) Les directives transposées par cette loi ont exclu le droit pénal ; toutefois, à l'occasion de cette transposition, les dispositions du Code pénal auraient pu être harmonisées avec celles du Code du travail. L'article 7 de la loi du 27 mai 2008 n'a introduit dans le Code pénal que le fait justificatif de l'exigence professionnelle essentielle et déterminante en matière d'embauche. Cette justification est pourtant admise par le Code du travail pour l'intégralité de la relation contractuelle.

(427) C. pén., art. 225-1 : « 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 sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée.

Constitue également une discrimination toute distinction opérée entre les personnes morales à raison de l'origine, du sexe, de la situation de famille, de l'apparence physique, du patronyme, de l'état de santé, du handicap, des caractéristiques génétiques, des mœurs, de l'orientation sexuelle, de l'âge, des opinions politiques, des activités syndicales, de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée des membres ou de certains membres de ces personnes morales ».

(428) La prohibition des discriminations fondées sur les caractéristiques génétiques a été insérée par l'article 4 de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

(429) L. n° 2001-1066, 16 nov. 2001, relative à la lutte contre les discriminations.

244. – **Circonstances aggravantes d'infractions de droit commun.** Érigés en circonstances aggravantes d'autres infractions, certains motifs discriminatoires pénétreront les relations de travail lorsqu'elles seront le théâtre d'une infraction de droit commun. L'article 132-76 du Code pénal, issu de la loi du 9 mars 2004⁽⁴³⁰⁾, précise que, dans certaines circonstances, les peines encourues pour un crime ou un délit sont aggravées s'ils sont commis à raison de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, de la victime à une ethnie, une nation ou une religion⁽⁴³¹⁾. L'article 132-77⁽⁴³²⁾ du même code prévoit une aggravation identique lorsque l'infraction a été commise en raison de l'orientation sexuelle⁽⁴³³⁾ de la victime. Seuls sont érigés en circonstances aggravantes les motifs constituant l'essence historique des discriminations : le choix législatif opéré conforte la hiérarchisation à effectuer parmi les critères de distinction illicites⁽⁴³⁴⁾. Néanmoins, certains estiment que cette liste sera complétée pour comprendre l'ensemble des motifs illicites⁽⁴³⁵⁾.

245. – Si elles traduisent l'importance accordée par le législateur à la lutte contre les discriminations, ces circonstances aggravantes s'avèrent délicates à établir⁽⁴³⁶⁾. Le texte d'incrimination prévoit que l'infraction soit « précédée, accompagnée ou suivie de propos, écrits, utilisation d'images ou d'acte de toute nature portant atteinte à l'honneur ou à la considération de la victime ou d'un groupe de personnes dont fait partie la victime ». La seule motivation discriminatoire ne suffit pas à aggraver la peine. En rendant la circonstance aggravante « objectivement constatable⁽⁴³⁷⁾ », ces précisions évitent les procès d'intention.

246. – Pourtant, le professeur Rassat estime que cette complication ne se justifiait pas. La circonstance aggravante aurait dû être constituée dès lors qu'aurait été établie, par tous moyens, la prise en compte d'un motif discriminatoire lors de la commission de l'infraction⁽⁴³⁸⁾.

(430) L. n° 2004-204, 9 mars 2004, portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, art. 38.

(431) Ces dispositions portent atteinte au principe d'indifférence des mobiles en droit pénal.

(432) L. n° 2003-239, 18 mars 2003, pour la sécurité intérieure, art. 47.

(433) Sur la critique du terme orientation sexuelle, V. M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial : infractions des et contre les particuliers*, Dalloz, 5^e éd. 2006, n° 57 : « Par orientation sexuelle, le législateur a voulu viser et ne viser que l'homosexualité. Pour ne pas avoir voulu le dire, on risque de se trouver en grande difficulté. L'orientation sexuelle vise, au sens exact du terme, tout ce qui est préférence sexuelle de l'individu ». L'utilisation d'un langage conformiste peut s'avérer incompatible avec la rigueur gouvernant à l'interprétation stricte de la loi pénale.

(434) L'important critère discriminatoire du sexe n'est pas élevé au rang de circonstances aggravantes, à l'inverse de la solution retenue par le droit espagnol (J.-L. de la Cuesta, *Les femmes en droit pénal espagnol : passé, présent, perspectives*, in *Le champ pénal : Mél. Ottenhof*, Dalloz, 2006, p. 409 et s., spéc. p. 412 : « L'article 22, 4^e du nouveau Code pénal espagnol définit comme circonstances aggravante, pour toutes sortes d'infraction, leur commission pour un motif discriminatoire lié au sexe de la victime »).

(435) M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial : infractions des et contre les particuliers*, Dalloz, 5^e éd. 2006, n° 57. Cet auteur estime qu'il aurait été plus simple de créer une circonstance aggravante de discrimination tenant au fait que la victime a été choisie en raison de ses caractéristiques personnelles liées à l'ensemble des motifs discriminatoires.

(436) En ce sens, V. J.-F. Seuic, *Circonstances aggravantes liées à la raison de la commission de certaines infractions : art. 132-76, C. pén. : Rev. sc. crim.* 2003, p. 367 et s. : « Intervenant dans un domaine socialement et politiquement sensible, il a une forte valeur symbolique (...) L'innovation reste limitée dans sa portée car cette circonstance aggravante demeure soumise au principe de spécialité ».

(437) A. Cerf-Hollender, *L'extension du champ pénal de lutte contre les discriminations*, in *Le champ pénal : Mél. en l'honneur du professeur R. Ottenhof*, Dalloz, 2006, p. 367 et s., spéc. p. 378.

(438) M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial : infractions des et contre les particuliers*, Dalloz, 5^e éd. 2006, n° 57 : « L'infraction principale ne peut être aggravée que si elle est commise en concours réel avec une injure elle-même basée sur un motif discriminatoire (...) s'il est vrai que l'intention discriminatoire du for interne est difficile à prouver, et si les éléments

247. – Nécessité de l'intervention pénale. Les discriminations ne sont pas limitées aux relations de travail⁽⁴³⁹⁾. L'intervention pénale confère la cohérence nécessaire au dispositif puisqu'elle fige des critères de distinction prohibés et protège ainsi « l'homme essentiel⁽⁴⁴⁰⁾ » dans tous les aspects de sa vie sociale. Celle-ci s'obtient au prix d'un éparpillement des dispositions régissant les relations de travail.

248. – Pourtant, certains doutent de l'intérêt de la mobilisation du droit pénal dans cette matière⁽⁴⁴¹⁾, où la répression est souvent plus symbolique qu'efficace⁽⁴⁴²⁾. Néanmoins, pour protéger la dignité humaine, souligner la gravité des comportements discriminatoires et prévenir leur renouvellement⁽⁴⁴³⁾, le symbole pénal remplit une fonction essentielle subsidiaire et complémentaire des dispositifs propres au droit du travail⁽⁴⁴⁴⁾. Comme le précise le professeur Morvan, le droit pénal offre « un instrument dissuasif d'affrontement social⁽⁴⁴⁵⁾ ».

249. – À cette fonction correspondent des spécificités (A) ; ces particularités ne doivent cependant pas obscurcir le système dans son ensemble. La confrontation des dispositions du Code pénal et du Code du travail révèle pourtant certaines incohérences (B).

A. – Les spécificités de la répression

250. – Les discriminations font entrer en concours le Code du travail et le Code pénal (1°). Il en résulte certaines incohérences. Par ailleurs, l'infraction de discrimination peut entrer en concours avec d'autres délits (2°).

objectifs requis par le texte sont évidemment nécessaires, on ne voit pas pourquoi il était utile d'exiger qu'ils s'inscrivent en plus dans le cadre d'une injure ».

(439) Accès au logement, aux loisirs, à certains services.

(440) Rapp. C. cass. 2008, *Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La Documentation française, 3^e partie, p. 83 et s., spéc. p. 84.

(441) T. Sagardoytho, *Le droit pénal de la discrimination, un droit à construire* : *AJP* 2008, p. 313 et s., spéc. p. 314 : « Les signalements statistiques sont rares, les poursuites et les condamnations pénales sont faibles (...) les juridictions pénales sont suspectées de refuser de s'investir dans ce domaine ».

(442) Les condamnations à de la prison ferme sont extrêmement rares. *Contra* : Cass. crim., 6 févr. 2007, n° 06-82.601 : *Bull. crim.* 2007, n° 29, où un employeur a été condamné à trois mois de prison ferme pour discrimination syndicale. La cour d'appel a relevé que « l'employeur a fait montre d'une aversion quasiment pathologique envers les institutions représentatives du personnel » (sur cette décision, V. *RPDS* 2007, p. 349 et s.).

(443) Sur la fonction de la peine, V. notamment F. Desportes et F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, Economica, 16^e éd. 2009, n° 63 : « Intimidatrice, la peine doit à la fois dissuader le condamné de récidiver (intimidation individuelle) et décourager d'éventuels candidats à la délinquance (intimidation collective) ». En matière de discrimination dans les relations de travail et eu égard aux peines prononcées, cette fonction d'intimidation est selon nous davantage remplie par la publicité du contentieux nuisible à l'image de la société que par la peine elle-même.

(444) P. Guerdier, *La poursuite et la répression pénales des discriminations en droit du travail* : *Dr. soc.* 1995, p. 447 et s., spéc. p. 453 : « La répression pénale procède, en matière de discrimination, comme ailleurs, d'un échec. Il vaut mieux prévenir que punir, apaiser les conflits que les envenimer. [Toutefois], la sanction pénale peut contribuer à améliorer le climat social dans l'entreprise ».

(445) P. Morvan, *Le droit pénal des institutions représentatives du personnel* : *Dr. soc.* 2000, p. 987 et s. : « Le droit pénal procure alors [aux institutions représentatives du personnel] une arme redoutable dans un conflit du travail : la perspective du procès pénal qui, plus que les modestes peines infligées à son terme, offre un instrument dissuasif d'affrontement social ». En ce sens, V. également, R. Spire, *Agir contre la discrimination syndicale au travail : le droit en pratique* : *Dr. ouvrier* 2006, p. 171 et s., spéc. p. 207 : « L'action pénale a une véritable fonction dissuasive, elle effraie les dirigeants et peut permettre un déblocage, elle peut provoquer le déclenchement d'une négociation avec l'employeur qui ne souhaite pas être stigmatisé comme un délinquant ».

1° Le concours des codes

251. – Le champ de l'intervention du droit pénal est restreint quant aux actes (a) et aux formes de discriminations répréhensibles (b).

a) Les actes répréhensibles

252. – Le droit pénal ne réprime que les manquements les plus patents aux règles de non-discrimination : il⁽⁴⁴⁶⁾ vise moins de situations que le Code du travail⁽⁴⁴⁷⁾. Le professeur Cœuret estime que les comportements réprimés « sont très réducteurs par rapport à ce que peut inclure la gestion des ressources humaines dans la vie d'une entreprise⁽⁴⁴⁸⁾ ». En s'affranchissant du principe d'interprétation stricte de la loi pénale, le juge a dépassé ce constat. Il a étendu le champ d'intervention de la répression à des cas non prévus par le législateur⁽⁴⁴⁹⁾. Il a entendu largement la notion de « sanction » visée par le Code pénal : la jurisprudence permet son application en matière de rémunération alors que les dispositions du Code du travail semblaient mieux adaptées⁽⁴⁵⁰⁾. Si cette solution concourt à l'effectivité de la répression⁽⁴⁵¹⁾, elle contribue à entretenir la confusion entre les domaines respectifs d'intervention du droit pénal et du droit du travail. Dès lors, et plus que dans les comportements sanctionnés, la frontière de l'intervention du droit pénal doit être recherchée dans l'intention de l'auteur.

253. – **Discrimination au sens pénal et discrimination au sens civil.** Les comportements discriminatoires sanctionnés civilement sont-ils nécessairement constitutifs du délit réprimé par les articles 225-1 et suivants du Code pénal ? Avant l'intervention législative du 27 mai 2008, la chambre criminelle avait répondu par l'affirmative. Elle estimait qu'une partie ayant exercé son action en discrimination devant la juridiction civile compétente ne pouvait la porter devant la juridiction répressive, les deux actions ayant le même objet⁽⁴⁵²⁾.

(446) L'article 225-2, 3°, sanctionne le refus d'embauche, la sanction ou le licenciement pour un motif discriminatoire. Le 5° de cet article réprime la subordination d'une offre d'emploi à une cause illicite.

(447) L'article L. 1132-1 du Code du travail réprime l'exclusion d'une procédure de recrutement, l'accès à un stage ou à une période de formation, la sanction, le licenciement fondés sur une discrimination.

(448) A. Cœuret, *Le droit pénal du travail à l'épreuve des discriminations*, in *Les droit et le Droit : Mél. Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 207 et s., spéc. p. 217.

(449) Sur l'extension de la notion de refus d'embauche au refus de conclure un contrat de mise à disposition, V. Cass. crim., 2 sept. 2003, n° 02-86.048 : *Bull. crim.* 2003, n° 148. Cette position heurte le principe d'interprétation stricte de la loi pénale.

(450) Cass. crim., 28 avr. 2009, n° 07-82.901 : « Si elle est infondée, la décision de l'employeur affectant la carrière ou la rémunération d'un salarié peut revêtir le caractère d'une sanction, au sens de l'article 225-2, 3° du Code pénal ».

(451) J.-F. Cesaro, *Répression de la discrimination : le Code pénal l'emporte* : JCP S 2009, 1534. L'extension de la notion de sanction au sens du droit pénal conduit également à un concours de qualifications avec les dispositions du Code du travail.

(452) Cass. crim., 3 avr. 2007, n° 06-86.748 : *Bull. crim.* 2007, n° 99. L'identité de cause, d'objet et de parties des actions portées devant la juridiction civile et la juridiction répressive, exigée pour l'application des dispositions de l'article 5 du Code de procédure pénale, est établie dans le cas où un salarié cite devant le tribunal correctionnel le dirigeant de la société qui l'emploie afin d'obtenir la réparation du dommage résultant pour lui de délits d'entrave, de discrimination syndicale et de harcèlement moral, après avoir, pour les mêmes faits, assigné à des fins indemnitaires ladite société devant le conseil de prud'hommes. *Contra*, P. Morvan, *Le droit pénal des institutions représentatives du personnel* : *Dr. soc.* 2000, p. 987 et s., spéc. p. 1004 : « Le délit de discrimination du Code du travail et le délit de discrimination du Code pénal peuvent être concurremment retenus à l'encontre d'un employeur dans la mesure où le second protège d'une manière générale la dignité de la personne (selon l'intitulé du chapitre où figure ce texte) et non seulement la représentation collective des intérêts du personnel ».

254. – Dorénavant, la coexistence de définitions propres à chaque matière permet de douter du maintien de cette solution. Le texte répressif exige qu'une « distinction soit opérée » à raison d'un critère illicite alors que la loi du 27 mai 2008 se contente « d'un traitement moins favorable » infligé pour un motif illégitime. Il pourrait être soutenu que ressort de cette différence terminologique une distinction entre les comportements réprimés. La discrimination au sens pénal traduirait chez son auteur une volonté délibérée et préméditée d'exclure les membres d'un groupe protégé. Tout en étant également intentionnelle, la discrimination au sens civil n'exigerait pas cette réflexion en amont de l'acte. Les distinctions illicites au sens pénal et au sens du droit du travail seraient deux cercles concentriques, le rayon du second étant plus grand que celui du premier⁽⁴⁵³⁾. Dès lors, un employeur relaxé par une juridiction pénale pourrait être sanctionné par une juridiction civile. *A contrario*, en raison d'une définition commune au droit pénal et au droit du travail, un employeur relaxé pour des faits de harcèlement ne peut être l'objet de poursuites civiles⁽⁴⁵⁴⁾. Ainsi, même pour les discriminations directes, le droit pénal retrouverait sa place naturelle : sanctionner uniquement les atteintes les plus graves.

b) La forme des discriminations répréhensibles

255. – **Intention de l'auteur.** La discrimination sanctionnée pénalement est nécessairement intentionnelle puisque l'article 225-3 du Code pénal vise les « distinctions opérées » en raison d'un critère illicite. Pour que le délit soit constitué, la majorité des auteurs estiment que la volonté ségrégationniste de l'agent doit être établie⁽⁴⁵⁵⁾. Par ailleurs, le Code pénal ne réprime pas les situations de discriminations indirectes⁽⁴⁵⁶⁾ puisque ce domaine est exclu du champ d'application de la loi du 27 mai 2008.

256. – Ces interprétations doivent toutefois être nuancées. Faute d'intention d'exclusion, les discriminations indirectes *stricto sensu* ne peuvent donner lieu à des poursuites pénales. Mais l'élément moral de l'infraction peut toutefois être caractérisé dans l'hypothèse d'une discrimination *semi-directe* ; le délit sera alors constitué⁽⁴⁵⁷⁾. Cette solution est conforme à la lettre du texte d'incrimination qui n'exige

(453) B. Bouloc, *Droit pénal général*, Dalloz, 21^e éd. 2009, n° 30 : « On dit parfois que la morale est plus exigeante que le droit pénal et que leur cercle d'application a le même centre, celui de la morale ayant un plus grand rayon ».

(454) Cass. soc., 3 nov. 2005, n° 03-46.839 : *Bull. civ.* 2005, V, n° 307. Le pourvoi rejeté par la chambre sociale estimait que « la qualification correspondant au délit pénalement sanctionné étant différente du comportement fautif de harcèlement sexuel dans des relations de travail et l'appréciation du juge prud'homal étant nécessairement différente de celle du juge pénal ».

(455) J. Pradel et M. Danti-Juan, *Droit pénal spécial : Droit commun, droit des affaires*, Cujas, 4^e éd. 2007, n° 383 : « L'agent qui commet une discrimination doit donc être animé par un état d'esprit hostile à une race, une ethnie, une nationalité ou une religion ». V. également E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, Ellipses, 2008, n° 732 : « Le Code pénal incrimine un comportement intentionnel. Le prévenu doit avoir sciemment agi de façon discriminatoire ».

(456) A. Cœuret et E. Fortis, *Droit pénal du travail*, Litec, 4^e éd. 2008, n° 658 : « La loi du 27 mai 2008 n'opère aucun renvoi à l'article 225-1 du Code pénal des définitions des discriminations directes et indirectes comme elle le fait pour l'article L. 1132-1 du Code du travail (...) conformément au principe de la légalité des délits et des peines, il est impossible d'utiliser une disposition non expressément prévue par le texte incriminateur. On en conclut que la discrimination indirecte est difficilement applicable en matière pénale ».

(457) En ce sens, V. S. Detraz, *Discrimination indirecte à l'embauche fondée sur la nationalité* : D. 2009, p. 997 et s., spéc. p. 998 : « La discrimination indirecte demeure pénalement répréhensible dès lors qu'elle entre dans les prévisions de l'article 225-1 du Code pénal. Le juge répressif doit en effet rechercher le mobile véritable de l'acte discriminatoire et vérifier s'il correspond à l'un des dols spéciaux que le texte mentionne ». Nous n'adhérons pas à la position de l'auteur lorsqu'il précise que « par définition, le critère licite apparaissant dans la discrimination indirecte n'est qu'un pré-

pas que le critère discriminatoire soit affiché mais uniquement que les distinctions opérées l'aient été pour un motif illégitime. Le juge doit fonder sa décision sur les intentions véritables de l'auteur de la distinction ; il est tenu d'écarter le critère apparemment neutre affiché pour mettre en exergue l'intention ségrégationniste de l'agent. La jurisprudence conforte cette position puisqu'elle sanctionne pénalement les distinctions fondées sur un critère objectif révélant une intention discriminatoire⁽⁴⁵⁸⁾. La frontière du champ pénal est précisée : à la neutralité du critère doit être préférée l'intention de l'auteur.

257. – Présomption d'innocence et aménagement de la charge de la preuve. L'article 4 de la loi du 27 mai 2008⁽⁴⁵⁹⁾ précise que l'aménagement de la preuve prévue dans le cadre des relations de travail ne s'applique pas devant les juridictions répressives. Plusieurs auteurs estiment⁽⁴⁶⁰⁾ qu'un tel aménagement serait contraire au principe de la présomption d'innocence. Pourtant, saisi de la question, le Conseil constitutionnel n'a pas conclu explicitement à l'inconstitutionnalité de cet aménagement dans le domaine pénal⁽⁴⁶¹⁾.

258. – Le droit interne⁽⁴⁶²⁾ et la Cour européenne des droits de l'Homme admettent la validité des présomptions dès lors « qu'elles prennent en compte la gravité de l'enjeu et préservent les droits de la défense⁽⁴⁶³⁾ ». En matière de discrimination, ces conditions nous semblent satisfaites ; l'exclusion opérée par l'article 4 de loi du 27 mai 2008 apparaît surprenante⁽⁴⁶⁴⁾.

259. – D'une part, le dispositif prévu à l'article L. 1134-1 du Code du travail n'édicte pas une présomption de discrimination ; il fait simplement peser sur l'employeur la charge de la démonstration de l'absence de distinction illicite lorsque le salarié a apporté des éléments laissant supposer qu'une telle distinction a été opérée. D'autre part, l'aménagement effectué en matière civile permet à l'employeur de se justifier ; il préserve, à notre sens, les droits de la défense. Difficile à établir puisque

texte, la juridiction a la possibilité de mettre à jour le critère réel ». Dans le cas d'une discrimination indirecte *stricto sensu*, le motif invoqué n'est pas un prétexte et l'employeur n'a pas l'intention de causer un préjudice au membre d'un groupe déterminé.

(458) En ce sens, V. Cass. crim., 1^{er} déc. 1992, n° 89-82.689 : *Bull. crim.* 1992, n° 398 (soumission d'une offre d'emploi à la présentation d'une carte d'électeur) et également Cass. crim., 30 janv. 2009, n° 08-83.710 : *Bull. crim.* 2009, n° 19.

(459) L. n° 2008-496, 27 mai 2008, portant diverses mesures d'adaptation au droit communautaire en matière de discrimination.

(460) A. Cœuret et E. Fortis, *Droit pénal du travail*, Litec, 4^e éd. 2008, n° 668. – V. également E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, Ellipses, 2008, n° 733.

(461) Cons. const., déc. 12 janv. 2002, n° 2001-455 DC. Le Conseil constitutionnel précise qu'étant exclu de la matière pénale, l'aménagement de la preuve ne pouvait porter atteinte à la présomption d'innocence. La formule employée ne permet cependant pas d'affirmer qu'une telle mesure, prise dans la matière pénale, porterait nécessairement atteinte à ce principe.

(462) B. Bouloc, *Procédure pénale*, Dalloz, 21^e éd. 2009, n°s 122 et 128. – V. également Cons. const., déc. 16 juin 1999, n° 99-411 DC : « En principe le législateur ne saurait instituer de présomption de culpabilité en matière répressive ; que, toutefois, à titre exceptionnel, de telles présomptions peuvent être établies, notamment en matière contraventionnelle, dès lors qu'elles ne revêtent pas de caractère irréfragable, qu'est assuré le respect des droits de la défense et que les faits induisent raisonnablement la vraisemblance de l'imputabilité ».

(463) Arrêt *Salabiaku c/ France*, 7 oct. 1988 : *Rev. sc. crim.* 1989, p. 167 et s., obs. Tiegen.

(464) A. Cerf-Hollender, *L'extension du champ pénal de lutte contre les discriminations*, in *Le champ pénal : Mél. en l'honneur du professeur R. Ottenhof*, Dalloz, 2006, p. 367 et s., spéc. p. 372 : « Cette exclusion du domaine répressif s'explique par le désir de respecter la présomption d'innocence. Elle est pourtant surprenante (...) elle ne s'imposait pas, la chambre criminelle comme la Cour européenne admettant la compatibilité de présomption de culpabilité avec la présomption d'innocence dès lors que la présomption est simple et laisse entiers les droits de la défense ».

relevant de la psychologie de l'auteur, la preuve de l'élément moral de la discrimination serait facilitée par la solution proposée⁽⁴⁶⁵⁾.

260. – Le juge pénal a quelquefois eu recours à une méthode probatoire similaire à celle en vigueur en matière civile ; pesait sur l'employeur la charge de démontrer la pleine justification de ses actes lorsqu'un faisceau d'indices laissait supposer l'existence d'une distinction illégitime⁽⁴⁶⁶⁾. La chambre criminelle semble toutefois être revenue sur cette solution⁽⁴⁶⁷⁾.

261. – En pratique, la pertinence de la mise en œuvre de l'aménagement de la preuve en matière pénale perd de son intérêt. Le salarié s'estimant victime d'une discrimination peut saisir le Défenseur des droits qui, s'il l'estime nécessaire, diligentera une « enquête » à laquelle aucune règle de procédure n'est opposable. Les résultats favorables de celle-ci pèseront sur l'issue du contentieux. Le juge pénal, à défaut d'être juridiquement tenu, sera nécessairement influencé par la délibération du Défenseur. La présomption d'innocence est ainsi indirectement atteinte. À l'inverse, le salarié qui a obtenu gain de cause devant les prud'hommes ne peut ensuite engager une action pénale⁽⁴⁶⁸⁾. L'intervention du juge civil ne saurait permettre l'éviction de la présomption d'innocence.

262. – De cette différence probatoire, des situations inextricables peuvent résulter lorsque le salarié saisit en priorité le juge pénal. Un employeur, qui aurait pu être condamné sur le plan civil grâce à l'aménagement de la preuve, peut être relaxé devant la juridiction pénale. Le criminel tenant le civil en l'état⁽⁴⁶⁹⁾, la juridiction civile ne pourra le condamner à réparation, sauf à établir l'existence d'une discrimination indirecte⁽⁴⁷⁰⁾. Pour éviter cette situation inéquitable, M. Pagnerre⁽⁴⁷¹⁾ recommande de mobiliser le caractère inquisitoire du procès pénal qui confère au juge le rôle principal dans la recherche de la vérité. Le salarié devra alors toujours prouver l'élément matériel de la faute, la preuve du défaut d'élément moral étant renvoyée, par la juridiction, à l'employeur.

2° Le concours des infractions

263. – **Concours de qualification.** La relation de travail est propice au concours du délit de discrimination avec les délits de harcèlement (b) ou d'entrave au fonctionnement des instances représentatives du personnel (a). Lorsqu'un même

(465) Sur l'intérêt des présomptions de culpabilité en matière pénale dès lors que la preuve de l'élément moral de l'infraction est difficile, voire impossible, à établir, V. S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale*, Litec, 4^e éd. 2008, n^{os} 413 et s.

(466) Cass. crim., 6 janv. 2004, n^o 02-88.240 : *Bull. crim.* 2004, n^o 4 : « Qu'en prononçant ainsi sans rechercher si l'employeur, qui avait admis avoir unilatéralement modifié les conditions du contrat de travail et s'être volontairement absenté de verser la prime annuelle dont tous les autres salariés avaient bénéficié, avait apporté la pleine justification de ces mesures ainsi que de leur absence de tout lien avec la qualité de déléguée syndicale de celle-ci, les juges n'ont pas donné de base légale à leur décision », V. également Cass. crim., 23 nov. 2004, n^o 03-84.389.

(467) Cass. crim., 3 avr. 2007, n^o 06-81.784 : *Bull. crim.* 2007, n^o 105 ; *RJS* 2007, n^o 870.

(468) En matière de discrimination, V. Cass. crim., 3 avr. 2007, n^o 06-86.748 : *Bull. crim.* 2007, n^o 99.

(469) CPP, art. 4.

(470) Le juge pénal ne se prononce pas sur l'existence d'une discrimination indirecte qui peut dès lors être retenue par le juge civil.

(471) Y. Pagnerre, *La responsabilité pénale des salariés en quête d'équilibre*, in *Livre du Bicentenaire du Code pénal et du Code d'instruction criminelle*, Dalloz, 2010, p. 729 et s., p. 735.

acte, ou une même série d'actes réalise ces différents délits, il entraînera deux condamnations distinctes⁽⁴⁷²⁾. Est alors caractérisé un cumul réel d'infractions⁽⁴⁷³⁾. Ce constat s'inscrit dans un mouvement plus large ; la discrimination est souvent au cœur d'une demande formée à titre accessoire née à l'occasion d'un litige principal⁽⁴⁷⁴⁾.

a) *Le concours avec le délit de harcèlement*

264. – Harcèlement. Les délits de harcèlement et de discrimination protègent des valeurs distinctes⁽⁴⁷⁵⁾ ; le premier préserve l'intégrité psychique de la personne ; le second vise à sauvegarder sa dignité. La Cour de cassation juge que les mêmes faits peuvent réaliser ces deux délits⁽⁴⁷⁶⁾. Cette solution ne devrait pas être remise en cause par la législation européenne⁽⁴⁷⁷⁾ qui a fait du harcèlement une forme de discrimination⁽⁴⁷⁸⁾ : les valeurs protégées restant distinctes, la possibilité d'établir un cumul d'infractions doit demeurer. Pourtant, harcèlement et discrimination ne traduisent pas la même volonté coupable de leur auteur : l'atteinte à un groupe spécifique n'est pas nécessairement recherchée dans le harcèlement. Sur le plan matériel, la discrimination peut être réalisée en un seul acte alors que la répétition est un élément constitutif du harcèlement⁽⁴⁷⁹⁾. Dès lors, un fait isolé, insuffisant pour établir un harcèlement, constitue parfois une discrimination s'il repose sur un motif illicite. Plus que de les fondre, au risque de les confondre, l'un dans l'autre, le législateur aurait pu ériger en circonstance aggravante du harcèlement le mobile discriminatoire.

b) *Le concours avec le délit d'entrave*

265. – Entrave. Bien que cette hypothèse ne soit pas expressément prévue par le Code du travail⁽⁴⁸⁰⁾, des poursuites pour entrave à l'exercice des fonctions de représentant du personnel peuvent être engagées concomitamment à des actions pour discrimination. Pour certains auteurs, les discriminations syndicales constituent un sous-groupe du délit d'entrave⁽⁴⁸¹⁾. Selon cette position, ces deux délits ne peuvent

(472) B. Bouloc, *Droit pénal général*, Dalloz, 21^e éd. 2009, n° 687.

(473) Sur l'arrêt fondateur de cette théorie, V. Cass. crim., 3 mars 1960 : *Bull. crim.* 1960, n° 138.

(474) Rapp. C. cass. 2008, *Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La Documentation française, 3^e partie, spéc. p. 91.

(475) G. Royer, *Les délits de discrimination syndicale et de harcèlement moral violent des valeurs sociales distinctes* : *AJP* 2007, p. 179.

(476) Cass. crim., 6 févr. 2007, n° 06-82.601 : *Bull. crim.* 2007, n° 29 : « Que les juges énoncent enfin que, bien que précédant des mêmes agissements du prévenu, les infractions d'entrave à l'exercice du droit syndical et de harcèlement moral doivent être toutes deux retenues, dès lors que ces infractions sanctionnent la violation d'intérêts distincts ».

(477) Dir. n° 2000/78/CE, 27 nov. 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

(478) L. n° 2008-496, 27 mai 2008, portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, art. 1^{er} : « 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 ».

(479) Les actes de harcèlement doivent être répétés, même sur une courte période. En ce sens, V. Cass. soc., 10 nov. 2009, n° 08-41.497 : *Bull. civ.* 2009, V, n° 248.

(480) L'article L. 2146-1 du Code du travail qui définit le délit d'entrave ne renvoie pas directement aux dispositions relatives à la discrimination syndicale.

(481) A. Cœuret, *Entrave et discrimination : Dr. ouvrier* 1987, p. 447 et s. : « Ce que l'on peut appeler les entraves par discrimination constituent aujourd'hui un sous-groupe important par la fréquence [des entraves] ».

entrer en concours. À l'inverse, d'autres estiment que les discriminations à l'égard des militants syndicaux qui font fonctionner les institutions doivent donner lieu à un concours d'infractions avec l'entrave⁽⁴⁸²⁾. La Cour de cassation s'est prononcée en faveur de cette seconde hypothèse⁽⁴⁸³⁾.

266. – La solution arrêtée doit, à notre sens, être saluée. Délit d'entrave et prohibition des discriminations protègent des valeurs différentes⁽⁴⁸⁴⁾. Le premier rend effectif le droit à la représentation collective des salariés et s'intéresse à la collectivité des travailleurs alors que la seconde préserve les convictions et l'action individuelle du salarié. Le concours réel d'infractions est possible⁽⁴⁸⁵⁾ et la chambre criminelle a même jugé qu'une discrimination syndicale constituait nécessairement un délit d'entrave⁽⁴⁸⁶⁾. Cette affirmation devrait être tempérée. D'une part, le salarié victime de discrimination syndicale n'est pas obligatoirement membre d'une institution représentative du personnel. Le texte d'incrimination vise plus largement les « activités syndicales » qui ne se manifestent pas nécessairement par l'exercice d'un mandat⁽⁴⁸⁷⁾. D'autre part, un employeur peut se rendre coupable d'une discrimination syndicale sans porter atteinte aux droits d'une institution représentative⁽⁴⁸⁸⁾. Toute mesure affectant personnellement l'un de ses membres ne porte pas nécessairement atteinte aux prérogatives de l'institution⁽⁴⁸⁹⁾.

(482) M. Richeveaux, *Relations de travail et lutte contre les discriminations après la loi du 16 novembre 2001* : Dr. ouvrier 2002, p. 290 et s., spéc. p. 292. En ce sens, V. également M. Cohen, *Le droit des comités d'entreprises et des comités de groupe*, LGDJ, 9^e éd. 2009, p. 949.

(483) Dans le sens du cumul, V. Cass. crim., 29 oct. 1975 : *Bull. crim.* 1975, n° 231 : « Attendu que si les faits reprochés à X [entrave et prise en considération de l'activité syndicale] en ce qui concerne Z procédaient d'une même action coupable, à savoir le licenciement dudit Z qui (...) ces faits envisagés du point de vue pénal constituaient des infractions distinctes quant à leurs éléments ; la cour a, à bon droit, déclaré le prévenu coupable de chacune de ces infractions ». Dans un arrêt plus récent, la chambre criminelle a été moins explicite, Cass. crim., 12 déc. 2006, n° 05-86.601 : *RJS* 2007, n° 452. – Dans le même sens, CA Douai, 2 mars 2006, n° 05/02163 : *JurisData* n° 2006-306159.

(484) A. Cœuret et E. Fortis, *Droit pénal du travail*, Litec, 4^e éd. 2008, n° 508 : « L'incrimination d'entrave suppose une agression contre une institution représentative du personnel ou l'un de ses membres alors que la discrimination suppose que le comportement de l'employeur porte préjudice à la victime dans sa qualité de syndicaliste ». – En ce sens, V. également Y. Mayaud, *Discrimination syndicale et dignité de la personne*, *TGI Bastia*, 3 juin 1997 : *Rev. sc. crim.* 1998, p. 99 et s. : « L'incrimination d'entrave à l'exercice du droit syndical ayant pour objet de protéger la représentation des salariés au sein des entreprises, ce qui correspond à un enjeu institutionnel, alors que la discrimination syndicale est comprise dans le nouveau Code pénal parmi les atteintes à la dignité de la personne, ce qui en fait une qualification légalement orientée vers la défense d'un intérêt individuel, d'ordre moral ».

(485) En ce sens, V. également P. Morvan, *Le droit pénal des institutions représentatives du personnel* : Dr. soc. 2000, p. 987 et s., spéc. p. 100.

(486) Cass. crim., 10 déc. 1970, n° 70-91.045 : *Bull. crim.* 1970, n° 336 : « Toute mesure abusive de discrimination prise comme en l'espèce par l'employeur contre un représentant syndical en raison de sa fonction porte atteinte au libre exercice de ladite fonction aussi bien qu'à la sécurité que le législateur a voulu assurer à tous ceux qui représentent les travailleurs au sein du comité d'entreprise et constitue dès lors nécessairement une entrave au fonctionnement régulier de cet organisme ».

(487) En ce sens, V. également R. Spire, *Agir contre la discrimination syndicale au travail : le droit en pratique* : Dr. ouvrier 2006, p. 171 et s., spéc. p. 201, citant A. Cœuret : « La discrimination syndicale est révélatrice de la volonté de certains employeurs de sanctionner, au sens large, le pur militantisme, y compris peut-être en marge de tout mandat représentatif, c'est-à-dire sur un terrain où le délit d'entrave risque de ne plus être relevé ».

(488) La suppression d'une prime en raison des activités syndicales d'un salarié ne porte pas nécessairement atteinte à l'institution à laquelle il participe.

(489) J.-E. Ray, *L'égalité et la décision patronale* : Dr. soc. 1990, p. 83 et s., spéc. p. 87 : « Un chef d'entreprise peut prendre en considération l'appartenance syndicale d'un représentant du personnel sans entraver nécessairement sa fonction (affectation à un poste plus pénible), ou à l'inverse porter entrave aux fonctions sans prendre en considération l'activité syndicale (délégué du personnel ou membre du comité élus au deuxième tour mais arbitrairement) ». Si nous adhérons à la première branche de la proposition, la seconde nous semble critiquable. Dans le cas d'une mutation arbitraire dès l'élection, l'activité syndicale du salarié aura nécessairement influencé la décision de l'employeur ; le délit de discrimination sera constitué en même temps que l'entrave.

267. – Pour les professeurs Fortis et Cœuret, le cumul réel de qualifications rend floue la frontière entre les différentes infractions⁽⁴⁹⁰⁾. À notre sens, il contribue à les différencier dès lors que le juge prend soin de préciser en quoi un fait unique viole deux valeurs distinctes ; le champ de chaque infraction est ainsi défini et préservé⁽⁴⁹¹⁾.

B. – Les incohérences de la répression

268. – **Incohérence sur la forme.** Si le non-sens de la place du délit de discrimination dans le Code pénal a été corrigé⁽⁴⁹²⁾, d'autres incohérences de forme nuisant à l'articulation des dispositions du Code du travail et du Code pénal demeurent. Nous ne pouvons que regretter que la liste de critères arrêtée par le premier ne soit pas reprise à l'identique dans le second. Cette présentation imprécise renforce la confusion résultant de la juxtaposition de textes⁽⁴⁹³⁾.

269. – **Incohérence sur le fond.** Comme le souligne le professeur Cœuret⁽⁴⁹⁴⁾, l'éclatement des textes réprimant la discrimination, entre incrimination générale et spéciale, est source d'incohérence. Plusieurs normes répriment des comportements identiques avec des peines différentes ; certains comportements tolérés par le droit du travail sont néanmoins réprimés par le Code pénal.

270. – L'article L. 1146-1 du Code du travail sanctionne d'une amende de 3 750 € et d'un an d'emprisonnement toute discrimination commise à l'encontre d'une femme ; l'article 225-2 du Code pénal réprime les mêmes faits de 45 000 € d'amende et de trois ans d'emprisonnement. Un concours de qualifications existe également en matière de discrimination syndicale : réprimée et sanctionnée par le Code pénal également par trois ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende, elle est punie par l'article L. 2146-2 du Code du travail d'une amende de 3 750 €. En cas de récidive, l'auteur encourt un an d'emprisonnement et 7 500 € d'amende.

271. – Deux possibilités s'offrent alors au juge : suivre l'adage *specialia generalibus derogant*⁽⁴⁹⁵⁾ et appliquer les dispositions du Code du travail ou retenir la plus haute expression pénale et prononcer les peines prévues par le Code pénal⁽⁴⁹⁶⁾. Faute d'harmonisation aux évolutions des normes civiles en concours, la loi pénale

(490) A. Cœuret et E. Fortis, *Droit pénal du travail*, Litec, 4^e éd. 2008, n° 508.

(491) Le principe de cumul des peines de même nature ne permettra pas une répression plus forte en cas de concours réel d'infractions. En ce sens, V. C. pén., art. 132-2.

(492) Avant 1994, l'infraction de discrimination était placée parmi les crimes et les délits contre la propriété. Elle se situe dorénavant dans le titre II relatif aux atteintes à la personne humaine et dans un chapitre V consacré aux atteintes à la dignité humaine.

(493) M. Mine, *Discriminations, une transposition laborieuse... : RDT* 2008, p. 532 et s., spéc. p. 533 : « La liste des motifs et des mesures est plus restrictive qu'en matière civile, ce qui est pertinent ; mais l'existence de deux listes distinctes n'est pas satisfaisante et source d'incohérences ».

(494) A. Cœuret, *Le droit pénal du travail à l'épreuve des discriminations*, in *Les droits et le Droit : Mél. Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 207 et s., spéc. p. 216 : « Ce n'est pas la moindre originalité du droit pénal français que de réprimer à partir du droit commun les mêmes discriminations sans qu'on puisse détecter en outre l'esquisse d'une articulation entre les deux *corpus* ».

(495) En ce sens, V. P. Conte, *Droit pénal spécial*, Litec, 3^e éd. 2005, n° 447 : « En présence d'un comportement correspondant à la fois des prévisions [du Code pénal et du Code du travail], il conviendra de faire application de l'adage *specialia generalibus derogant* et retenir les dispositions spécifiques du Code du travail, alors qu'elles exposent pourtant le coupable à des peines moins sévères ».

(496) A. Cerf-Hollender, *L'extension du champ pénal de lutte contre les discriminations*, in *Le champ pénal : Mél. Ottenhof*, Dalloz, 2006, p. 367 et s., spéc. p. 377.

sanctionne des comportements que le droit du travail tolère. L'article L. 1133-1 du Code du travail admet toute différence de traitement, même reposant sur un critère illicite dès lors qu'elle « répond à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée ». Aucun fait justificatif général n'est prévu par le Code pénal ; il ne contient que des dispositions relatives à l'embauche qui ne visent d'ailleurs pas l'ensemble des motifs discriminatoires⁽⁴⁹⁷⁾. Même si cette contradiction demeure sans grande incidence pratique⁽⁴⁹⁸⁾, elle stigmatise l'absence de coordination des dispositions travaillistes et pénalistes. Pourquoi ne pas avoir inséré dans le Code du travail, comme pour le délit d'entrave, un chapitre relatif aux dispositions pénales applicables à la suite des articles sur les discriminations ?

(497) L'article 225-3 du Code pénal prévoit une série de faits justificatifs aux discriminations qui ne recoupe pas totalement les dispositions du Code du travail. Il prévoit que les dispositions de l'article 225-1 du Code pénal ne sont pas applicables : « 2° Aux discriminations fondées sur l'état de santé ou le handicap, lorsqu'elles consistent en un refus d'embauche ou un licenciement fondé sur l'inaptitude médicalement constatée soit dans le cadre du titre IV du livre II du Code du travail, soit dans le cadre des lois portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique ; 3° Aux discriminations fondées, en matière d'embauche, sur le sexe, l'âge ou l'apparence physique, lorsqu'un tel motif constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée ; (...) 5° Aux refus d'embauche fondés sur la nationalité lorsqu'ils résultent de l'application des dispositions statutaires relatives à la fonction publique ».

(498) Pour qu'une contradiction soit constatée, il faudrait qu'une sanction ou un licenciement repose sur un motif discriminatoire mais qu'il soit justifié par une exigence professionnelle essentielle et déterminante. Ces conditions semblent difficiles à réunir. Se pose alors la question de la rédaction de l'article L. 1132-1 du Code du travail. Si le fait justificatif de l'exigence professionnelle essentielle ne se conçoit que lors de l'embauche, pour éviter toute confusion, il n'était pas nécessaire de l'étendre à l'ensemble de la relation de travail.

LES COMPORTEMENTS À RISQUE

272. – **Identification du risque.** La gestion d'une entreprise n'est qu'une succession de choix. L'employeur doit distinguer parmi les candidats à l'emploi et ses salariés les plus méritants : l'intégration de certains dans la communauté de travail (ou leur éviction) se fait nécessairement au détriment (ou au profit) d'autres. De ces sélections incessantes naît l'exposition au risque de discrimination.

273. – L'intérêt de l'entreprise commande de ne point s'en tenir au seul examen des aptitudes professionnelles du candidat ou du salarié pour l'évaluer⁽¹⁾ ; le bon fonctionnement d'un service peut exiger que le choix d'une personne soit fondé sur un motif en partie étranger aux compétences professionnelles du salarié. Conclu *in-tuitus personae*, le contrat de travail « est fondé sur la prise en considération des caractéristiques personnelles du salarié qui peuvent aller des aptitudes à remplir une fonction déterminée aux éléments les plus étrangers à l'emploi⁽²⁾ ». Les relations humaines, base du rapport de travail, induisent des différenciations subjectives : le risque de distinction illicite en est exacerbé.

274. – Dès lors que la liberté contractuelle prime sur l'égalité de traitement, le pouvoir de gestion de l'employeur demeure et l'interdiction des discriminations ne confère aucun droit aux salariés présentant des caractéristiques protégées à un traitement égal ou, *a fortiori*, préférentiel⁽³⁾. Ils doivent, comme les autres, faire preuve de compétences particulières pour prétendre à une évolution de carrière favorable. Le risque de discrimination est écarté lorsque l'employeur justifie par un motif objectif et légitime la mesure défavorable infligée au salarié spécialement protégé.

(1) B. Teyssié, *Personnes, entreprises et relations de travail* : Dr. soc. 1988, p. 374 et s., spéc. p. 375 : « Que vaut le haut degré de compétence auquel [le candidat] est parvenu si sa situation de famille ou son état de santé annoncent de fréquentes absences ? ». M. le Professeur Teyssié précise que l'employeur devrait pouvoir prendre en compte des caractéristiques étrangères à la compétence professionnelles du candidat dès lors qu'elles ont une influence sur ses capacités de production. Selon lui, l'employeur « commettrait une faute s'il mettait en péril, à force de décisions de recrutement peu compatibles avec les intérêts de l'unité qu'il dirige [les emplois dont il a la charge] ».

(2) M.-A. Péano, *L'intuitu personae dans le contrat de travail* : Dr. soc. 1995, p. 129 et s., spéc. p. 130.

(3) En ce sens, V. Cass. soc., 6 juill. 2010, n° 09-41.354 : Bull. civ. 2010, V, n° 157. Dès lors que le salarié protégé « a bénéficié des mêmes possibilités de formation que les autres et que face aux opportunités de carrière dont il a été informé dans les mêmes conditions que les autres, il a manifesté sa volonté de demeurer dans son emploi », il ne peut se prévaloir d'une discrimination. Face à l'évolution de carrière, le salarié protégé demeure un salarié comme les autres.

275. – Résultant de la conjonction d'une mesure défavorable appliquée à un salarié spécialement protégé, le comportement prohibé (Section 1) réalisera le risque de discrimination s'il ne peut être validé par des raisons objectives étrangères à toute discrimination (Section 2).

SECTION 1

LES COMPORTEMENTS PROHIBÉS

276. – **Multiplication des comportements prohibés.** La nécessité de mettre fin aux différences illégitimes apparaît incontestable en droit du travail⁽⁴⁾ ; l'extension de la lutte contre les discriminations s'est traduite par un double mouvement d'extension du champ de l'illicite. Les personnes protégées et les actes prohibés se sont multipliés. Les étapes « à risques » de la relation de travail ne sont plus limitées aux phases de conclusion et de rupture du contrat : l'ensemble du rapport employé/salarié est soumis à un principe de non-discrimination.

277. – Contrairement aux règles générales d'égalité, l'interdiction des distinctions illicites s'adresse uniquement à une population déterminée⁽⁵⁾. Il est des salariés dont la situation emporte des risques particuliers de discrimination.

278. – C'est de la conjugaison de mesures considérées comme défavorables (§ 2), infligées à des candidats ou des salariés présentant certaines caractéristiques spécialement protégées (§ 1), que naît le risque de discrimination.

§ 1. – Les salariés à risque

279. – Sous l'influence du droit de l'Union européenne, une attention particulière ne doit plus être seulement accordée aux salariés présentant directement la différence protégée (A) ; la prohibition des discriminations s'étend dorénavant aux personnes qui leur sont liées (B).

A. – Les salariés directement à risque

280. – **Diversité des motifs discriminatoires.** Les textes prohibant les discriminations ont été élaborés par strates⁽⁶⁾ ; pour s'opposer à l'exclusion de certaines personnes, le législateur a élevé leur différence au rang de critère de distinction illicite. Aucun motif consacré comme prohibé n'est ensuite redevenu un critère de diffé-

(4) B. Bossu, *Droits de l'homme et pouvoirs du chef d'entreprise : vers un nouvel équilibre* : Dr. soc. 1994, p. 745 et s., spéc. p. 749.

(5) M.-A. Péano, *L'intuitu personae dans le contrat de travail* : Dr. soc. 1995, p. 129 et s., spéc. p. 131 : « La protection légale contre les discriminations s'adresse à une population déterminée de salariés et repose sur une certaine conception de la personne ».

(6) Certains critiquent la perte de cohérence résultant de cette énumération. En ce sens, V. A. Cœuret et E. Fortis, *Droit pénal du travail*, Litec, 2008, n° 656.

renciation licite⁽⁷⁾ ; un « effet cliquet » est constaté, dessinant au fil du temps les caractéristiques de « l'homme essentiel⁽⁸⁾ ».

281. – Au-delà de la protection de caractéristiques primaires, la vertu incantatoire de la prohibition des discriminations incite le législateur à invoquer fréquemment cette notion. Nombreuses sont les réformes qui s'accompagnent de dispositions interdisant « les mesures discriminatoires » à l'encontre de salariés prenant position contre l'employeur⁽⁹⁾. Toute situation particulière ou caractéristique inhérente à l'individu devient propice à la découverte d'une nouvelle forme de discrimination : l'interdiction des distinctions illicites semble se muer en une quête effrénée vers l'égalité absolue. Si l'intérêt peut sembler légitime, nous ne pouvons que regretter ces solutions participant à la confusion autour de la notion. Profitant de l'écho attaché dans l'opinion publique au terme « discrimination », ces initiatives intempestives affaiblissent le concept originel en l'élargissant à des causes secondaires⁽¹⁰⁾.

282. – Issus de réformes qui n'ont pas été coordonnées, les différents motifs discriminatoires ne font pas l'objet de distinctions uniformes en doctrine. Pourtant, dans ce « catalogue⁽¹¹⁾ » de motifs illicites, certains protègent les caractéristiques primaires de l'homme essentiel subies par le salarié (1°). D'autres préservent les choix qu'il effectue au nom de l'exercice de certaines de ses libertés fondamentales (2°).

1° Les critères de distinction illicites subis

283. – Selon la Cour de cassation, l'article L. 1132-1 du Code du travail interdit « qu'une personne soit défavorisée en raison de ses caractéristiques propres, de ce contre quoi, en tant qu'être vivant, elle ne peut rien⁽¹²⁾ ». L'unité du genre humain est proclamée en interdisant les distinctions fondées sur des caractéristiques innées de l'individu ; la prohibition des discriminations participe à la protection de la

(7) En ce sens, V. A. Coëuret, B. Gauriau et M. Mine, *Droit du travail*, Sirey, 2^e éd. 2009, n° 648. Les auteurs relèvent que « depuis l'origine, le dispositif légal de lutte contre les discriminations n'a cessé de s'enrichir (...) par l'ajout de motifs prohibés ».

(8) Rapp. C. cass. 2008, *Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La Documentation française, 3^e partie, p. 83 et s., spéc. p. 84.

(9) C. trav., art. L. 1161-1 relatif à la prohibition des mesures discriminatoires infligées à un salarié qui dénonce des faits de corruption. – C. trav., art. L. 1153-1 : Cette disposition interdit les mesures discriminatoires infligées à un salarié qui dénonce des faits de harcèlement sexuel. – C. trav., art. L. 2421-9 : Cet article prohibe les mesures discriminatoires infligées à un salarié protégé au cours du transfert de son contrat de travail. Cette disposition semble redondante avec la prohibition des discriminations en raison de l'activité syndicale. – C. trav., art. L. 2421-8 : Sont prohibées les mesures discriminatoires subies par un salarié protégé à l'occasion du non-renouvellement de son contrat de travail à durée déterminée. – C. trav., art. L. 3132-25-4 : Cette disposition protège les salariés refusant de travailler le dimanche contre les mesures discriminatoires. – C. trav., art. D. 5132-10-2 : Ce décret prohibe les mesures discriminatoires à l'encontre des salariés effectuant des périodes d'immersion.

(10) Ces dispositions pourraient prévoir que les dénonciations effectuées ou les refus opposés par le salarié ne peuvent justifier aucune différence de traitement. Le terme « discrimination » serait réservé aux dispositions de l'article L. 1132-1 du Code du travail.

(11) J.-E. Ray, *Droit du travail, droit vivant*, éd. Liaisons, 18^e éd. 2009, n° 82.

(12) Rapp. C. cass. 2008, *Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La Documentation française, 3^e partie, spéc. p. 84. Selon la Cour de cassation, ces critères « renvoient à une conception unitaire du genre humain, à une fraternité, non pas de l'affect, mais du vivant ».

dignité de l'Homme⁽¹³⁾. La société ne saurait tolérer que la sélection des hommes s'opère comme le tri des choses⁽¹⁴⁾.

284. – En raison des conséquences objectives qu'ils peuvent avoir sur l'emploi, certains motifs de distinction subis peuvent néanmoins justifier des différences de traitement. La protection de la dignité de l'individu devra alors se concilier avec l'intérêt de l'entreprise. L'interdiction de tenir compte de ces motifs sera relative (b). Les autres motifs de distinction subis n'ayant aucun impact sur la qualité du travail fourni par le salarié, les décisions s'y référant traduisent nécessairement un préjugé. Elles ne sauraient être acceptées ; la protection qui leur est octroyée est absolue (a).

a) *L'illicite absolu*

285. – Reposant nécessairement sur des préjugés, aucune distinction raciste ne saurait être tolérée⁽¹⁵⁾ (1). Trop prédictives, les caractéristiques génétiques de l'individu ne peuvent également fonder des distinctions licites dans le domaine des relations de travail (2).

1) Les distinctions racistes

286. – **Race.** Sont interdites⁽¹⁶⁾ les différences de traitement fondées⁽¹⁷⁾ sur « les origines », « l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race⁽¹⁸⁾ » mais également sur « l'apparence physique ou [le] nom de famille » du salarié ou du candidat à l'embauche. La pertinence⁽¹⁹⁾ du

(13) O. de Tissant, *Pour une analyse juridique du concept de « dignité » du salarié* : Dr. soc. 1995, p. 972 et s., spéc. p. 975 : « La notion de discrimination ressort évidemment de l'atteinte à la dignité de la personne humaine puisqu'elle nie l'égalité de droit qui doit être reconnue à chacun, quelles que soient ses caractéristiques individuelles ». La répression des discriminations par le Code pénal au sein d'un chapitre consacré à la protection de la dignité de l'individu renforce cette position.

(14) En ce sens, V. J. Pradel et M. Danti-Juan, *Droit pénal spécial : droit commun droit des affaires*, Cujas, 4^e éd. 2008, n° 364 : « Les discriminations consistent à rejeter des individus pour des raisons touchant le plus souvent à leur caractère inné : elles reviennent à sélectionner des hommes comme on trie des choses ou des animaux et sont fondamentalement incompatibles avec la dignité ».

(15) En ce sens, V. I. Cornesse, *La proportionnalité en droit du travail*, thèse Montpellier, 2001, p. 323 : « La distinction peut être illégitime, quel que soit le domaine, parce que le critère de distinction est considéré comme illégitime telle que la race ou la couleur de peau, non pas que la distinction ne soit pas réelle, mais parce qu'elle est frappée d'une illégitimité de principe ».

(16) C. trav., art. L. 1132-1.

(17) La mesure en cause doit être directement fondée sur le motif illégitime et non sur les caractéristiques objectives du salarié. N'est dès lors pas discriminatoire le licenciement d'une vendeuse, d'origine japonaise, du fait d'une baisse importante de la clientèle de cette nationalité lorsque la cause du licenciement réside dans la spécialisation de cette dernière, dans la langue et la culture de ce pays, qui a justifié la rupture du contrat (en ce sens, CA Paris, 14 mai 2004 n° S03/30895 : *JurisData* n° 2004-248882).

(18) Il importe peu que ces critères soient effectivement remplis par la victime de discrimination dès qu'ils ont animé l'auteur de la distinction illicite. À l'inverse, faute d'une semblable précision à l'appartenance supposée, les critères des convictions politiques, religieuses ou des activités syndicales devraient être expressément remplis par les victimes. Ce n'est cependant pas la position de la Cour de cassation qui estime que « quoique le texte ne le précise pas » une croyance erronée quant à l'engagement syndical, politique ou religieux du salarié par le décideur doit pouvoir justifier une condamnation (en ce sens, V. Rapp. C. cass. 2008, *Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La Documentation française, 3^e partie, spéc. p. 85).

(19) A. Gardin et A.-L. Zabel, *Les discriminations raciales au travail* : RJS 2003, p. 87 et s., spéc. p. 89 : « La référence à la notion de "race" apparaît en premier lieu comme contradictoire avec le fait que seule existe la race humaine et qu'il n'y a pas d'appartenance possible à une race ou à une autre. L'introduction de ce terme dans les textes juridiques revient donc à transformer une notion dépourvue de toute valeur scientifique en catégorie juridique, entérinant de ce fait son existence ». À l'inverse, le professeur Willmann estime qu'il est nécessaire de définir le terme de race, pour permettre une application uniforme des textes et mettre en œuvre des statistiques, préalable aux politiques de diversité (en ce sens, V. C. Willmann, *Définir la race et l'ethnie, préalable à la lutte contre le racisme en entreprise* : Dr. soc. 2007, p. 936 et s.).

recours au terme de race est discutée⁽²⁰⁾ mais la Cour de cassation estime que « peu importe que le concept [de race] soit impropre au genre humain, il suffit que certains continuent de l'utiliser pour que l'usage qu'ils en font soit saisi et condamné par la loi⁽²¹⁾ ». Ne pouvant définir une théorie fautive qu'il souhaite néanmoins sanctionner, le législateur assure la prohibition des discriminations racistes par la conjonction de plusieurs motifs de distinctions illicites⁽²²⁾. L'énumération retenue permet de rendre objective la notion scientifiquement contredite de « race⁽²³⁾ ». Nous pouvons dès lors regretter que soient élevés au rang de critère de distinction illicite les motifs qui concourent, dans une certaine idéologie, à la matérialisation de cette notion irrationnelle⁽²⁴⁾. L'approche énumérative et descriptive du concept de race retenue n'a d'ailleurs pas été reprise par les directives européennes⁽²⁵⁾ ; la Cour européenne des droits de l'Homme distingue précisément les notions d'origine ethnique et de race⁽²⁶⁾ et n'évoque ni le motif de l'apparence physique ni celui du nom de famille.

287. – Complémentarité. Non définie par les dispositions législatives⁽²⁷⁾, la mention de l'apparence physique vise principalement à réprimer les distinctions opérées selon la couleur de peau. Cette interdiction est utilement complétée par la prohibition de l'interdiction des distinctions selon le nom de famille. Comme le précise M. le Professeur Teyssié, le nom ne doit pas se retourner contre son titulaire⁽²⁸⁾.

(20) Lors de l'adoption de la loi du 27 mai 2008, certains parlementaires ont évoqué l'idée de supprimer le terme « race » du Code du travail puisque cette notion ne repose sur aucune réalité scientifique et que sa mention dans des textes officiels pourrait lui donner une certaine légitimité. Pour rejeter cette demande, le gouvernement a estimé que le concept véhiculé par ce terme est facilement compréhensible et que mention en est faite dans la Constitution. Pour éviter cette polémique, la directive n° 2000/43/CE du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique précise dans son préambule que « l'Union européenne rejette toutes théories tendant à déterminer l'existence de races humaines distinctes. L'emploi du mot "race" dans la présente directive n'implique nullement l'acceptation de telles théories ». Sur cette directive, V. V. Guiraudon, *Construire une politique européenne de lutte contre les discriminations : l'histoire de la directive « race »*, in *Sociétés contemporaines* 2004, n° 53, p. 11 et s.

(21) Rapp. C. cass. 2008, *Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La Documentation française, 3^e partie, spéc. p. 85.

(22) En ce sens, V. A. Cerf-Hollender, *L'extension du champ pénal de lutte contre les discriminations : Mél. Ottenhof*, Dalloz, 2006, p. 367 et s., spéc. p. 371 : « Il est heureux que le législateur n'aggrave pas la répression en fonction du nombre de motifs discriminatoires constatables (...) retenir à l'égard d'un étranger à la fois la race, le patronyme et l'apparence physique heurterait la règle *non bis in idem* car tous ces éléments reflètent en réalité un unique motif discriminatoire : le racisme ».

(23) La Cour de cassation précise à ce titre que le nom ou le prénom « peut être considéré comme signe d'une origine, sinon de l'appartenance vraie ou supposée à une ethnie, une nation ou une race » (Rapp. C. cass. 2009, *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La Documentation française, 4^e partie, spéc. p. 345).

(24) C. Willmann, *Définir la race et l'ethnie, préalable à la lutte contre le racisme en entreprise : Dr. soc.* 2007, p. 936 et s., spéc. p. 940 : « Le juriste est frappé d'une sorte d'inhibition qui se manifeste d'une part par l'indécision et l'imprécision de son appareillage linguistique, la langue du droit étant étonnement approximative et d'autre part par les critères retenus pour définir les notions de race ou d'ethnie du salarié ».

(25) La directive n° 2000/78/CE du 28 juin 2000 ne vise que les notions de race et d'origine ethnique sans se référer aux notions d'origine au sens large, ni à l'apparence physique ou au nom de famille.

(26) CEDH, 13 déc. 2005, req. n°s 55762/00 et 55974/00, *Timichev c/ Russie* : « L'origine ethnique et la race sont des notions liées qui se recoupent (...) mais si la notion de race trouve son origine dans l'idée d'une classification biologique des êtres humains en sous-espèces selon leur particularités morphologiques (couleur de la peau, traits du visage), l'origine ethnique se fonde sur l'idée de groupes sociaux ayant en commun une nationalité, une appartenance tribale, une religion, une langue, des origines et un milieu culturels et traditionnels ».

(27) Sur une tentative de définition de l'apparence, V. Cons. prud'h., 17 sept. 2002, n° 02-03547 : *RJS* 2003, n° 309. Le Conseil estime que la notion d'apparence physique correspond à l'aspect extérieur du salarié ; elle comprend aussi bien sa physiologie et sa constitution physique que sa tenue vestimentaire. L'employeur soutenait que la notion d'apparence physique ne renvoyait qu'au corps du salarié.

(28) B. Teyssié, *Droit civil : Les personnes*, Litec, 12^e éd. 2010, n° 257 : « [Il faut] éviter que le port du nom, parce qu'il suscite méfiance ou rejet, ne se retourne contre son titulaire ».

Celle-ci permet de lutter contre l'exclusion des procédures de recrutement des candidatures présentant des noms à consonance étrangère. À défaut de confrontation physique avec le décideur, la prohibition des distinctions fondées sur l'apparence s'avère impuissante à combattre l'exclusion.

288. – La Cour de cassation décide que le fait de demander à un salarié de changer son prénom à consonance orientale pour un prénom français est de nature à constituer une discrimination en raison de son origine. L'acceptation du salarié et l'absence d'autre forme de traitement défavorable ne sont pas des éléments objectifs justifiant la demande de l'employeur⁽²⁹⁾. À l'inverse, la personne qui a sur sa propre initiative francisé son nom ne saurait s'estimer victime d'une discrimination⁽³⁰⁾.

289. – De cette solution, deux conséquences contradictoires se dégagent. D'une part, le prénom du salarié n'est pas protégé pour lui-même ; si un employeur demande à un salarié de substituer à son prénom un autre d'une même « origine », aucune discrimination ne peut être établie. D'autre part, la simple demande de changement de prénom constitue un traitement défavorable qui, inspirée par un motif illicite, se transforme en discrimination. Comme l'estime un auteur, le prénom est l'un des marqueurs essentiels de l'identité individuelle et collective d'une personne ; demander d'en changer constitue une négation inacceptable de cette dernière⁽³¹⁾. Dès lors, élément de définition de « l'homme essentiel », le prénom du salarié devrait être protégé en tant que tel, sans référence à l'origine.

290. – Séparés du concept de « race », les critères qui le définissent parfois dans l'opinion publique autorisent une extension de la notion de discrimination à l'infini. Des aspects de la personnalité du salarié, même s'ils nécessitent une attention particulière, se trouvent protégés par la discrimination alors même qu'ils ne relèvent pas nécessairement de la dignité humaine.

291. – Par le biais du critère de l'apparence physique, la HALDE a naguère retenu l'existence d'une discrimination à l'encontre d'une personne maigre⁽³²⁾ ou grosse⁽³³⁾. À l'inverse de la Haute autorité, les juridictions du fond se refusent à sanctionner les distinctions effectuées en raison de l'apparence physique⁽³⁴⁾ sans les rattacher à une discrimination en raison de la religion⁽³⁵⁾, à une discrimination

(29) Cass. soc., 10 nov. 2009, n° 08-42.286 : RJS 2010, n° 4. Dans son rapport pour 2009, la Cour de cassation précise que cette demande avait été faite au salarié « pour qu'il adopte un prénom convenant au type de clientèle fréquentant l'établissement, en l'occurrence la bourgeoisie Marseillaise » (Rapp. C. cass. 2009, *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La Documentation française, 4^e partie, spéc. p. 345).

(30) En ce sens, V. CA Paris, 31 mars 2011, n° 09-4801. Pour la cour d'appel de Paris, le fait qu'un salarié ait lui-même francisé son nom, dans le cadre de ses fonctions professionnelles, ne caractérise pas une discrimination fondée sur l'origine.

(31) En ce sens, V. E. Pierroux, *Le prénom de l'emploi* : *Gaz. Pal.* 7 janv. 2010, n° 7, p. 11 et s. Selon cet auteur, « un salarié ne saurait devoir sacrifier sa vie en changeant de prénom pour être embauché ni un employeur faire ainsi prévaloir la vie de son entreprise ».

(32) Délib. HALDE 1^{er} oct. 2007, n° 2007-252.

(33) Délib. HALDE 1^{er} oct. 2007, n° 2007-251.

(34) La discrimination en raison de l'apparence physique est pourtant une réalité. En ce sens, V. J. Duportail, *Mon patron refuse de m'embaucher parce qu'il me trouve moche* : *Le Monde* 18 août 2010.

(35) Cons. prud'h., 17 déc. 2002, n° 02-03547 : RJS 2003, n° 309. Le Conseil estime que le port d'un voile fait partie de l'apparence physique d'un salarié. La notion d'apparence physique sert ici à protéger la liberté de conviction

raciale⁽³⁶⁾ ou même à un handicap⁽³⁷⁾. D'autres assimilent même l'apparence physique au concept de race⁽³⁸⁾. Il faut espérer que les prétoires resteront hermétiques aux influences des délibérations afin de préserver l'objet du concept de discrimination.

292. – Proposition. Si le critère de l'apparence physique ou du nom de famille ne saurait justifier objectivement des différences, leur place parmi les motifs discriminatoires n'est pas satisfaisante. Le recours au principe d'égalité de traitement permet d'éviter de telles dérives sans mobiliser le concept de discrimination qui, à force d'être « surexploité », perd de son intensité et de sa pertinence.

293. – Une modification des textes prohibant toute discrimination « raciste » permettrait de cantonner la notion aux éléments ayant trait à « l'homme essentiel » ; elle ne conférerait plus à ce concept impropre des caractéristiques objectives, telles que la couleur de peau ou le nom. La sécurité juridique⁽³⁹⁾ serait ainsi préservée et la notion de race, au moins dans les textes, détachée de toutes caractéristiques matériellement vérifiables.

294. – Origine. Si elle s'en sépare aujourd'hui, la notion d'origine⁽⁴⁰⁾ était perçue initialement comme une protection supplémentaire visant à prohiber les exclusions « racistes⁽⁴¹⁾ » ; elle renvoyait aux origines « raciales » ou ethniques de l'individu. La directive du 28 juin 2000 ne conçoit d'ailleurs pas le motif de l'origine détaché de l'ethnie⁽⁴²⁾.

295. – Mais l'imprécision du terme « origine » pousse certains à l'entendre largement. Le professeur Malabat souligne que le « manque de protection du statut social des individus⁽⁴³⁾ » par le droit positif pourrait être compensé par le biais de ce motif ; des propositions législatives visent à étendre cette protection aux origines sociales ou culturelles des individus⁽⁴⁴⁾. Des rapports préconisent d'élever au rang de critère de distinction illicite le lieu de résidence⁽⁴⁵⁾ du salarié ou du candidat

religieuse du salarié, et n'est pas protégée en tant que telle. V. également, pour le port de la barbe, comme manifestation extérieure de la pratique d'une religion, CA Orléans, 21 juin 2007, n° 06/01917 : *JurisData* n° 2007-347218.

(36) En ce sens, V. CA Paris, 9 sept. 2003, n° 2002/38013. – CA Orléans, 21 juill. 2007, n° 06/011917 : *JurisData* n° 2007-347218. – Pour une application en matière pénale, V. CA Douai, 22 oct. 2009, n° 08/02613 : *JurisData* n° 2009-022081.

(37) En ce sens, V. CA Douai, 29 sept. 2004, n° 01-02849 : *JurisData* n° 2004-257333. Les juges ont refusé de considérer l'augmentation de poids d'une salariée animatrice de vente d'un produit amincissant comme un handicap. Ils ont validé la « clause de poids » prévue dans son contrat de travail, liée à la nature des fonctions exercées et ont jugé que son licenciement reposait sur une cause réelle et sérieuse.

(38) En ce sens, V. CA Orléans, 11 mai 2006, n° 05/01195 : *JurisData* n° 2006-301442.

(39) Il pourrait être reproché à la définition proposée de ne pas être suffisamment précise. Cette critique peut être adressée au texte actuel qui mentionne la notion de « race ». Mais l'imprécision est inhérente à une notion qui ne repose sur aucune réalité scientifique.

(40) Sur une demande de reconnaissance d'une discrimination en raison de la non-origine corse d'un salarié, V. Cass. soc., 28 janv. 2010 : *Bull. civ.* 2010, V, n° 26, n° 08-4486.

(41) En ce sens, V. J. Pradel et M. Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, Cujas, 5^e éd. 2008, n° 384.

(42) La directive n° 2000/78/CE du 28 juin 2000 précise que « la présente directive a pour objet d'établir un cadre pour lutter contre la discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique ».

(43) V. Malabat, *Droit pénal spécial*, Dalloz, 3^e éd. 2007, n° 470.

(44) En ce sens, V. Rapp. AN n° 3502, 6 déc. 2006, relatif aux politiques d'intégrations des migrants dans l'Union européenne qui propose de créer une « action positive à la française fondée sur l'origine sociale et le territoire, et non sur l'origine ethnique ».

(45) La HALDE formulait une proposition similaire (en ce sens, V. Délib. HALDE n° 2011-121, 18 avr. 2011).

à l'embauche et l'origine *lato sensu*⁽⁴⁶⁾. La notion extensive de l'origine retenue par le droit allemand permet de protéger l'origine parentale ou la culture populaire du candidat à l'emploi ou du salarié⁽⁴⁷⁾.

296. – Malgré l'actualité de ce débat, peuvent déjà être mobilisés des fondements textuels prohibant les discriminations en raison des origines sociales des individus. La Convention n° 111 de l'Organisation internationale du travail⁽⁴⁸⁾, ratifiée par la France⁽⁴⁹⁾, prohibe toutes discriminations « fondées sur les origines sociales des individus⁽⁵⁰⁾ ». Nonobstant ce fondement textuel, les juges se montrent réticents à sanctionner ces distinctions illicites⁽⁵¹⁾.

La protection de l'origine sociale des individus relève davantage d'une politique d'égalité des chances que de la lutte contre les discriminations. Le Conseil d'État a d'ailleurs sanctionné sur le fondement de l'égalité de traitement une procédure d'inscription qui aurait pu constituer une discrimination en raison de l'origine sociale des candidats⁽⁵²⁾. L'introduction de ce motif comporte un risque de dérive égalitariste⁽⁵³⁾. Elle s'oppose à la logique de la prohibition des discriminations qui n'a pas pour objectif d'interdire toutes distinctions entre individus mais uniquement de proscrire celles reposant sur un motif illicite.

297. – La faculté d'interprétation laissée aux juges par l'imprécision nous semble préférable aux excès auxquels pourrait conduire la consécration dans l'ordre interne de l'origine sociale ou culturelle des individus comme motif de distinction illicite.

2) Les caractéristiques génétiques

298. – **Domaine.** Dernier critère discriminatoire introduit dans le Code du travail⁽⁵⁴⁾, alors même qu'aucune pratique semblable n'était constatée⁽⁵⁵⁾, l'interdic-

(46) Le lieu de résidence relève de l'origine de la personne. Sur la proposition d'intégrer au motif discriminatoire le lieu de résidence du candidat à l'emploi et du salarié, V. Rapp. Deloitte, *La promotion de la diversité dans les entreprises. Les meilleures expériences en France et à l'étranger*, commandé par le Centre d'analyse stratégique, juin 2010, spéc. p. 83.

(47) A. Feuerbon et P. Bailly, *Discriminations interdites en droit du travail* : RJS 2009, p. 268 et s., spéc. p. 269.

(48) Conv. n° 111 du 4 juin 1958 relative à la discrimination.

(49) La Convention n° 111 de l'OIT a été ratifiée par la France le 28 mai 1981.

(50) L'article 1^{er} de cette convention interdit 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 chance ou de traitement en matière d'emploi ou de profession ».

(51) En ce sens, V. Cass. crim., 27 sept. 2005, n° 05-80.123 : *Bull. crim.* 2005, n° 238. La Cour de cassation rejette ici la qualification d'injure discriminatoire aux propos qualifiant un individu d'« aristocrate décadent » pour qui « la France est née en 1789 ». L'origine sociale ne semble pas protégée au titre de la prohibition des discriminations relative aux origines.

(52) En ce sens, V. CE, 15 janv. 1997, n° 182777. La procédure d'inscription par voie télématique mise en œuvre par une université consistait à retenir, dans l'ordre chronologique, les confirmations de demande d'inscription reçues sur un serveur « minitel ». Le Conseil d'État a estimé que cette procédure violait le principe d'égalité de traitement, notamment en raison « des conditions d'équipement télématique et informatique des intéressés ».

(53) L'attitude générale d'un individu, son langage, son comportement peuvent résulter de son éducation et au sens large, de son « origine sociale ». La consécration de ce motif au rang des critères de distinction illicite rendrait toute exclusion fondée sur l'un de ces éléments illégale. Toute différenciation, aussi légitime soit-elle, pourrait être soumise à contestation.

(54) Ce critère a été introduit par l'article 4 de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative au droit des malades et à la qualité du système de soins. La prohibition des discriminations en raison de l'état de grossesse a été inscrite dans le Code du travail par l'article 2 de la loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes. Cependant, une telle protection pouvait déjà être obtenue par le biais de l'interdiction des discriminations en raison du sexe. La prohibition des distinctions en raison des caractéristiques génétiques constitue la dernière avancée réelle, mais pas nécessairement utile, de la lutte contre les discriminations.

(55) En ce sens, V. I. Vacarie, *Du bon et du mauvais usage des caractéristiques génétiques* : *RD sanit. soc.* 2005, p. 195 et s. L'introduction de ce nouveau critère illustre d'une part l'extension de la lutte contre les discriminations à des critères

tion d'arrêter des décisions en raison des caractéristiques génétiques des individus vise « à éviter que l'employeur ne pratique une sorte d'eugénisme à l'entrée de son entreprise⁽⁵⁶⁾ ». Si la possibilité d'une sélection reposant sur ces caractéristiques se conçoit pour la conclusion d'un contrat d'assurance⁽⁵⁷⁾, la portée de cette disposition nous semble limitée dans le cadre des relations de travail⁽⁵⁸⁾.

299. – Pourtant, des prédispositions génétiques pour des maladies professionnelles peuvent être scientifiquement établies. L'étude des caractéristiques génétiques des candidats à l'embauche ou des salariés peut, dans cette circonstance particulière, s'avérer pertinente et les exceptions générales au principe de non-discrimination semblent autoriser de telles pratiques⁽⁵⁹⁾. À l'inverse, dans l'hypothèse d'une maladie plurifactorielle, la pertinence du contrôle des caractéristiques génétiques du salarié ou du candidat à l'emploi s'avère plus difficile à soutenir. La faiblesse du lien de causalité entre les prédispositions de l'individu, l'activité professionnelle exercée et le déclenchement de la maladie ne saurait permettre d'écarter sa candidature à un emploi. En toute hypothèse, le consentement du salarié devra être obtenu préalablement à ces investigations⁽⁶⁰⁾.

b) L'illicite relatif

300. – Subis par l'individu, son sexe (1), son âge (2) et son état de santé (3) font l'objet d'une protection spécifique : les possibilités d'y déroger sont expressément prévues par le Code du travail⁽⁶¹⁾.

1) Le sexe

301. – L'interdiction des discriminations en raison du sexe subit une double évolution : un nouvel objectif lui est assigné (α) et de nouveaux bénéficiaires peuvent s'en prévaloir (β).

secondaires et d'autre part, le décalage entre les préoccupations du législateur et la réalité. Si aucun phénomène de discrimination en raison des caractéristiques génétiques n'était constaté dans le monde du travail, pourquoi créer un nouveau motif de distinction illicite ?

(56) S. Brissy, *Discrimination : JCl. Travail Traité*, Fasc. 17-11.

(57) Conscient de l'exclusion engendrée par la mise en œuvre de tests génétiques prédictifs, le législateur les interdit même lorsqu'ils consistent « en des opérations ayant pour objet la prévention et la couverture du risque décès, des risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou des risques d'incapacité de travail ou d'invalidité ».

(58) Le coût de ces analyses dépasse le bénéfice que pourrait en tirer l'entreprise. Cette interdiction n'a que très peu de portée dans le cadre de la gestion d'une entreprise ; sa consécration par le Code du travail permet seulement d'arrêter une liste de critères discriminatoires commune au Code du travail et au Code pénal.

(59) C. trav., art. L. 1133-1. L'objectif de détecter une maladie, aux conséquences graves sur la santé du travailleur, constitue, selon nous, un objectif légitime. Le caractère proportionné de la mesure pourra être soutenu dès lors que la recherche génétique sera limitée aux prédispositions litigieuses. Enfin, l'exigence professionnelle sera essentielle si l'exposition aux risques relève des missions normales et permanentes du salarié.

(60) L'article 226-25 du Code pénal sanctionne d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende « le fait de procéder à l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne à des fins autres que médicales ou de recherche scientifique (...) sans avoir recueilli préalablement le consentement de l'intéressé ».

(61) C. trav., art. 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 ». – C. trav., art. 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 proportionnées ». – C. trav., art. L. 1142-2 : « Lorsque l'appartenance à l'un ou l'autre des deux sexes répond à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et proportionné, les interdictions [des distinctions illicites] ne sont pas applicables ».

α) Un nouvel objectif

302. – Évolution de la protection des femmes. Initialement adoptées pour se préserver « contre un abâtardissement de la race⁽⁶²⁾ », les législations en faveur des femmes ont ensuite constitué un fondement de la construction du Marché commun, au travers de la prohibition des discriminations à raison du sexe⁽⁶³⁾. Cette seconde dynamique a conduit la législation européenne⁽⁶⁴⁾ à remettre en cause les solutions adoptées afin de satisfaire au premier objectif⁽⁶⁵⁾. Hier⁽⁶⁶⁾ source de protection⁽⁶⁷⁾, l'attribution historique des tâches ménagères aux femmes est dorénavant la principale responsable de l'inégalité constatée⁽⁶⁸⁾. Le juge européen se refuse cependant à intervenir dans ce domaine⁽⁶⁹⁾. Le paradigme du travail des femmes s'est inversé : de la protection au nom d'une prétendue faiblesse ou pour préserver leur rôle dans la sphère familiale, il vise dorénavant à consacrer un principe d'égalité formelle entre les sexes tout en niant les inégalités réelles qui demeurent⁽⁷⁰⁾. Ces

(62) P. Pic, *Traité élémentaire de législation ouvrière*, 1922, n° 697 et s. Cet auteur recense les arguments en faveur de l'encadrement du travail des femmes. Selon les positions de l'époque « les femmes adultes sont en majorité en puissance de mari. Elles doivent avant tout s'occuper des soins du ménage et de l'éducation des enfants ; il convient que le législateur les protège, dans l'intérêt du mari et de la famille contre une exploitation abusive des chefs d'industrie » ; « La femme, comparée à l'homme adulte, est un être faible, incapable de fournir sans danger grave pour sa santé un travail trop long et trop pénible ; il est donc nécessaire de la protéger contre elle-même » ; « L'état physique de la femme exerce une influence fatale et nécessaire sur celui de l'enfant. Faute d'avoir réglementé le travail des femmes, la société sera vite menacée d'un abâtardissement de la race ». Ces arguments démontrent combien le chemin pour accorder aux femmes, en cette seule qualité, les mêmes droits qu'aux hommes a été long.

(63) La prohibition des discriminations en raison du sexe ou de la nationalité prévue dans le traité instituant la Communauté économique européenne avait pour objectif « d'assurer la construction du marché commun européen et d'empêcher les distorsions de concurrence » (J. Ringelheim, *L'Europe en quête d'égalité : genèse de la première directive prohibant la discrimination raciale et ethnique*, in *Diversité et discriminations raciales, une perspective transatlantique*, Dalloz, 2009, p. 99 et s.).

(64) Le droit de l'Union européenne accorde une place particulière à l'égalité entre les hommes et les femmes en lui consacrant l'article 157 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne sur l'égalité de rémunération. La directive n° 2006/54/CE du 5 juillet 2006 traite 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.

(65) CJCE, 25 juill. 1991, aff. C-345/89, *Stoekel*. La Cour de justice estime que la règle de droit français interdisant le travail de nuit aux femmes dans les emplois de nature industrielle est contraire au principe général de non-discrimination. La différenciation opérée est hors de proportion avec l'objectif de protection que voudrait poursuivre la législation française. Sur cette décision, V. M.-A. Moreau, *Travail de nuit des femmes, observations sur l'arrêt de la CJCE du 25 juillet 1991* : *Dr. soc.* 1992, p. 174 et s. La loi du 2 septembre 1892 avait interdit le travail des femmes ainsi que celui des mineurs de dix-huit ans les jours fériés ; pour se conformer aux exigences communautaires, la loi n° 87-423 du 19 juin 1987 sur l'égalité des sexes a levé cette interdiction.

(66) Certains estiment que la dévolution historique des tâches ménagères aux femmes est aujourd'hui encore un facteur de protection et de résistance contre le stress généré par le travail. En ce sens, V. Rapp. Sénat n° 642, 7 juill. 2010, spéc. p. 36 : « [Des sociologues] ont toutefois fait remarquer que la « double journée » des femmes les protège peut-être contre la « colonisation » de l'esprit par le travail observée chez certains hommes. En d'autres termes, les exigences des tâches domestiques obligeraient les femmes à se fixer une limite et empêcheraient le travail d'occuper toute leur vie, ce qui peut être un facteur d'équilibre et un élément protecteur ». La protection contre le stress résultant des activités familiales peut également bénéficier aux hommes.

(67) P. Pic, *Traité élémentaire de législation ouvrière*, 1922, n° 697 et s. L'auteur précise qu'il faut réglementer le travail des femmes afin « de leur imposer, ou du moins obliger ceux qui les emploient à leur laisser chaque jour assez de loisirs pour vaquer aux soins du ménage et à l'éducation des enfants ».

(68) En ce sens, V. D. Meurs, A. Pailhe et S. Ponthieux, *Enfants, interruptions d'activités et écart de salaire entre les sexes* : *Rev. OFCE* juill. 2010, p. 113 et s., spéc. p. 129 : « Réduire la discrimination salariale implique que les femmes qui souhaitent poursuivre leur carrière puissent être crédibles auprès de leurs employeurs. Cela suppose soit que la norme sociale devienne de mener une carrière continue, soit qu'il y ait incertitude sur qui, du père ou de la mère, va rester à la maison, ce qui est encore plus utopique. Cela demanderait une volonté politique forte, visant par exemple à développer un congé parental mieux rémunéré dont une partie significative serait réservée au père ».

(69) CJCE, 12 juill. 1984, aff. C-184/83, § 1, *Hoffman c/ Barmer Ersatzkasse* : « La directive 76/207 n'a pas pour objet de régler les questions relatives à l'organisation de la famille ou de modifier la répartition des responsabilités au sein du couple ».

(70) En ce sens, V. A. Supiot, *Principe d'égalité et limites du droit du travail (en marge de l'arrêt Stoekel)* : *Dr. soc.* 1992, p. 382 et s., spéc. p. 385 : « L'idée selon laquelle les hommes et les femmes ne sont pas en fait à égalité face [aux

dernières, qui résultent d'une forme traditionnelle d'organisation de la société, ne peuvent justifier une différence de traitement entre les hommes et les femmes ; à l'inverse, les inégalités « naturelles » entre les sexes doivent être compensées par le droit⁽⁷¹⁾ même en dehors de la relation de travail salariée⁽⁷²⁾.

303. – Discrimination sexuelle au préjudice des hommes. Vecteur de l'émancipation des femmes, l'interdiction des distinctions en raison du sexe peut être invoquée par des hommes afin de bénéficier d'emplois⁽⁷³⁾ ou de dispositions dont ils étaient traditionnellement exclus. Indirectement, ces actions concourent à la promotion des femmes puisqu'elles s'opposent à une protection paternaliste inutile et concourent à l'établissement de l'égalité entre les sexes. Dès lors que les hommes et les femmes sont dans une situation équivalente, aucune différence de traitement ne saurait être justifiée. Une prime de naissance⁽⁷⁴⁾, de crèche⁽⁷⁵⁾ ou un congé supplémentaire pour enfant à charge⁽⁷⁶⁾ doit être accordé indifféremment aux membres des deux sexes qui en remplissent les conditions d'attribution.

304. – L'éducation des enfants n'incombe pas qu'à titre subsidiaire aux hommes et l'attribution d'un congé de paternité n'est pas subordonnée à l'impossibilité pour la mère de s'occuper d'eux⁽⁷⁷⁾. Inversement, une différence de situation

responsabilités familiales], et que par conséquent l'égalité concrète consiste à traiter en droit ces situations différentes de manière différente est rejetée par la Cour ». Le professeur Supiot estime que la séparation radicale entre l'égalité formelle dans la vie professionnelle et les inégalités concrètes dans la vie extraprofessionnelle va à rebours de toute l'histoire du droit du travail « qui a consisté précisément à reconnaître la dimension personnelle de la prestation de travail, autrement dit à ne pas traiter le salarié comme un simple opérateur, mais à voir en lui un homme ou une femme ». La principale inégalité entre les hommes et les femmes ne réside pas dans la sphère professionnelle mais dans la répartition des tâches dans la sphère privée.

(71) Le droit vise à rendre indifférente à la relation de travail la grossesse, principale inégalité naturelle entre les hommes et les femmes. Outre les mécanismes de protection du contrat de travail pendant cette période, l'article L. 1225-26 du Code du travail prévoit que la rémunération de la femme enceinte est, à la suite de son congé maternité, « majorée des augmentations générales ainsi que de la moyenne des augmentations individuelles perçue pendant la durée de ce congé par les salariés relevant de la même catégorie professionnelle, ou à défaut de la moyenne des augmentations individuelles dans l'entreprise ».

(72) Un projet de directive vise à accorder aux travailleuses indépendantes une allocation de maternité leur permettant d'interrompre leur activité à l'occasion d'une grossesse pendant au moins quatorze semaines. Sur ce projet, V. M. Bruggeman, *Égalité de traitement et profession indépendante : bientôt une nouvelle directive européenne* : Dr. famille juill. 2010, alerte 48.

(73) En ce sens, V. J. Savatier, *Les discriminations dans l'emploi à raison du sexe* : Dr. soc. 1984, p. 341 et s. « Le fait de réserver aux femmes certains types d'emplois, présumés correspondre mieux aux qualités féminines, consacre une discrimination qui favorise la dévalorisation des emplois qualifiés de féminins ».

(74) Cass. soc., 8 oct. 1996, n° 92-42.291 : Bull. civ. 1996, V, n° 311 : « La prime prévue, au profit de la mère de famille, et constituant un élément de sa rémunération, lui étant versée non seulement à l'occasion de la naissance d'un enfant, mais également en cas d'adoption d'un enfant, le conseil de prud'hommes a relevé à juste titre qu'il ne s'agissait pas d'une mesure destinée à protéger la grossesse ou la maternité ou à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes en matière d'emploi, mais d'un supplément de rémunération visant à indemniser la salariée des dépenses liées à la présence d'un enfant au foyer, dépenses auxquelles l'homme devait faire face au même titre que la femme ».

(75) Cass. soc., 27 févr. 1997, n° 90-42.239 : Bull. civ. 1997, V, n° 101.

(76) En ce sens, V. Cass. soc., 4 mai 2011, n° 09-72.206. La Cour de cassation précise que le principe d'égalité de rémunération entre les sexes posé par le droit européen s'oppose à ce que des congés supplémentaires ayant pour objet de favoriser la présence d'un jeune parent auprès de ses enfants ne soient pas accordés aux pères.

(77) Cass. soc., 5 mai 1988, n° 86-40.164 : Bull. civ. 1988, V, n° 277 : « Les textes ne subordonnent pas l'ouverture du droit au congé parental d'éducation au bénéfice du père salarié à l'exercice d'une activité salariée de la mère ». En l'espèce, la mère était au chômage et l'employeur du père arguait qu'elle devait s'occuper de l'enfant. En ce sens, V. également CJUE, 30 sept. 2010, aff. C-104/09, *Roca Alvarez c/ Sesa Start Espana ETT SA* : JCP S 2010, act. 477. La Cour de justice de l'Union européenne s'oppose à la reconnaissance d'une primauté du rôle de la mère sur celui du père. Elle estime qu'un congé attribué aux mères salariées doit être attribué aux pères salariés dans les mêmes conditions.

physiologique entre les hommes et les femmes, notamment la grossesse, justifie l'octroi d'un traitement plus favorable aux femmes⁽⁷⁸⁾ dès lors que le désavantage qui en résulte n'est pas déjà réparé⁽⁷⁹⁾. Si ces avantages étaient accordés de façon bilatérale, une nouvelle inégalité serait créée⁽⁸⁰⁾.

305. – Alors que doivent être compensées les inégalités physiologiques, les inégalités sociologiques entre les hommes et les femmes demeurent indifférentes aux relations de travail. Comme le précise le professeur Lhernoud, « la difficulté réside alors dans la détermination de la finalité de l'avantage⁽⁸¹⁾ ».

β) De nouveaux bénéficiaires

306. – **Assimilation des discriminations à l'égard des transsexuels à des discriminations sexistes.** Comme droit fondamental, « le principe de non-discrimination doit être interprété de manière large⁽⁸²⁾ ». Bien que relevant d'un choix conscient du salarié, la protection des transsexuels doit cependant être mentionnée au titre des motifs de distinction illicites subis : la jurisprudence européenne les rattache à l'interdiction des discriminations en raison du sexe. Dès lors, un employeur ne peut se prévaloir du changement de sexe d'un salarié pour le licencier⁽⁸³⁾. Cette position a été confortée par la directive n° 2006/57/CE⁽⁸⁴⁾ qui précise qu'« eu égard à son objet et à la nature des droits qu'il tend à sauvegarder, le principe de [la prohibition des discriminations sexuelles] s'applique également aux discriminations qui trouvent leur origine dans le changement de sexe d'une personne ».

307. – La protection s'étend à toutes mesures défavorables pouvant être infligées au salarié en raison de ce choix et elle n'est pas limitée à la réalisation effective de l'opération⁽⁸⁵⁾. Malgré la possibilité qui lui a été offerte⁽⁸⁶⁾, la juris-

(78) Cass. soc., 21 mars 2000, n° 98-45.485 : *Bull. civ.* 2000, V, n° 110 : « Le principe d'égalité des rémunérations consacré à l'article 119 du traité CE, ne s'oppose pas au versement d'une allocation forfaitaire aux seuls travailleurs féminins qui partent en congé de maternité dès lors que cette allocation est destinée à compenser les désavantages professionnels qui résultent pour ces travailleurs de leur éloignement du travail ». Cette décision reprend la position dégagée par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'arrêt *Abdoulaye* du 16 septembre 1999 (aff. C-218/98).

(79) Les dispositions internes accordant aux femmes en congés maternité la moyenne des augmentations octroyées pendant leur absence s'oppose au maintien des solutions relatives aux primes de grossesse.

(80) En ce sens, V. D. Everaert-Dumont, *Discrimination dans l'attribution de jours de congés supplémentaires* : JCP S 2011, 1323 : « Accorder ces avantages de façon bilatérale reviendrait en réalité à créer une nouvelle inégalité, les situations n'étant pas comparables, ou à remettre en question ces politiques sociales. En revanche, les principes de non-discrimination et d'égalité doivent jouer à plein lorsque rien ne justifie une démarche sexuée ».

(81) J.-P. Lhernoud, *Un congé supplémentaire ne peut pas être réservé aux seules mères* : JSL 2011, n° 302, p. 10 et s., spéc. p. 11.

(82) J. Ringelheim, *L'Europe en quête d'égalité : genèse de la première directive prohibant la discrimination raciale et ethnique*, in *Diversité et discriminations raciales, une perspective transatlantique*, Dalloz, 2009, p. 99 et s.

(83) CJCE, 30 avr. 1996, aff. C-13/94, P. c/ S. et Cornwall County Council : RJS 1996, n° 857 : « Compte tenu de l'objectif visé par la directive n° 76/207 du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'accès à l'emploi et des conditions de travail (...) s'oppose au licenciement d'un transsexuel pour motif lié à la conversion sexuelle ».

(84) Dir. n° 2006/54/CE, 5 juill. 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 : JOUE 26 juill. 2006.

(85) Dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt du 30 avril 1996, le licenciement était intervenu entre l'information donnée par le salarié de son intention de changer de sexe et l'opération.

(86) En ce sens, V. CA Paris, 25 janv. 2005, n° S03/36954 : *JurisData* n° 2005-264651. Un salarié avait subi des brimades de la part de ses collègues et des supérieurs à la suite de son changement de sexe et avait été licencié. Bien

prudence interne ne s'est pas prononcée sur la transposition des solutions européennes.

308. – Comme le précise la Cour européenne des droits de l'Homme⁽⁸⁷⁾, le salarié est assimilé totalement au sexe qu'il rejoint⁽⁸⁸⁾ ; sa transformation lui confère l'ensemble des droits octroyés au sexe qu'il acquiert⁽⁸⁹⁾. Malgré ses effets, ce changement doit demeurer intime : la HALDE recommandait naguère aux organismes de sécurité sociale de mettre en adéquation le numéro de sécurité sociale du transsexuel avec son apparence physique⁽⁹⁰⁾.

309. – Transformation et impact sur le lien contractuel. La prohibition des discriminations sexistes interdit à un employeur de justifier le licenciement d'un salarié par sa transformation. Ce principe doit néanmoins être tempéré lorsque l'appartenance à l'un des sexes constitue un élément déterminant de la conclusion du contrat⁽⁹¹⁾ ; la transformation du salarié a nécessairement une influence sur l'exécution de la prestation demandée. À défaut de reclassement possible sur un poste pour lequel cette transformation est indifférente, le licenciement du salarié pour un motif personnel devrait être envisagé.

310. – Est-il possible d'étendre la prohibition des discriminations au salarié qui, sans changer physiquement, adopte les apparences vestimentaires de l'autre sexe ? Le transsexualisme ne serait pas constitué juridiquement⁽⁹²⁾ ; il conviendrait alors d'appliquer les solutions dégagées par la jurisprudence en matière de liberté vestimentaire⁽⁹³⁾ et un contact régulier avec la clientèle pourrait permettre à l'employeur de s'opposer aux pratiques de son salarié.

que soulevée, la discrimination n'a pas été retenue et le licenciement a seulement été considéré sans cause réelle et sérieuse.

(87) CEDH, 11 juill. 2002, n° 28957/953, *Goodwin c/ Royaume-Uni* : « S'il appartient à l'État contractant de déterminer, notamment, les conditions que doit remplir une personne transsexuelle qui revendique la reconnaissance juridique de sa nouvelle identité sexuelle pour établir que sa conversion sexuelle a bien été opérée et celles dans lesquelles un mariage antérieur cesse d'être valable, ou encore les formalités applicables à un futur mariage (par exemple, les informations à fournir aux futurs époux), la Cour ne voit aucune raison justifiant que les transsexuels soient privés en toutes circonstances du droit de se marier ».

(88) En ce sens, J. Cavalini, *Égalité entre les hommes et les femmes : l'âge de départ à la retraite d'un transsexuel est celui applicable au sexe acquis* : JCP S 2006, 1450.

(89) CJCE, 27 avr. 2006, aff. C-423/04, *Sarah Margaret Richards c/ Secretary of State for Work and Pensions* : « La directive 79/7/CEE du 19 décembre 1978 (...) doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une législation qui refuse le bénéfice d'une pension de retraite à une personne passée, conformément aux conditions déterminées par le droit national, du sexe masculin au sexe féminin au motif qu'elle n'a pas atteint l'âge de 65 ans, alors que cette même personne aurait eu droit à une telle pension à l'âge de 60 ans si elle avait été considérée comme une femme selon le droit national ». Ces conséquences de la transformation vont à l'avenir disparaître puisque le principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière de sécurité sociale prohibe les bases de calcul des pensions de retraite différente entre les deux sexes. En ce sens, V. CJUE, 29 juill. 2010, aff. C-577/08, *Rijksdienst voor Pensioenen c/ Brouwer* : JCP S 2010, act. 425.

(90) Délib. HALDE 19 sept. 2008, n° 2008-190.

(91) Selon l'article R. 1142-1 du Code du travail, l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue la condition déterminante pour « les artistes appelés à interpréter soit un rôle féminin, soit un rôle masculin ; les mannequins chargés de présenter des vêtements et accessoires ; les modèles masculins et féminins ».

(92) Le transsexualisme nécessite un changement de l'état civil. En ce sens, V. L. Mauger-Vielpeau, *Le transsexualisme et le Code civil* : Dr. famille sept. 2005, étude 18.

(93) Sur la possibilité pour l'employeur de restreindre la liberté de se vêtir de ses salariés pour des motifs justifiés par la tâche à accomplir et proportionné au but recherché, V. Cass. soc., 28 mai 2003, n° 02-40.273 : *Bull. civ.* 2003, V, n° 178 et P. Waquet, *Le bermuda ou l'emploi (Cour de cassation, ch. sociale 28 mai 2003)* : Dr. soc. 2003, p. 808 et s.

2) L'âge

311. – L'appréhension de l'âge sous l'angle de la discrimination s'avère complexe⁽⁹⁴⁾. Critère de distinction illicite⁽⁹⁵⁾, on ne peut ignorer les conséquences qu'il est susceptible d'avoir sur les capacités d'un salarié à exercer certaines tâches. Dès lors, les dispositions européennes⁽⁹⁶⁾ et nationales⁽⁹⁷⁾ facilitent les différences de traitement reposant sur ce critère ; en résulte pour certains une « présomption d'inaptitude en raison de l'âge⁽⁹⁸⁾ ».

312. – Source de préjugé, l'âge est également relatif : comme le précise le professeur Dupeyroux, « est jeune [ou vieux] en droit, celui qui est traité comme tel⁽⁹⁹⁾ ». Malgré ces imprécisions, jeunes et moins jeunes n'ont ni les mêmes compétences ni les mêmes besoins⁽¹⁰⁰⁾ : la césure est réelle et les distinctions obligatoires. Seul le législateur peut subordonner le bénéfice de mesures à des critères d'âge⁽¹⁰¹⁾ ; l'entreprise ne peut se référer qu'à la notion d'ancienneté, qui constitue l'apparence objective du critère de l'âge. Bien que proche, « le critère de l'ancienneté doit être nettement distingué de celui de l'âge⁽¹⁰²⁾ ».

313. – **Pertinence discutable du motif de l'ancienneté.** De prime abord, nul ne songe à attribuer des effets défavorables au critère de l'ancienneté⁽¹⁰³⁾. Sous son contrôle⁽¹⁰⁴⁾, le juge admet qu'une ancienneté⁽¹⁰⁵⁾ ou une expérience⁽¹⁰⁶⁾ plus importante justifie une différence de traitement⁽¹⁰⁷⁾. Pourtant, l'interdiction des dis-

(94) J.-P. Lhernoud, *Le chantier des discriminations à raison de l'âge* : RJS 2007, p. 595. L'auteur estime que l'âge exacerbe le problème de la comparabilité des situations puisqu'il peut s'avérer complexe de comparer la situation d'une personne qui s'estime victime d'une discrimination à raison de l'âge à un autre salarié. Si les difficultés probatoires sont réelles, une comparaison n'est pas nécessaire pour révéler une discrimination.

(95) Sur l'annulation d'un licenciement fondé uniquement sur l'âge du salarié, V. Cass. soc., 21 déc. 2006, n° 05-12.816 : *Bull. civ.* 2006, V, n° 412.

(96) Dir. n° 2000/78/CE, 27 nov. 2000 : JOUE 2 déc. 2000, § 18 : « La présente directive ne saurait, notamment, avoir pour effet d'astreindre les forces armées ainsi que les services de police, pénitentiaires ou de secours à embaucher ou à maintenir dans leur emploi des personnes ne possédant pas les capacités requises pour remplir l'ensemble des fonctions qu'elles peuvent être appelées à exercer au regard de l'objectif légitime de maintenir le caractère opérationnel de ces services ».

(97) C. trav., art. 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 ».

(98) G. Lyon-Caen, *Différence de traitement ou discrimination selon l'âge* : *Dr. soc.* 2003, p. 1047 et s., spéc. p. 1048. L'auteur précise que « les caractéristiques communes des jeunes et des vieux est de louer des services présumés de moindre valeur que ceux d'un adulte dans la force de l'âge (...) Le jeune est vigoureux mais sa cervelle légère ; le vieux est expérimenté mais son corps décrépit ».

(99) J.-J. Dupeyroux, *L'âge en droit social* : *Dr. soc.* 2003, p. 1033 et s., spéc. p. 1045.

(100) La Cour de justice de l'Union européenne refuse d'ailleurs de consacrer un principe général d'interdiction des discriminations en raison de l'âge. En ce sens, V. CJCE, 23 sept. 2008, aff. C-427/06, *Bartsch c/ BSH*.

(101) Le législateur fixe tant les limites d'âge pour accéder au marché de l'emploi que celles pour bénéficier d'une pension de retraite.

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

(103) En ce sens, V. F. Dumont, *L'ancienneté : un critère à géométrie variable* : JCP S 2007, 1487.

(104) Cass. soc., 20 juin 2001, n° 99-43.096 : « L'ancienneté, lorsqu'elle est intégrée dans le salaire de base, constitue un élément objectif pouvant justifier une différence de rémunération, il incombe au juge de vérifier si elle justifie la différence de rémunération constatée ».

(105) La différence d'ancienneté peut justifier une différence de rémunération dès lors qu'elle n'est pas déjà compensée par l'attribution d'une prime d'ancienneté. En ce sens, V. Cass. soc., 29 oct. 1996, n° 92-43.680 : *Bull. civ.* 1996, V, n° 359.

(106) En ce sens, V. notamment Cass. soc., 29 sept. 2004, n° 03-42.025 et Cass. soc., 16 févr. 2005, n° 03-40.465.

(107) Sur la possibilité de prendre en compte notamment l'ancienneté du salarié pour justifier une différence de traitement, V. Cass. soc., 15 mai 1991, n° 89-42.270 : RJS 1991, n° 841.

criminations incitant à remettre en cause ce qui pouvait être pris pour acquis, un examen de la pertinence de ce critère pour justifier d'une différence de traitement s'impose.

314. – D'autre part, selon nous, la différence de traitement constatée doit être proportionnelle aux compétences acquises grâce à l'ancienneté⁽¹⁰⁸⁾ ; elle devrait également être plafonnée. Le bénéfice tiré de l'expérience dépend des fonctions exercées⁽¹⁰⁹⁾ et décroît avec le temps⁽¹¹⁰⁾.

315. – **Ancienneté dans les fonctions et ancienneté dans l'entreprise.** Doit être distinguée de l'ancienneté exprimant un laps de temps passé au service d'un employeur celle « traduisant le temps passé à l'exercice d'une activité⁽¹¹¹⁾ ». Dans la première hypothèse, l'ancienneté vise à « fidéliser » les salariés, dans un souci d'économie des coûts inhérents à un *turn-over* trop important⁽¹¹²⁾. Dans la seconde acception, l'ancienneté vise à valoriser l'expérience professionnelle du salarié, peu important l'entreprise où il l'a acquise. Au service de ses anciens employeurs, le salarié a développé des compétences spécifiques qui, au même titre que celles acquises dans l'entreprise actuelle, méritent d'être valorisées⁽¹¹³⁾. Cette ancienneté dans le poste ou dans l'exécution de tâches permet de justifier, dans une certaine mesure⁽¹¹⁴⁾, une différence de traitement.

316. – À l'inverse, l'ancienneté au seul sens du temps passé au service d'une entreprise ne saurait justifier des distinctions. Un salarié pourra occuper des postes différents dans une même entreprise : lors de sa prise de fonction dans sa nouvelle affectation, l'ancienneté acquise au sein de l'entreprise ne lui sera bénéfique qu'à la marge de son activité⁽¹¹⁵⁾ : la différence de traitement avec un salarié nouvellement embauché ne devrait être que minime.

(108) En ce sens, V. S. Béal et C. Terrenoire, *Quel avenir pour la notion de travaux ayant une valeur égale ? : Semaine sociale Lamy* 2010, n° 1466, p. 5 et s., spéc. p. 8 : « On peut imaginer qu'une certaine proportionnalité aurait été nécessaire entre la différence d'ancienneté et l'écart de rémunération ». Le raisonnement conduit à prohiber les primes d'ancienneté fixées par tranche d'ancienneté pour leur préférer une évolution linéaire et proportionnelle de la majoration de salaire accordée en raison de ce motif.

(109) Selon nous, plus les tâches demandées seront répétitives, moins les différences de traitement pourront être justifiées par l'expérience. L'ancienneté de certains salariés peut même s'opposer à l'intérêt de l'entreprise par l'inertie au changement à laquelle elle peut conduire.

(110) Si une différence de traitement semble justifiée entre un salarié qui présente une ancienneté de trois ans et un autre qui en présente huit, cette même différence de cinq ans ne justifiera plus, selon nous, les mêmes différences lorsque le premier aura quinze ans d'ancienneté et le second vingt. La différence de compétences résultant de la différence d'ancienneté s'estompe au fil du temps. Certaines conventions collectives plafonnent d'ailleurs les primes d'ancienneté à partir d'un certain niveau d'expérience.

(111) F. Dumont, *L'ancienneté : un critère à géométrie variable* : JCP S 2007, 1487.

(112) En ce sens, V. P.-H. Mousseron, *La fidélisation du personnel* : Dr. soc. 1989, p. 479 et s., spéc. 480 : « L'origine [des avantages octroyés en raison de l'ancienneté du salarié] se trouve dans la politique des industriels de la métallurgie à la fin du XIX^e siècle, pour forger et s'attacher une classe ouvrière vouée au travail industriel ». Comme le précise cet auteur, cet objectif a trouvé ses limites : les bons éléments ne sont pas nécessairement fidélisés par les primes d'ancienneté alors que « les moins bons y sont extrêmement attachés ». L'entreprise risque de fidéliser les salariés dont elle souhaite se séparer.

(113) En ce sens, V. Cass. soc., 11 mars 2009, n° 08-40.381 : RJS 2009, n° 410 : « Une entreprise publique d'un État membre ne peut, à l'occasion du recrutement de son personnel, refuser de tenir compte de l'ancienneté, de l'expérience et des qualifications acquises antérieurement dans un domaine d'activité comparable, au service d'une entreprise publique d'un autre État membre ». Cette solution se fonde sur l'interdiction des discriminations en raison de la nationalité ; la solution dégagée pourrait, selon nous, être étendue à toutes les entreprises et détachée de ce motif de discrimination.

(114) V. *supra*, n°s 313 et s.

(115) Le salarié disposant d'une ancienneté importante dans l'entreprise mais affecté récemment à un nouveau poste présente l'avantage de connaître la structure de l'entreprise et ses particularités.

317. – Les différences de traitement résultant d'une plus grande ancienneté ne sont justifiées qu'en raison des fonctions occupées. Si elles sont uniquement liées à la présence dans une entreprise, elles s'apparentent à une « prime à la fidélité ». Indépendantes des aptitudes professionnelles du salarié, leur compatibilité avec les règles dégagées par la jurisprudence nous paraît discutable. Elle présente néanmoins un intérêt non négligeable pour les entreprises qui les mettent en place. Poursuivant un intérêt légitime, la « fidélisation » de la main-d'œuvre ne devrait pas être, par principe, condamnée. Ce constat illustre la difficulté d'apprécier la pertinence du critère de distinction retenu uniquement au travers de la tâche à effectuer. L'intérêt de l'entreprise, son passé ou le contexte dans lequel elle évolue devrait également pouvoir être invoqué pour justifier les différences de traitement qu'elle opère.

318. – **Ancienneté générale.** Certains plaident pour la reconnaissance d'une « ancienneté au travail », comptabilisée au niveau de l'État, permettant une progression et une récompense de l'expérience du salarié en dépit des ruptures qui pourraient intervenir dans son activité professionnelle. Elle aurait pour objet de récompenser le temps passé au travail par le citoyen⁽¹¹⁶⁾. Cette solution ne nous semble pas opportune. D'une part, elle engendrerait des difficultés importantes de financement. D'autre part, la valorisation de l'ensemble de la carrière du salarié nous semble déjà garantie par le mode de calcul des pensions de retraite qui tient compte de l'ensemble de l'activité professionnelle du salarié. Plus largement, l'État doit-il accorder une récompense particulière au citoyen qui travaille ? Indispensable à son épanouissement et nécessaire à sa survie, l'activité professionnelle doit certes être valorisée, mais elle n'a pas à être récompensée puisqu'elle relève de l'activité naturelle de l'Homme.

3) L'état de santé

319. – **État de santé et handicap.** À l'inverse de la législation allemande qui prévoit une durée d'incapacité minimum⁽¹¹⁷⁾, la définition française du handicap ne permet pas de la distinguer du critère de l'état de santé⁽¹¹⁸⁾ et certains critiquent la redondance de ces motifs⁽¹¹⁹⁾. Pourtant, nécessitant une protection au nom de la dignité de la personne, les situations de handicap ou d'état de santé dégradé des salariés ont des répercussions objectives sur leur capacité de travail. Sous l'angle des discriminations, une analyse commune de ces deux critères s'impose.

320. – Le législateur a retenu une définition objective du handicap qui n'est pas exempte de critique⁽¹²⁰⁾. La réalité sociologique en exigerait une approche objec-

(116) En ce sens, V. R.-M. Djotang-Ngnia, *Pour une prise en compte continue et progressive de l'ancienneté du salarié au travail* : Dr. ouvrier 2008, p. 97 et s., spéc. p. 103.

(117) D'après le Code de la sécurité sociale allemand (§ 2, al. 1), les salariés sont handicapés « si leur fonction physique, leur capacité intellectuelle ou leur santé psychique diverge de l'état typique d'un salarié de cet âge pendant plus de six mois ».

(118) C. trav., art. L. 5213-1 : « Est considéré comme travailleur handicapé toute personne dont les possibilités d'obtenir ou de conserver un emploi sont effectivement réduites par suite de l'altération d'une ou plusieurs fonctions physique, sensorielle, mentale ou psychique ».

(119) En ce sens, V. A. Cerf-Hollender, *L'extension du champ pénal de lutte contre les discriminations* : Mél. Ottenhof, Dalloz, 2006, p. 367 et s., spéc. p. 371.

(120) Est handicapé le salarié dont les capacités sont réduites dans l'absolu.

tive : ne serait handicapé que le salarié dont l'altération de l'état de santé rend plus difficile l'exécution des tâches confiées. Si elle est moins stigmatisante⁽¹²¹⁾, cette définition ne permet pas de lutter contre des exclusions systémiques fondées sur des préjugés attachés aux handicaps⁽¹²²⁾. Dès lors, les objectifs d'intégration et de lutte contre les préjugés dévolus à la politique d'interdiction des discriminations plaident en faveur de la définition objective retenue.

321. – L'interdiction des distinctions fondées sur le handicap ou l'état de santé du travailleur doit concilier le respect de la vie privée du salarié⁽¹²³⁾ et l'intérêt de l'entreprise⁽¹²⁴⁾. L'équilibre recherché sera fonction de l'étendue de l'incapacité, de sa durée prévisible et du moment de sa survenance.

322. – Afin de rendre effective l'interdiction des distinctions illicites, il convient, selon nous, de prendre en compte le moment de survenance des lésions physiques ou du handicap⁽¹²⁵⁾. Si l'état du salarié est antérieur à la relation contractuelle, sa moindre productivité ne pourra être un élément objectif et pertinent pour justifier une différence de traitement ni, *a fortiori*, la rupture du contrat de travail⁽¹²⁶⁾.

323. – **État de santé et conséquence sur le maintien du lien contractuel.** En cas de modification des capacités du salarié, la protection accordée oblige l'employeur à un effort supplémentaire de justification. L'interdiction des discriminations garantit au salarié que son contrat de travail ne sera pas rompu en raison de

(121) Le salarié handicapé dans le cadre de sa vie courante sera considéré comme un salarié « normal » dès lors que la restriction de ses capacités n'influe pas directement sur sa capacité à exécuter les tâches de son poste de travail (par ex., un salarié de petite taille ne serait pas considéré comme handicapé pour un travail de bureau). Le handicap provient de la confrontation entre les capacités physiques de l'individu et son environnement. Il est nécessairement relatif et toute personne est potentiellement amenée à être dans une situation de handicap.

(122) Un salarié dont la petite taille n'affecte pas l'exécution de la tâche confiée pourra, en raison de son handicap, subir les conséquences de préjugés ; une protection particulière doit lui être accordée quand bien même son handicap est indifférent à la réalisation des tâches qui lui sont confiées.

(123) Certains salariés font le choix de ne pas révéler leur handicap non ostensible à leur employeur. Le respect de la vie personnelle consacre ce choix, qui s'oppose aux intérêts de l'entreprise. L'employeur pourra en effet être contraint de verser une contribution pour remplir son obligation d'embauche de travailleurs handicapés (C. trav., art. L. 5212-2 et s.), alors qu'il la satisfait sans le savoir (en ce sens, V. notamment S. Nicolet et P. Blum, *Handicapés : le parcours du recrutement sans risque* : Cah. DRH 2010, p. 54 et s.).

(124) La chambre sociale fait parfois prévaloir le respect de la vie privée du salarié. Elle autorise le salarié handicapé à ne pas révéler à son employeur sa qualité, officiellement reconnue, de travailleur handicapé (Cass. soc., 6 mai 2003, n° 01-41.370 : RJS 2003, n° 1083 : « Les dispositions régissant l'emploi des travailleurs handicapés ayant été adoptées dans l'intérêt exclusif de ceux-ci, ne revêt pas de caractère fautif le fait pour un salarié de ne pas révéler à l'employeur sa qualité de travailleur handicapé reconnue par la commission technique d'orientation et de reclassement professionnel ». Le professeur Teysié estime que cet arrêt est « fort contestable » dans la mesure où les normes applicables à l'emploi des personnes handicapées incitent l'employeur à interroger le salarié sur cet aspect de sa vie privée (en ce sens, V. B. Teysié, *Droit civil : Les personnes*, Litec, 12^e éd. 2010, spéc. n° 71).

(125) Le moment de la survenance de l'altération se confondra souvent avec l'opposition handicap/état de santé. Le handicap du salarié est la plupart du temps visible et l'employeur pourra en être informé dès le début de la relation. La dégradation de l'état de santé peut s'inscrire sur une période plus brève et peut survenir au cours de l'exécution du contrat.

(126) Le consentement libre et éclairé de l'employeur sur les capacités du salarié étant acquis au moment de la conclusion du contrat, il ne pourra se prévaloir des conséquences du handicap ou de l'état de santé sur les capacités du salarié en cours de contrat pour lui infliger une sanction ou pour rompre son contrat. La prohibition des discriminations remplit dans cette hypothèse pleinement sa fonction ; l'intérêt de l'entreprise est préservé puisqu'elle est en mesure de s'adapter aux capacités réduites du salarié.

À l'inverse, si la dégradation de l'état de santé du salarié ou un handicap survient au cours de l'exécution du contrat, l'employeur est autorisé à se fonder sur les conséquences objectives de cette situation. L'équilibre entre l'intérêt de l'entreprise et la lutte contre les discriminations passe alors par un effort de justification supplémentaire demandé à l'employeur.

son état de santé⁽¹²⁷⁾. Cependant, les conséquences objectives qu'il engendre sur la réalisation de sa prestation pourront justifier un traitement différent⁽¹²⁸⁾ ou la rupture du lien contractuel⁽¹²⁹⁾. La jurisprudence exige des « éléments précis et circonstanciés établissant la perturbation [de l'entreprise] et la nécessité de remplacer [le salarié]⁽¹³⁰⁾ ». L'équilibre recherché réside dans l'effort de justification supplémentaire exigé de l'employeur⁽¹³¹⁾ ainsi que dans l'interprétation stricte des dérogations prévues par l'article L. 1133-2 du Code du travail⁽¹³²⁾.

324. – Pour certains, l'analyse de la situation devrait uniquement être centrée sur le salarié. Dès lors que le licenciement aurait des conséquences objectives trop importantes sur la vie personnelle du salarié handicapé ou dont l'état de santé est altéré, la rupture devrait être interdite⁽¹³³⁾. Extrême, la solution proposée rend absolue l'interdiction des discriminations en raison de l'état de santé. Cependant, la place infime laissée aux impératifs de gestion de l'entreprise et l'immixtion exigée dans la vie personnelle du salarié sont des obstacles dirimants à sa mise en œuvre⁽¹³⁴⁾.

2° Les critères de distinction illicites choisis

325. – **Lien.** Étroitement liés, interdiction des discriminations et exercice des libertés du salarié font l'objet de deux titres successifs dans le Code du travail. En interdisant à l'employeur de fonder ses décisions sur les convictions du salarié, la lutte

(127) La jurisprudence exige que soient rapportés des éléments laissant supposer que la rupture du contrat de travail a été causée par le handicap. En ce sens, V. Cass. soc., 21 nov. 2007, n° 06-44.573 : « Mais attendu que la cour d'appel, appréciant les éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, a constaté que le salarié n'apportait aucun élément utile permettant d'établir une relation de cause à effet entre son état de santé et le licenciement ».

(128) L'employeur doit être en mesure d'apporter la preuve que le salarié handicapé ne peut pas effectuer les mêmes tâches que ses collègues pour justifier des différences de traitement. Ces tâches doivent être en rapport avec la fonction du salarié handicapé. Ainsi, le fait qu'une comptable handicapée ne puisse porter des charges lourdes ne saurait justifier une différence de traitement avec ses collègues (en ce sens, V. CA Bourges, 25 mars 2005, n° 04/00933 : *Juris-Data* n° 2005-269566).

(129) Sur cette jurisprudence constante, V. notamment Cass. soc., 6 févr. 2008, n° 06-44.389 : *Bull. civ.* 2008, V, n° 32 : « Attendu que si l'article [L.1132-1] du Code du travail fait interdiction de licencier un salarié notamment en raison de son état de santé ou de son handicap, sauf inaptitude constatée par le médecin du travail, ce texte ne s'oppose pas au licenciement motivé, non pas par l'état de santé du salarié, mais par la situation objective de l'entreprise dont le fonctionnement est perturbé par l'absence prolongée ou les absences répétées du salarié » ; ou Cass. soc., 13 juill. 2005, n° 03-47.990.

(130) P.-Y. Verkindt, *Nécessité de remplacement définitif du salarié malade : l'appréciation du juge du fond est déterminante* : *JCP S* 2005, 1175.

(131) Selon M. Héas, la jurisprudence tisse un lien ténu entre « la protection du salarié inapte avec l'interdiction des discriminations ». Seul le respect de l'obligation de reclassement exclut la distinction illicite (F. Héas, *État de santé, handicap et discrimination en droit du travail* : *JCP S* 2011, 1279).

(132) Ainsi, en cas d'inaptitude à la suite d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, le licenciement du salarié ne peut intervenir qu'à la suite d'un double examen effectué par un médecin du travail. À défaut, le licenciement prononcé est discriminatoire (en ce sens, V. notamment Cass. soc., 20 sept. 2006, n° 05-40.241). Exception à l'interdiction des discriminations en raison de l'état de santé, le licenciement pour inaptitude qui ne respecte pas les conditions posées par l'article L. 1133-3 « fait automatiquement tomber le licenciement prononcé sous le coup de la nullité prévue à l'article [L. 1132-1] du Code du travail » (P.-Y. Verkindt, *Protection du salarié médicalement inapte à son poste* : *JCP S* 2006, 1890).

(133) J.-L. Laborde, *Santé mentale et perte d'emploi* : *Dr. soc.* 1991, p. 563 et s., spéc. p. 564 : « *De lege feranda*, il serait souhaitable que la considération du risque psychologique intervienne dans l'appréciation de la justification du licenciement. À l'instar de l'article 240 du Code civil, qui permet à un conjoint d'empêcher le divorce pour rupture de la vie commune s'il établit que celui-ci aurait pour lui ou pour ses enfants des conséquences matérielles ou morales d'une exceptionnelle dureté, le salarié particulièrement fragile pourrait faire valoir quel danger personnel la menace de congédiement qui le frappe représente pour lui ».

(134) À l'inverse, les indemnités accordées pour réparer une rupture fautive du contrat de travail tiendront compte des conséquences du licenciement illicite sur la vie personnelle du salarié. L'évaluation de ces impacts ne constitue pas une des conditions de validité du licenciement mais un des éléments d'évaluation du préjudice causé au salarié par la rupture illicite.

contre les discriminations renforce la protection des droits et libertés des salariés dans l'entreprise. Tout comme cette dernière qui doit se concilier avec l'intérêt de l'entreprise⁽¹³⁵⁾, la prohibition des discriminations en raison de certains choix de vie du salarié n'est pas absolue. Les distinctions opérées ou les sanctions prises par l'employeur n'ont alors que l'apparence de l'illicéité et sont justifiées par la recherche d'un équilibre avec les impératifs gouvernant le bon fonctionnement de l'entreprise.

326. – Par les critères de distinction illicites choisis, la prohibition des discriminations garantit au salarié la libre disposition de son corps (a) et de son esprit (b).

a) La libre disposition du corps

327. – La libre disposition de son corps par le salarié interdit à l'employeur d'arrêter des décisions en raison de la vie sexuelle de son subordonné (2). La grossesse de la salariée est également protégée (1).

1) La protection de la grossesse

328. – **Double dynamique.** Résultat d'une différence physiologique entre les hommes et les femmes, les conséquences de la grossesse sur la relation de travail doivent d'être anéanties. Comme le précise la législation luxembourgeoise, « la protection de la grossesse et de la maternité ne constitue pas une discrimination, mais une condition pour la réalisation de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes⁽¹³⁶⁾ ». Sa durée réduite à l'échelle d'une carrière professionnelle ne saurait justifier des différences de traitement qui perdurent : les écarts constatés dans les faits ne résultent alors pas de la grossesse mais des inégalités sociologiques qui y sont attachées et du rôle de la mère dans l'éducation des enfants. Si les incidences de la jeune enfance étaient équitablement réparties entre les hommes et les femmes, aucun écart significatif entre les carrières des deux sexes ne devrait être constaté.

329. – Condition de la santé de l'enfant à naître, les répercussions du travail sur la santé de la mère doivent être minorées : l'intérêt du nouveau-né mais aussi des considérations d'intérêt général imposent de porter une attention particulière à cette période de la vie des femmes.

330. – Ces deux objectifs emportent des dispositions spécifiques qui, combinées, assurent la protection de la future mère et déterminent, en creux, la capacité d'intervention de l'employeur.

331. – Pour garantir la santé de l'enfant à naître, la salariée enceinte bénéficie d'autorisations d'absence pour se rendre aux examens médicaux justifiés par son état de santé⁽¹³⁷⁾ ; son poste de travail doit être aménagé en tenant compte des spécificités de sa situation. Pendant la période de la grossesse, l'intérêt de l'enfant prime sur l'organisation de l'entreprise : lorsque l'employeur est dans l'impossibilité de reclasser temporairement, sur un poste sans risque, la future parturiente, la rémunération correspondant à son salaire de base et les primes liées à son statut

(135) C. trav., art. L. 1121-1.

(136) Code du travail luxembourgeois, art. L. 241-1.

(137) C. trav., art. L. 1225-16.

professionnel doivent être maintenues⁽¹³⁸⁾. À l'inverse, la salariée enceinte affectée temporairement sur un autre poste, ou dont le contrat est suspendu, ne peut prétendre aux primes afférentes à des conditions particulières de travail qui ne sont plus satisfaites. Pour les salariées dont la rémunération dépend fortement de ces primes, l'effet utile du droit au maintien de salaire s'en trouve atteint⁽¹³⁹⁾.

332. – En tant qu'inégalité physiologique que le droit doit compenser, la grossesse ne saurait justifier un refus d'embauche : sauf si elle demande le bénéfice des dispositions qui y sont attachées, la salariée enceinte n'a pas à révéler son état à son employeur⁽¹⁴⁰⁾ qui n'a pas à la questionner sur cet aspect de sa vie privée⁽¹⁴¹⁾. Cet état doit demeurer sans effet sur l'évolution de carrière de la salariée : les périodes d'absence pour congé de maternité sont assimilées à du temps de travail effectif pour la détermination des droits à congés payés⁽¹⁴²⁾ ; à son retour, la salariée doit bénéficier de la moyenne des augmentations perçues en son absence⁽¹⁴³⁾.

333. – La grossesse de la salariée atrophie le pouvoir disciplinaire de l'employeur : elle réduit les possibilités de rupture du contrat⁽¹⁴⁴⁾, et aucune mesure préparatoire au licenciement ne peut intervenir pendant la durée du congé de maternité⁽¹⁴⁵⁾. Absolue, la protection s'impose même à l'employeur ignorant : peu importe qu'au moment de la décision litigieuse, il ne connaisse pas l'état de la salariée⁽¹⁴⁶⁾. Sur présentation d'un certificat médical attestant de la grossesse, il doit réintégrer la salariée

(138) L'article L. 1225-7 du Code du travail prévoit la possibilité d'affecter temporairement la femme enceinte dans un autre emploi lorsque son état de santé médicalement constaté l'exige ; l'article L. 1225-8 prévoit la possibilité pour la femme travaillant de nuit de demander son affectation temporaire à un poste de jour. Lorsque la salariée enceinte est exposée, par son poste de travail, à des risques particuliers, l'employeur doit lui proposer un reclassement temporaire. S'il est dans l'impossibilité de le faire, le contrat de travail de la salariée est suspendu et son salaire maintenu (C. trav., art. L. 1225-14). La Cour de cassation précise que « l'affectation temporaire dans un autre emploi, en raison des exigences de l'état de santé médicalement constaté d'une salariée en état de grossesse, ne doit entraîner aucune diminution de rémunération » (Cass. soc., 19 janv. 1999, nos 96-44976 à 96-44978 : *Bull. civ.* 1999, V, n° 28 ; *RJS* 1999, n° 368). La Cour de justice de l'Union européenne s'est prononcée sur l'étendue du maintien du salaire à accorder à la femme enceinte réaffectée temporairement. La salariée doit conserver le droit aux éléments de sa rémunération qui se rattachent à son statut professionnel, tels que les primes liées à sa qualité de supérieur hiérarchique et à ses qualifications professionnelles. Au contraire, les États membres ne sont pas tenus de maintenir les éléments de rémunération ou les primes dépendant de l'exercice de fonctions spécifiques dans des conditions particulières et qui visent essentiellement à compenser les inconvénients liés à cet exercice. La salariée dont le contrat est suspendu doit bénéficier du maintien de son salaire de base et des primes se rattachant à son statut professionnel. À l'inverse, les primes dont les conditions d'ouverture ne sont plus remplies ne sont pas dues. En ce sens, V. CJUE, 1^{er} juill. 2010, aff. C-471/08, *Parviainen*.

(139) En ce sens, V. E. Jeansen, *Détermination de la rémunération due pendant un congé de maternité* : *JCP S* 2010, 1388 : « La baisse de rémunération est particulièrement importante pour la femme enceinte dont le salaire est pour une part conséquente composé de primes afférentes à des conditions particulières de travail. Un risque existe qu'alertée de la baisse de ses revenus, une salariée préfère taire sa situation. Imposer le maintien d'une moyenne du salaire brut versé sur une période donnée ou fixer un seuil plancher de rémunération assurerait une meilleure protection de la maternité ».

(140) C. trav., art. L. 1225-2.

(141) C. trav., art. L. 1225-1.

(142) C. trav., art. L. 3141-5. La Cour de justice de l'Union européenne garantit au salarié en congé maternité ou en congé parental l'effectivité de leur droit à congés payés. En ce sens, V. CJUE, 22 avr. 2010, aff. C-486/08, *Tyrol's*.

(143) C. trav., art. L. 1225-26.

(144) C. trav., art. L. 1225-4, al. 2. Lorsque la salariée est en état de grossesse médicalement constaté et pendant l'intégralité des périodes de suspension du contrat de travail auxquelles elle a droit au titre du congé de maternité, seule une faute grave de l'intéressée, non liée à l'état de grossesse, ou l'impossibilité de maintenir le contrat pour un motif étranger à la grossesse ou à l'accouchement peuvent justifier la rupture du contrat de la salariée.

(145) Cass. soc., 15 sept. 2010, n° 08-43.299 : *Bull. civ.* 2010, n° 182 ; *JCP S* 2010, act. 453. Dans cet arrêt de cassation, la chambre sociale reproche à la cour d'appel de ne pas avoir vérifié si l'engagement d'un salarié durant le congé maternité de la demandeuse n'avait pas eu pour objet de pourvoir à son remplacement définitif, de sorte qu'il caractérisait une mesure préparatoire à son licenciement.

(146) Cette dernière peut également être dans l'ignorance, au moment de son licenciement, de son état de grossesse.

enceinte licenciée⁽¹⁴⁷⁾. Si la protection s'étend au-delà de la grossesse⁽¹⁴⁸⁾, elle ne la précède pas : seule la femme enceinte est protégée⁽¹⁴⁹⁾, non celle qui suit un traitement afin de le devenir⁽¹⁵⁰⁾.

2) La protection de la vie sexuelle

334. – Protection de l'intime. Les choix sexuels du salarié relèvent de sa vie personnelle et ne peuvent justifier une différence de traitement. Sont protégées tant les préférences⁽¹⁵¹⁾ que les pratiques sexuelles⁽¹⁵²⁾ de l'individu. S'écartant de l'acceptation habituelle du terme⁽¹⁵³⁾ en élargissant à outrance le concept de mœurs, la HALDE a naguère sanctionné un refus d'embauche fondé sur le tabagisme d'un candidat⁽¹⁵⁴⁾. La solution retenue ne peut être approuvée puisqu'elle contribue à un dévoiement de la notion : toute rupture d'égalité injustifiée serait constitutive d'une discrimination.

335. – Les contentieux individuels relatifs à des discriminations en raison de l'orientation sexuelle ou des mœurs sont peu nombreux ; pour protéger leur dignité, les salariés victimes de ces comportements préfèrent mobiliser les dispositions prohibant le harcèlement ou protégeant la vie personnelle. Les textes concernant les discriminations en raison de l'orientation sexuelle sont cependant invoqués afin d'obtenir l'alignement progressif des droits des homosexuels sur celui des hétérosexuels. Sur ce fondement, la HALDE avait recommandé d'étendre au salarié pacsé le bénéfice des jours de congé pour événements familiaux⁽¹⁵⁵⁾. Le ministère du Travail s'y oppose, estimant qu'ils ne se trouvent pas dans une situation comparable à celle des salariés mariés. Le PACS, contrairement au mariage, n'emporterait pas création d'une famille⁽¹⁵⁶⁾. L'influence des décisions de la Cour de justice de l'Union européenne porte à croire que les différences existantes seront progressivement

(147) C. trav., art. L. 1225-5 : « 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 (...) un certificat médical justifiant qu'elle est enceinte. Ces dispositions ne s'appliquent pas lorsque le licenciement est prononcé pour une faute grave non liée à l'état de grossesse ou par l'impossibilité de maintenir le contrat pour un motif étranger à la grossesse ou à l'accouchement ». La rédaction de cette disposition n'est pas exempte de critique. Si elle fait écho à l'article L. 1225-4, nous pouvons nous interroger sur la possibilité pour un employeur, par hypothèse non informé de l'état de sa salariée, de prendre en compte sa grossesse pour la licencier. Plus que la connaissance de la grossesse par l'employeur, cet article vise, selon nous, les cas où les faits reprochés à la salariée s'avèrent, *a posteriori*, liés à son état (par ex., ses absences fréquentes). Le délai de quinze jours court à compter du jour où le licenciement a été effectivement porté à la connaissance de la salariée (en ce sens, V. notamment Cass. soc., 3 déc. 1997, n° 95-40.093 ou Cass. soc., 8 juin 2011, n° 10-17.022) et non du jour de l'envoi de la lettre recommandée notifiant le licenciement.

(148) C. trav., art. L. 1225-4. Le licenciement ne peut ni prendre effet, ni être notifié pendant la suspension du contrat en raison de la grossesse et pendant quatre semaines suivant l'expiration de cette période.

(149) Pour les femmes suivant un traitement de fécondation *in vitro*, la transplantation des ovules fécondés dans l'utérus de la salariée déclenche la protection. En ce sens, V. CJCE, 26 févr. 2008, aff. C-506/06, *Mayr c/ Backerei und Konditorei Gerhard Flockner*.

(150) A. Moriceau, *Protection contre le licenciement d'une femme suivant un traitement de fécondation in vitro* : JCP S 2008, 1321.

(151) Sur des allégations de discriminations en raison de l'orientation sexuelle d'une hétérosexuelle, V. CA Paris, 1^{er} févr. 2001, n° 00/33208 : *JurisData* n° 2001-141472.

(152) Sur l'annulation d'un licenciement motivé par les mœurs d'une salariée, V. Cass. soc., 26 avr. 2007, n° 05-42.352.

(153) Selon le *Nouveau Petit Robert*, éd. 2008, le terme mœurs se définit comme « les habitudes relatives à la pratique du bien ou du mal » ou comme « les habitudes de vie individuelles ou le comportement d'une personne ». Cette seconde définition ne peut pas relever de la lutte contre les discriminations car tout choix *intuitu personae* serait discriminatoire puisqu'il se fonde nécessairement sur le comportement d'une personne.

(154) Délib. HALDE n° 2007-32, 12 févr. 2006.

(155) Délib. HALDE n° 2007-366, 11 févr. 2008 ; Délib. HALDE n° 2009-336, 28 sept. 2009.

(156) JCP S 2010, act. 156.

effacées⁽¹⁵⁷⁾ ; une proposition de loi a été présentée pour mettre un terme à ces discriminations persistantes⁽¹⁵⁸⁾.

336. – La jurisprudence estime par ailleurs que l'exclusion de la compagne de la mère de l'enfant des dispositions relatives au congé de paternité ne constitue pas une discrimination en raison de l'orientation sexuelle⁽¹⁵⁹⁾. Ce congé spécifique a pour objet de préserver le lien de parenté qui unit l'enfant à son père. La compagne de la mère ne bénéficie pas d'un tel rapport avec le nouveau-né. Dès lors, au regard du congé de paternité, celle-ci n'est pas dans une situation identique à celle du père de l'enfant⁽¹⁶⁰⁾.

337. – La HALDE n'avait pas adhéré à cette conception du congé de paternité. Elle eût souhaité que lui soit préféré « un congé d'accueil du jeune enfant ouvert au partenaire du parent contribuant à l'éducation de l'enfant⁽¹⁶¹⁾ ». Celui-ci aurait alors été déconnecté de la parentalité.

b) La libre disposition de l'esprit

338. – La prohibition des discriminations garantit à l'individu la libre disposition de son esprit, tant dans la sphère privée (1) que dans la sphère publique (2).

1) La libre disposition de l'esprit dans la sphère privée

339. – La situation de famille du salarié relève nécessairement de sa vie privée, tout comme, selon la tradition républicaine, ses convictions religieuses⁽¹⁶²⁾. Ces deux motifs ne sauraient justifier des différences de traitement.

340. – **La situation de famille.** À la conception objective de la situation de famille autrefois retenue⁽¹⁶³⁾, la jurisprudence semble dorénavant préférer une approche subjective. Le juge s'assure que la mesure infligée au salarié n'a pas été motivée par les caractéristiques d'un tiers, uni à la victime par des liens familiaux⁽¹⁶⁴⁾. À la sanction de ces comportements, un fondement discriminatoire est donné par

(157) En ce sens, V. notamment CJCE, 1^{er} avr. 2008, aff. C-267-06, *Maruko*. La Cour de justice précise que le partenaire survivant doit disposer des mêmes droits que l'époux survivant. V. également J.-P. Lhernould, *L'obligation d'adaptation du droit du travail français à la jurisprudence de la CJUE* : *Dr. soc.* 2010, 893 et s., spéc. 899. Selon le professeur Lhernould, « cet arrêt n'a fait que renforcer la conviction selon laquelle le droit social français maintient une poche de textes discriminatoires et directement contraires [au droit européen], qu'il s'agisse du droit à pension de réversion qui est dénié au partenaire survivant pacé ou des congés pour événements familiaux centrés sur le mariage ».

(158) Prop. de loi AN n° 2485, 29 avr. 2010.

(159) Cass. 2^e civ., 11 mars 2010, n° 09-65.853 : *Bull. civ.* 2010, II, n° 55.

(160) En ce sens, V. A. Devers, *Le congé de paternité n'est pas un congé de parentalité* : *JCP S* 2010, 1224 : « La parenté est un lien juridique permanent qui inscrit l'enfant dans une famille : l'enfant a un père et une mère. La parentalité est une fonction temporaire, qui est exercée le plus souvent par les père et mère, mais qui peut être remplie par d'autres personnes (conjoint, partenaire ou concubin du père ou de la mère de l'enfant) ».

(161) Délib. HALDE n° 2007-203, 3 sept. 2007 : « Le Collège estime qu'il serait utile de substituer à la notion de "congé paternité", fondée exclusivement sur le lien de filiation, un congé d'accueil du jeune enfant ouvert au partenaire du parent, contribuant à l'éducation de l'enfant ».

(162) L. 9 déc. 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État, art. 2 (*JO* 11 déc. 1905) : « La République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte ».

(163) Le critère de la situation de famille était conçu pour interdire les distinctions motivées par le mariage, le célibat ou l'état civil des enfants de l'individu.

(164) V. notamment Cass. soc., 1^{er} juill. 1999, n° 96-43.617 : *Bull. civ.* 1999, V, n° 249 ; *JCP E* 1999, p. 1931. La Cour de cassation entend ici subjectivement la notion d'état de famille puisqu'il est reproché à une entreprise d'avoir licencié une salariée en raison du lien de filiation l'unissant à un autre salarié de l'entreprise. V. également Cass. soc., 10 févr. 1999, n° 96-42.998 : *Bull. civ.* 1999, V, n° 61.

le rattachement au critère de la situation de famille. À notre sens, la notion de discrimination par association constitue un fondement plus adéquat à la répression de ces comportements⁽¹⁶⁵⁾.

341. – L'extension jurisprudentielle constatée conduit à sanctionner les distinctions opérées par l'employeur alors qu'aucune caractéristique de « l'homme essentiel » n'est menacée, ni chez le salarié, ni chez la personne qui lui est liée⁽¹⁶⁶⁾. La recherche de nouvelles victimes de distinctions illicites s'opère au détriment du concept de discrimination. De ces extensions résulte en partie la confusion opérée entre les règles d'égalité de traitement et la prohibition des distinctions illicites. Les premières visées nous apparaissent comme des fondements plus opportuns à la sanction de l'auteur de ces distinctions non justifiées.

342. – Si le juge décide néanmoins d'emprunter cette voie hasardeuse, une importance particulière doit être accordée au lien de causalité entre la décision prise et la caractéristique présente chez le tiers à la relation de travail. Plus ce lien semble distendu, plus le travail de motivation du juge doit être important. À défaut, le risque de déceler des discriminations dans chaque décision de l'employeur surgit. L'esprit d'initiative, à coup sûr, en pâtirait.

343. – Les positions retenues par les instances de lutte contre les distinctions illicites sont de nature à attiser ces craintes. La Haute autorité⁽¹⁶⁷⁾ et le Défenseur des droits⁽¹⁶⁸⁾ ont estimé constitutive d'une discrimination positive prohibée reposant sur la situation de famille la priorité accordée aux enfants du personnel pour les emplois d'été. Selon ces autorités, ces contrats d'été « jouent un rôle dans les parcours professionnels de ceux qui en bénéficient, la préférence ainsi accordée contribuant directement à la reproduction de phénomènes discriminatoires anciens ». Même pour ces emplois spécifiques, une procédure objective de recrutement reposant uniquement sur les compétences des candidats devrait être mise en place.

344. – Selon nous, si ces emplois particuliers sont souvent une première expérience professionnelle, ils constituent avant tout un avantage octroyé au salarié de l'entreprise dont l'enfant va être recruté⁽¹⁶⁹⁾. La priorité, voire l'exclusivité, réservée aux enfants du personnel ne peut être détachée du bénéfice qu'en tire le parent membre de l'entreprise⁽¹⁷⁰⁾. Elle ne saurait sans excès être analysée comme une offre

(165) Sur l'intérêt de la consécration des discriminations par association pour préserver le sens du critère de la situation de famille, V. *infra*, n° 366.

(166) En ce sens, V. notamment Cass. soc., 30 juin 2010, n° 08-41.936. Un employeur est condamné pour discrimination en raison de l'état de famille ; les juges ont constaté « que la rupture [du contrat de travail] était directement fondée sur le fait que le salarié était l'époux de M^{me} X et ne l'aurait pas empêché de tenir des propos, regardés comme injurieux (...) la cour d'appel a pu retenir l'existence d'éléments de fait laissant présumer l'existence d'une discrimination fondée sur la situation familiale du salarié ».

(167) Sur le caractère discriminatoire des emplois d'été réservés aux enfants du personnel, V. Délib. n° 2005-50, 17 oct. 2005 ; Délib. n° 2005-51, 17 oct. 2005 (pour les pratiques d'une collectivité territoriale) ; Délib. n° 2009-355, 26 oct. 2009 ; Délib. n° 2009-356, 26 oct. 2009.

(168) En ce sens, V. Communiqué Défenseur des droits, 18 mai 2011.

(169) Le caractère surnuméraire de l'emploi proposé, l'absence de réelle prestation de travail et le caractère bref du contrat sont des arguments permettant de l'analyser davantage comme une faveur accordée au parent membre de l'entreprise plutôt que comme un emploi pour l'enfant.

(170) Poussé à l'extrême, le raisonnement suivi par la HALDE conduit à analyser l'arbre de Noël organisé par l'entreprise comme le refus de fourniture d'un bien pour un motif discriminatoire, les cadeaux n'étant distribués qu'aux enfants du personnel.

d'emploi discriminatoire. Cet avantage particulier est légitimement réservé aux salariés⁽¹⁷¹⁾. À l'inverse, dès lors que l'emploi proposé est réel, l'analyse proposée doit s'effacer devant la rigueur de la prohibition des discriminations⁽¹⁷²⁾.

345. – La dérive constatée illustre le champ infini des discriminations qu'il convient de délimiter. La multiplication des critères prohibés et la recherche orientée de la distinction illicite conduisent l'observateur à dénoncer des discriminations inexistantes. Le rôle du juge est alors de rendre au concept ses frontières naturelles afin d'éviter toute dérive vers un égalitarisme dévastateur.

346. – **Les convictions religieuses.** De l'interdiction des distinctions en raison des convictions religieuses, le principe est posé⁽¹⁷³⁾. L'excès demeure sanctionné ; au prosélytisme du salarié peut répondre le pouvoir disciplinaire de l'employeur⁽¹⁷⁴⁾. La solution consacrée n'a cependant pas vocation à s'appliquer « 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⁽¹⁷⁵⁾ ». Comme dans l'ordre interne, le juge européen estime que⁽¹⁷⁶⁾, lorsque le respect du dogme religieux est élevé, dans les entreprises de tendance, au rang d'obligation professionnelle, tout manquement aux sujétions imposées par la foi peut être sanctionné sur le terrain disciplinaire. L'exception est entendue strictement : ces sujétions particulières pèsent uniquement sur les salariés affectés aux fonctions directement liées à l'exercice du culte ou à la représentation de l'entreprise⁽¹⁷⁷⁾.

347. – Dans les autres entreprises, les manifestations des convictions religieuses d'un salarié sont indifférentes à la relation de travail⁽¹⁷⁸⁾. Elles ne sauraient lui per-

(171) Certains cependant s'en étonnent. En ce sens, V. M.-A. Souriac-Rotschild, *Engagements et arrangements sur l'emploi : Quelle efficacité juridique ?* : Dr. soc. 1997, p. 1061 et s., spéc. p. 1066. Concernant les clauses conventionnelles prévoyant l'octroi d'une préférence d'embauche au profit des enfants du personnel, l'auteur s'estime « frappé par cette sorte de résurgence du lien d'entreprise avec, peut-être, comme un parfum néo-paternaliste ».

(172) En ce sens, V. M. Mine, *L'interdiction de la discrimination à raison de la situation de famille s'étend au lien de filiation* : JCP E 1999, p. 1929 et s., spéc. p. 1930 : « Dans l'hypothèse où l'employeur privilégie le critère du lien de famille et en particulier de filiation pour choisir ses futurs collaborateurs, une telle politique porte atteinte à l'égalité de traitement entre les candidats et est discriminatoire, même lorsqu'elle est pratiquée avec l'aval des représentants du personnel ou des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise ».

(173) C. trav., art. L. 1132-1. – Dir. n° 2000/78, 27 nov. 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

(174) Sur le licenciement d'un salarié pour prosélytisme religieux, V. notamment CA Basse-Terre, 6 nov. 2006, n° 06/00095 : *JurisData* n° 2006-335238. – CA Nancy, 30 juin 2006, n° 04/01847 : *JurisData* n° 2006-312346. – CA Rouen, 25 mars 1997, n° 95/04028 : *JurisData* n° 1997-042342. Le Conseil d'État a précisé que le simple port d'un foulard en l'absence de tout autre acte de pression n'est pas constitutif de prosélytisme (CE, 27 nov. 1996, n° 172686).

(175) Cass. soc., 20 nov. 1986, n° 84-43.243 : *Bull. civ.* 1986, V, n° 555.

(176) En ce sens, V. CEDH, 23 sept. 2010, n° 425/03, *Obst c/ Allemagne*. – CEDH, 23 sept. 2010, n° 1620/03, *Schüth c/ Allemagne*. La Cour estime « qu'au regard de la Convention, un employeur dont l'éthique est fondée sur la religion ou sur une croyance philosophique peut imposer à ses employés des obligations de loyauté spécifiques ». Peut donc être justifié le licenciement d'employés ecclésiastiques pour adultère.

(177) En ce sens, V. J. Savatier, *La situation, au regard du droit du travail, des pasteurs de l'Église réformée* : Dr. soc. 1986, p. 375 et s., spéc. p. 377. Selon l'auteur, le respect du dogme religieux dans ces entreprises « ne s'applique pas au même degré pour tous les travailleurs. Toutes les tâches n'impliquent pas la même communion de pensée avec la direction de l'institution. Une institution religieuse peut employer une personne de service qui appartient à une autre confession ».

(178) En ce sens, V. P. Waquet, *La vie personnelle du salarié, in Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle* : MéL. J.-M. Verdier, Dalloz, 2001, p. 513 et s., spéc. p. 520 : « Dans une société pluraliste, [il convient] de s'en tenir à une laïcité positive qui respecte les convictions religieuses, mais qui les cantonne au niveau de la vie privée du salarié ».

mettre de se soustraire à des obligations réglementaires⁽¹⁷⁹⁾ ou issues de son contrat de travail⁽¹⁸⁰⁾. L'exercice d'un culte ne confère aucun droit particulier à l'aménagement du temps de travail : les autorisations d'absence pour des fêtes religieuses sont accordées dans les mêmes conditions que les autres demandes de ce type⁽¹⁸¹⁾ mais ne peuvent être refusées pour des motifs discriminatoires⁽¹⁸²⁾. Face aux exigences du bon fonctionnement de l'entreprise, les pratiques culturelles doivent s'effacer⁽¹⁸³⁾.

348. – 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. Ainsi, le port d'un signe religieux ostensible a parfois des conséquences objectives sur les capacités du salarié à réaliser son travail, notamment lorsqu'il est en contact avec la clientèle. En se fondant sur les règles gouvernant la liberté de se vêtir dans l'entreprise, certains juges du fond reconnaissent à l'employeur la possibilité de sanctionner le salarié à l'origine de troubles⁽¹⁸⁴⁾.

349. – Les conséquences objectives de la pratique d'un culte sont alors détachées de la religion qui les motive. Contrairement à l'adage, le principal suit le régime de l'accessoire puisque la liberté de culte emprunte le régime de la liberté de se vêtir.

350. – En Allemagne, primauté est donnée à la croyance religieuse. L'employeur ne saurait invoquer ni les règles vestimentaires instaurées dans le cadre de son pouvoir de direction ni une violation d'une obligation contractuelle pour interdire à un salarié de revêtir des signes religieux. Le législateur d'outre-Rhin estime que la place particulière accordée à la liberté religieuse exige que ses manifestations vestimentaires soient traitées indépendamment des règles classiques régissant l'apparence du salarié⁽¹⁸⁵⁾.

351. – Dans l'ordre interne, deux hypothèses doivent être distinguées. Lorsque le port de l'insigne religieux contrevient aux prescriptions vestimentaires ou de sécurité édictées par l'entreprise, la sanction infligée au salarié, même pour des motifs religieux, nous semble justifiée. Le salarié ne doit pas pouvoir invoquer la pratique d'un culte pour se délier des obligations qui lui incombent. Si la solution inverse était retenue, un avantage serait accordé en raison de l'exercice d'une religion ; une discrimination positive prohibée serait constituée⁽¹⁸⁶⁾.

(179) Le refus opposé pour des motifs religieux de se soumettre à une visite médicale réglementaire constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement. En ce sens, V. Cass. soc., 26 mai 1986, n° 83-45.409 : *Bull. civ.* 1986, V, n° 262.

(180) Cass. soc., 24 mars 1998, n° 95-44.738 : *Bull. civ.* 1998, V, n° 171. Sur le licenciement d'une télé-opératrice qui refuse de retirer son voile, causant ainsi un trouble objectif au fonctionnement de l'entreprise, V. Cons. prud'h. Lyon, 16 janv. 2004 : *JurisData* n° 2004-238320. – *Contra*, CA Paris, 19 juin 2003, cité par S. Niel, *Peut-on s'opposer à la religion en entreprise ?* : *Cah. DRH* mars 2010, p. 12 et s., spéc. p. 14.

(181) En ce sens, Délib. HALDE 6 avr. 2009, n° 2009-117.

(182) En ce sens, Délib. HALDE 13 nov. 2007, n° 2007-301.

(183) *La liberté religieuse dans l'entreprise* : *Semaine sociale Lamy* 2009, n° 1396.

(184) CA Saint-Denis, 9 sept. 1997 : *JurisData* n° 1997-703306. – CA Paris, 16 mai 2001 : *JurisData* n° 2001-138760. Les juges parisiens ont estimé « que l'employeur est seul apte à juger de l'apparence d'une vendeuse en contact avec la clientèle dès lors que son exigence s'exerce dans le respect de l'ordre public et des bonnes mœurs et est fondée sur une cause objective liée à l'intérêt de l'entreprise ». En ce sens, V. également J.-C. Sciobeerras, *Travail et religion dans l'entreprise : une cohabitation sous tension* : *Dr. soc.* 2010, p. 72 et s., spéc. p. 74 : « La licéité de l'interdiction du port du bermuda à l'égard des salariés en relation avec des clients externes pourra aisément trouver à s'appliquer si on substitue la burqa au bermuda ».

(185) En ce sens, V. S. Niel, *Peut-on s'opposer à la religion en entreprise ?* : *Cah. DRH* mars 2010, p. 12 et s., spéc. p. 14.

(186) La pratique d'une religion autoriserait un salarié à se couvrir la tête alors qu'un autre, sans référence à la religion, ne pourrait faire de même.

352. – Inversement, lorsqu'aucune consigne particulière en matière de présentation des salariés n'est édictée et que le port d'un signe religieux n'est pas contraire à une obligation de sécurité, le caractère ostensible des convictions du salarié ne saurait donner lieu à sanction. Le trouble objectif sur l'ambiance de travail que peuvent causer les signes religieux affichés par des salariés ne nous semble pas justifier de sanction⁽¹⁸⁷⁾. Dans cette hypothèse, cette manifestation culturelle n'affecte pas ses capacités de travail et le rejet dont il est victime résulte uniquement de la persistance de préjugés. L'objectivité affichée de la décision n'est qu'apparente puisqu'elle ne repose que sur la manifestation de craintes irrationnelles. Dès lors une mesure disciplinaire n'est pas justifiée. Dans des conditions similaires, le juge allemand estime que si le salarié demeure en mesure de fournir sa prestation de travail malgré le port d'un signe religieux, aucune sanction ne peut lui être infligée, malgré la réaction de la clientèle⁽¹⁸⁸⁾.

2) La libre disposition de l'esprit dans la sphère publique

353. – Manifestation dans la sphère publique de l'exercice d'une liberté, la participation à une grève (α), les activités syndicales (β) et les convictions politiques (γ) d'un salarié sont protégées au titre de l'interdiction des discriminations.

α) La grève

354. – **Étendue de la protection.** Consacré par la Constitution⁽¹⁸⁹⁾ et renforcé par le secret qui entoure son exercice à l'extérieur de l'entreprise⁽¹⁹⁰⁾, le droit de grève ne peut justifier aucune différence de traitement. Ce critère de distinction illicite fait l'objet d'un traitement particulier puisqu'il n'est pas mentionné dans la liste de l'article L. 1132-1 du Code du travail mais bénéficie de deux dispositions spécifiques⁽¹⁹¹⁾ qui portent atteinte à la cohérence des textes⁽¹⁹²⁾.

355. – Tant la participation à la cessation concertée et collective du travail que les actes commis à cette occasion bénéficient de la prohibition des discriminations⁽¹⁹³⁾. Le pouvoir disciplinaire de l'employeur est paralysé et la protection accordée rayonne par-delà le temps du mouvement. Sauf à établir l'existence d'une faute lourde, les faits commis à l'occasion d'une grève ne peuvent donner lieu à

(187) Sous la réserve du prosélytisme.

(188) Cour fédérale du travail, 10 oct. 2002, citée par P. Rémy, *Le voile islamique dans les entreprises : une réponse identique des droits allemands et français ? : Semaine sociale Lamy* 2004, n° 1167.

(189) CE, 7 juill. 1950 : D. 1950, p. 539. Le professeur Gervais, commentant l'arrêt, estimait qu'il existe « un tabou de la grève, que le législateur lui-même n'ose plus approcher bien que le Préambule de la Constitution l'appelle expressément à le réglementer ».

(190) C. trav., art. R. 3243-4 : « Il est interdit de faire mention sur le bulletin de paie de l'exercice du droit de grève ou de l'activité de représentation des salariés ». L'article R. 3246-2 sanctionne d'une amende de troisième catégorie la violation de cette disposition. Sauf consentement de l'intéressé, l'exercice par le salarié du droit de grève n'a pas à être révélé.

(191) C. trav., art. L. 1132-2. V. également C. trav., art. L. 2511-1.

(192) La grève comme motif de discrimination n'est pas mentionnée dans les dispositions du Code pénal puisque ce comportement ne se conçoit que dans le cadre des relations de travail. Ainsi, alors que le droit de grève est consacré par la Constitution, une discrimination motivée par son exercice n'est pas sanctionnée pénalement.

(193) En ce sens, V. Cass. soc., 22 janv. 1992, n° 90-44.249 : *Bull. civ.* 1992, V, n° 19 : « La nullité du licenciement d'un salarié gréviste n'est pas limitée au cas où le licenciement est prononcé pour avoir participé à une grève ; elle s'étend à tout licenciement d'un salarié prononcé à raison d'un fait commis au cours de la grève à laquelle il participe et qui ne peut être qualifié de faute lourde ».

sanction ; le licenciement est nul lorsque la lettre de licenciement mentionne des faits de grève alors même que la rupture du contrat était également justifiée par d'autres motifs⁽¹⁹⁴⁾. La sanction envisagée par l'employeur se doit d'être totalement détachée du mouvement collectif⁽¹⁹⁵⁾.

356. – Si les décisions de l'employeur doivent être indifférentes à l'exercice du droit de grève, celui-ci a néanmoins un impact sur la relation de travail. Seules ses conséquences objectives peuvent être prises en compte. Le chef d'entreprise peut être dispensé de verser les primes normalement dues aux salariés dans les proportions de la durée de la grève⁽¹⁹⁶⁾ si toutes les absences, non assimilées à du temps de travail effectif, entraînent cette conséquence⁽¹⁹⁷⁾ ; une attention particulière doit être portée à la rédaction de l'accord collectif qui fonde la prime⁽¹⁹⁸⁾. L'exercice du droit de grève ne permet pas d'établir, en soi, une différence de situation entre des salariés. L'octroi d'une rémunération supplémentaire⁽¹⁹⁹⁾ ou d'un congé exceptionnel⁽²⁰⁰⁾ ne saurait être réservé aux seuls grévistes ; la Cour de cassation décide qu'une telle mesure serait discriminatoire⁽²⁰¹⁾.

357. – L'employeur peut cependant octroyer au salarié non gréviste une prime pour surcroît de travail s'il démontre la réalité du travail supplémentaire accompli par les bénéficiaires de la gratification⁽²⁰²⁾. La distinction effectuée ne pouvant reposer sur le clivage gréviste/non gréviste, le critère d'attribution de la prime doit être fondé sur les conditions de travail particulières et individuelles du bénéficiaire⁽²⁰³⁾. L'initiative laissée à l'employeur est restreinte et le professeur Martinon estime que la grève entretient avec les gratifications « des liaisons dangereuses⁽²⁰⁴⁾ ».

(194) En ce sens, V. Cass. soc., 8 juill. 2009, n° 08-40.139 : *Bull. civ.* 2009, V, n° 172 : « En l'absence de faute lourde, le caractère illicite du motif du licenciement tiré de la participation à une grève emporte à lui seul la nullité de ce licenciement ».

(195) En ce sens, V. L. Perrin, *Licenciement du salarié gréviste : pluralité de motifs* : D. 2009, act. jurispr. 2112 : « L'illicéité de l'un des motifs du licenciement déteint sur l'opération tout entière et la contamine (...) l'énonciation d'un motif illicite dans la lettre de licenciement démontre à elle seule que la décision n'est pas étrangère à la prise en considération du motif illicite alors que celui-ci ne peut être pris en compte ». Comme le précise l'auteur, la solution retenue assure « l'effectivité de la protection offerte aux salariés grévistes en ne permettant pas qu'elle soit trop aisément contournée ».

(196) Cass. soc., 3 févr. 1993, n° 90-41.665 : *Bull. civ.* 1993, V, n° 40 : « L'exercice du droit de grève, dès l'instant qu'aucun abus n'a été allégué, ne peut donner lieu de la part de l'employeur qu'à un abattement de salaire proportionnel à la durée de l'arrêt de travail ».

(197) Deux arrêts, Cass. soc., 23 juin 2009, n°s 07-42.677 et 08-42.154 : *JCP S* 2009, act. 366 : « Si l'employeur peut tenir compte des absences, même motivées par la grève, 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 ».

(198) En ce sens, V. A. Martinon, *Réduction de la prime d'assiduité à raison d'une activité syndicale : discrimination ?* : *JCP S* 2008, 1206 : « Selon que [les partenaires sociaux énumèrent] les causes de réduction ou que l'on embrasse l'ensemble des absences autorisées ou non, la diminution de la prime d'assiduité en cas d'exercice d'un droit ne rencontrera pas le même accueil par le juge ».

(199) Dans pareille hypothèse, une discrimination à l'encontre des non-grévistes serait caractérisée. En ce sens, V. Cass. soc., 5 juill. 2005, n° 03-45.615 : *Bull. civ.* 2005, V, n° 230.

(200) En ce sens, V. Cass. soc., 4 mai 2011, n° 09-72.206.

(201) Cass. soc., 1^{er} juin 2010, n° 09-40.144 : *Bull. civ.* 2010, V, n° 119. Dans le même sens, V. Cass. soc., 3 mai 2011, n° 09-68.297.

(202) Cass. soc., 3 mars 2009, n° 07-44.676 : « Mais attendu que la cour d'appel a souverainement constaté que la société ne rapportait pas la preuve que les salariés non grévistes avaient eu à faire face à un surcroît de travail ».

(203) En ce sens, V. D. Everaert-Dumont, *Discrimination : principe et exception au sujet d'une prime attribuée aux seuls non-grévistes* : *JCP S* 2011, 1329.

(204) A. Martinon, *Prime et grève : des liaisons dangereuses* : *JCP S* 2010, 1387.

358. – Distinction. La Cour de cassation refuse d'assimiler l'exercice des activités syndicales et de la grève⁽²⁰⁵⁾ même lorsque l'implication dans la première motive l'exercice de la seconde. « La nature individuelle du droit de grève implique qu'il ne soit pas considéré comme une activité syndicale⁽²⁰⁶⁾ ». Ces deux motifs discriminatoires conservent leur domaine propre. Cependant, lorsqu'à l'occasion d'une grève les représentants du personnel⁽²⁰⁷⁾ sont traités différemment des autres salariés, une discrimination syndicale peut se révéler⁽²⁰⁸⁾.

β) Les activités syndicales

359. – Étendue de la protection. L'exercice d'activités syndicales expose les salariés à des représailles de la part de l'employeur ; la protection accordée est consubstantielle à la liberté syndicale. Elle a d'ailleurs été consacrée en même temps que la place des syndicats dans l'entreprise⁽²⁰⁹⁾. Intégré à la vie de la communauté de travail, le temps passé à l'exercice des mandats représentatifs est considéré de plein droit comme du temps de travail effectif et doit être payé à l'échéance normale⁽²¹⁰⁾. Il ne saurait donner lieu ni à une diminution du salaire⁽²¹¹⁾ ni à une rémunération plus favorable⁽²¹²⁾ et ouvre droit à l'octroi de titres restaurant⁽²¹³⁾. Le bulletin de paie remis au salarié ne peut également y faire référence⁽²¹⁴⁾.

360. – Champ d'application de la protection. La notion d'activité syndicale n'est pas définie précisément⁽²¹⁵⁾. Elle ne saurait néanmoins se déduire de la seule participation à une grève⁽²¹⁶⁾. La discrimination syndicale ne nécessite pas l'atteinte

(205) Cass. crim., 4 déc. 1979, n° 78-94.190 : *Bull. crim.* 1979, n° 349 : « En posant inexactement en règle générale que la seule participation à un mouvement de grève, suffirait, par elle-même, à caractériser une action syndicale, la cassation est encourue ». V. également Cass. crim., 15 déc. 1981, n° 81-90.172 : *Bull. crim.* 1981, n° 330 : « La seule participation à une grève ne suffit pas en elle-même à caractériser l'activité syndicale ». Cette décision reconnaît que la participation à plusieurs grèves, organisées par les mêmes syndicats, peut caractériser l'appartenance syndicale. Cette solution a été confirmée par Cass. crim., 4 avr. 1995, n° 93-80.312 : *RJS* 1995, n° 666.

(206) M. Bailly, *Essai sur le droit pénal des conflits collectifs du travail*, thèse Paris II, Panthéon-Assas, 2009, n° 275.

(207) Pour casser la dynamique du mouvement, l'employeur est tenté de sanctionner en priorité les meneurs. Si ces derniers sont des représentants du personnel, le risque est grand que l'infraction de prise en compte de l'activité syndicale soit retenue.

(208) En ce sens, V. Cass. crim., 21 nov. 1989, n° 89-81.775 : *Dr. ouvrier* 1990, p. 410.

(209) Accords de Matignon, 7 juin 1936, art. 7 : « Les employeurs s'engagent à ne pas prendre en considération le fait d'appartenir ou de ne pas appartenir à un syndicat pour arrêter leurs décisions en ce qui concerne l'embauchage, la conduite ou la répartition du travail, les mesures de discipline ou de congédiement ».

(210) C. trav., art. L. 2143-17 et L. 2315-3. Pour le temps passé en réunion par les membres du comité d'entreprise, V. C. trav., art. L. 2325-8. Pour le temps passé en formation par les membres du comité d'entreprise, V. C. trav., art. L. 2325-44.

(211) J.-Y. Kerbouc'h, *Pas de perte de salaire en raison de l'utilisation des heures de délégation* : *JCP S* 2009, 1086.

(212) En ce sens, V. notamment Cass. soc., 15 juin 2010, n° 09-65.180 : *Bull. civ.* 2010, V, n° 138 : « Le temps consacré à la formation des représentants du personnel au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, ainsi que celui consacré à la formation économique des membres titulaires du comité d'entreprise est pris sur le temps de travail et est rémunéré comme tel ; qu'il en résulte qu'un salarié participant, sur sa demande, à de telles formations ne peut prétendre à une rémunération supérieure à celle qu'il aurait perçue s'il ne les avait pas suivies ».

(213) En ce sens, V. notamment Cass. soc., 3 juill. 1980, n° 79-40.469 : *Bull. civ.* 1980, V, n° 605 ; sur l'octroi d'indemnités repas prévues par une convention collective, V. Cass. soc., 17 mai 2006, n° 04-41.600 : *RJS* 2006, n° 961. Le refus d'octroyer des tickets restaurant pour les heures de délégation peut même être constitutif d'un délit d'entrave, V. Cass. soc., 30 avr. 1996, n° 95-82.687 : *Bull. civ.* 1996, V, n° 184 ; *RJS* 1996, n° 1059.

(214) C. trav., art. R. 3243-4 : « Il est interdit de faire mention sur le bulletin de paie de l'exercice du droit de grève ou de l'activité de représentation des salariés ».

(215) L'article L. 1132-1 du Code du travail prohibe les discriminations fondées sur l'activité syndicale ; l'article L. 2141-5 « interdit à l'employeur de prendre en considération l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions ».

(216) Sur la distinction grève/activité syndicale, V. *supra*, n° 359.

à l'exercice d'un mandat⁽²¹⁷⁾ et n'est donc pas l'apanage de leur seul titulaire⁽²¹⁸⁾. Peut en être victime le salarié syndiqué⁽²¹⁹⁾ mais également celui qui n'a fait que manifester ses convictions syndicales alors même qu'il n'est investi d'aucun mandat⁽²²⁰⁾. Un engagement syndical actif, manifesté par des prises de position répétées et ostensibles, suffirait parfois à la Cour de cassation pour octroyer la protection⁽²²¹⁾. Celle-ci serait alors uniquement liée au risque de représailles auquel le salarié s'expose, indépendamment de l'exercice d'un mandat.

361. – Nous pouvons cependant nous interroger sur l'opportunité de cette extension, notamment dans les entreprises où il existe des représentants du personnel. Au moins dans l'esprit du législateur, ces derniers disposent « du monopole de la contestation » et de la légitimité octroyée par l'élection ou la désignation. Leurs prises de position dépassent leur cas individuel et la protection qui leur est accordée intéresse l'ensemble des salariés. Aux salariés sans mandat, cette légitimité fait défaut. Leur protection ne devrait dès lors pas être assurée par le biais de la prohibition des discriminations syndicales mais par celui de la liberté d'expression. Elle pourrait cependant se concevoir dans les entreprises dépourvues de représentation du personnel.

γ) Les convictions politiques

362. – **Domaine de la protection.** La notion de conviction politique n'est pas appréhendée de façon uniforme par les législations européennes. Le droit allemand en consacre une vision extensive en prohibant toute distinction en raison « des idées sur le monde⁽²²²⁾ ». Le législateur belge a, quant à lui, longtemps⁽²²³⁾ refusé de retenir ce motif de distinction illicite⁽²²⁴⁾ par crainte que les partis extrémistes se fondent sur cette prohibition pour interdire les critiques ou les mises en cause publique de leurs choix politiques⁽²²⁵⁾.

(217) En ce sens, V. Cass. soc., 17 oct. 2006, n° 05-40.393 : *Bull. civ.* 2006, V, n° 306. L'arrêt retient l'existence d'une discrimination syndicale alors qu'aucune atteinte à l'exercice des fonctions représentatives n'avait été constatée.

(218) Un arrêt surprenant de la cour d'appel de Paris (CA Paris, 16 juin 2008, n° 07/1079 : *JurisData* n° 2008-365728) a refusé le bénéfice de la protection contre la discrimination syndicale à un délégué du personnel au motif qu'il n'était pas également délégué syndical. Cette solution n'est pas conforme à la position de la Cour de cassation qui ouvre le bénéfice des dispositions prohibant les discriminations syndicales au délégué du personnel sans exiger qu'il dispose d'un mandat syndical. En ce sens, V. Cass. soc., 26 mai 1999, n° 97-40.966 : *Bull. civ.* 1999, V, n° 238.

(219) Rapp. C. cass. 2008, *Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La Documentation française, 3^e partie, spéc. p. 95 : « La jurisprudence sur les salariés syndiqués qui ne sont pas investis de mandat représentatif suit le régime général des discriminations ».

(220) En ce sens, V. Cass. soc., 16 juin 2010, n° 08-44.605. Le licenciement d'une salariée avait été annulé sur le fondement des dispositions prohibant les discriminations syndicales. L'employeur reprochait à la cour d'avoir ainsi statué alors que la salariée n'était titulaire ni d'un mandat électif ni d'un mandat syndical. La Cour de cassation rejette le pourvoi de l'employeur : elle estime que ce dernier « avait eu connaissance de l'engagement syndical actif de la salariée à la suite de la participation à un mouvement de protestation sur les conditions de travail précédant l'engagement de la procédure de licenciement ».

(221) L'article L. 1132-1 du Code du travail vise les activités syndicales ; l'arrêt de la chambre sociale du 16 juin 2010 énonce un « engagement actif » qui traduit une certaine durée de l'opposition.

(222) A. Feuerbon et P. Bailly, *Discriminations interdites en droit du travail* : RJS 2009, p. 268 et s., spéc. p. 269.

(223) L. 25 févr. 2005 tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme.

(224) Le critère des convictions politiques a été introduit dans la législation belge par la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discriminations.

(225) En ce sens, V. F. Moline, *Lutte contre la discrimination et exclusion de certains motifs de discrimination*, in *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Dalloz, 2008, p. 235 et s., spéc. p. 236, cette crainte peut se révéler fondée : sur l'action d'un indépendantiste basque qui estime que le mandat d'arrêt européen délivré à son encontre uniquement en raison de son appartenance à l'organisation SEGI constitue une discrimination en raison de ses convictions politiques, V. Cass. crim., 4 août 2010, n° 10-85.084. La Cour rejette la demande au motif « que l'organisation SEGI a été

363. – Se confondant souvent avec l'engagement syndical du salarié, les discriminations en raison des convictions politiques ne sont que rarement invoquées⁽²²⁶⁾. Elles ne sauraient cependant fonder un refus d'embauche⁽²²⁷⁾ ou un licenciement⁽²²⁸⁾, sauf dans l'hypothèse où l'adhésion à un courant de pensée est une condition nécessaire et déterminante de l'exercice d'une profession⁽²²⁹⁾. Comme pour l'exercice de la liberté religieuse, des sanctions pourront être prises dès lors que leur manifestation cause un trouble objectif au fonctionnement de l'entreprise.

364. – Contrairement à la position adoptée par la cour d'appel de Nancy⁽²³⁰⁾, l'article L. 1132-1 du Code du travail ne saurait servir de fondement à la condamnation de l'employeur qui inflige un traitement défavorable à un salarié en raison de ses absences répétées résultant d'un mandat d'élu municipal. Cette disposition ne prohibe que les mesures motivées par les convictions politiques des salariés et non celles qui se fondent sur leurs activités de ce type. L'entorse au texte opérée par cette interprétation extensive est de surcroît inutile. La protection de l'élu dans le cadre des relations de travail est déjà assurée par le Code général des collectivités territoriales. Suivant ces dispositions, l'employeur ne saurait motiver des décisions en se fondant sur les absences du salarié résultant de ses activités dans un conseil municipal⁽²³¹⁾, général⁽²³²⁾ ou régional⁽²³³⁾.

B. – Les salariés indirectement à risque

365. – La discrimination par association (1°) et la protection des personnes témoins dans le cadre d'une action en discrimination (2°) sont deux notions récentes élargissant le champ des victimes potentielles de distinctions illicites. Ces salariés sont indirectement exposés à un risque de discrimination⁽²³⁴⁾.

1° La discrimination par association

366. – **Origine de la notion.** En se fondant sur l'effet utile du droit européen⁽²³⁵⁾, la Cour de justice de l'Union européenne⁽²³⁶⁾ consacre la notion de discrimination

déclarée "organisation terroriste liée à ETA" par une décision de la Cour suprême espagnole du 19 janvier 2007. [Les juges en déduisent] que les poursuites pour appartenance à cette organisation ne peuvent *a priori* être considérées comme constituant une discrimination fondée sur les opinions politiques de la personne recherchée ».

(226) En ce sens, V. notamment Cass. soc., 19 nov. 1987, n° 85-42.194.

(227) En ce sens, V. CA Aix-en-Provence, 11 janv. 1999 : *JCP G* 1999, IV, 3154. Se rend coupable de discrimination en raison des convictions politiques la responsable du personnel qui refuse la candidature d'une ancienne secrétaire particulière d'un maire au motif que les postes disponibles devaient être pourvus par des sympathisants de son parti politique.

(228) CA Paris, 26 avr. 2000, n° 99/05186 : *JurisData* 2000-121738.

(229) Ces hypothèses sont selon nous marginales ; elles peuvent se rencontrer pour les salariés des partis politiques ou des syndicats.

(230) CA Nancy, 28 janv. 2011, n° 10/00391 : *JurisData* n° 2011-002472.

(231) CGCT, art. L. 2123-8.

(232) CGCT, art. L. 3123-6.

(233) CGCT, art. L. 4135-6.

(234) 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 qui réprime l'injonction à la discrimination n'étend pas le champ des victimes de discrimination mais celui de ses auteurs.

(235) J. Cavallini, *Une discrimination par association fondée sur le handicap est contraire au droit communautaire* : *JCP S* 2008, 1549 : « La prise en compte de la discrimination par association sert les objectifs de la directive sauf à amoindrir la protection des personnes handicapées qui subiraient, par contrecoup, cette différence de traitement frappant leur entourage ».

(236) CJUE, 17 juill. 2008, aff. C-303/06, *Coleman*, consid. 38 : « Dès lors, il ne ressort pas de ces dispositions de la directive n° 2000/78 que le principe de l'égalité de traitement qu'elle vise à garantir soit limité aux personnes ayant elles-

par association⁽²³⁷⁾ : celle-ci est particulièrement condamnable puisqu'elle culpabilise l'entourage du salarié⁽²³⁸⁾. S'en rend coupable l'employeur qui inflige au salarié une mesure défavorable en raison des liens qui l'unissent à une autre personne présentant l'un des critères spécialement protégés par la loi⁽²³⁹⁾. À cette forme particulière d'exclusion⁽²⁴⁰⁾, s'applique l'aménagement classique de la preuve en matière de discrimination⁽²⁴¹⁾.

367. – La solution dégagée permet de retenir le motif illicite de la distinction opérée, sans être tenu par les caractéristiques de la victime directe⁽²⁴²⁾. Si l'objectif poursuivi est louable, puisqu'il vise à combattre la distinction illicite dans l'ensemble de ses manifestations⁽²⁴³⁾, les textes internes s'opposent à son application. Traduisant une vision collective de l'égalité, la notion de discrimination par association est balbutiante en France⁽²⁴⁴⁾.

368. – **Reconnaissance dans l'ordre interne.** Si certains juges du fond l'ont admise⁽²⁴⁵⁾ et si sa reconnaissance avait été souhaitée par la HALDE⁽²⁴⁶⁾, la Cour de cassation ne s'est pas encore prononcée sur cette notion. Certains regrettent⁽²⁴⁷⁾ que la loi du 27 mai 2008 ne l'ait pas consacrée⁽²⁴⁸⁾. La notion correspond à l'esprit du

mêmes un handicap au sens de cette directive. Au contraire, celle-ci a pour objet, en ce qui concerne l'emploi et le travail, de lutter contre toutes les formes de discrimination fondées sur le handicap. En effet, le principe de l'égalité de traitement consacré par ladite directive dans ce domaine s'applique non pas à une catégorie de personnes déterminée, mais en fonction des motifs visés à l'article 1^{er} de celle-ci ». Selon nous, ce raisonnement ne s'applique pas uniquement au handicap, il doit être transposé à tous les autres critères de distinctions considérés comme illicites (en ce sens, V. J. Cavallini, *Une discrimination par association fondée sur le handicap est contraire au droit communautaire* : JCP S 2008, 1549. – V. également T. Aubert-Monpeyssen, *La notion de victime d'une discrimination et le droit communautaire* : JCP E 2009, 1383 et A. Boujeka, *Le handicap par association. Note sous CJCE Grande chambre, 17 juill. 2008* : RD sanit. soc. 2008, p. 865 et s.

(237) Aussi nommée « discrimination par ricochet ».

(238) En ce sens, V. C. Willmann, *Directive 2000/78/CE et prohibition de la discrimination par association* : Lexbase n° N3745BH : « La dignité d'une personne présentant une "caractéristique suspecte" souffre de voir autrui victime d'une discrimination pour le seul motif du lien qui les unit ». L'auteur précise également que le salarié subit une double contrainte : il subit personnellement un tort et devient « le biais par lequel la dignité de la personne visée par une classification suspecte est lésée ».

(239) T. Aubert-Monpeyssen, *La notion de victime d'une discrimination et le droit communautaire* : JCP E 2009, 1383.

(240) Sur des exemples de sources de discrimination par association, V. L. Waddington, *Protection pour la famille et les amis : combattre la discrimination par association* : Rev. du droit européen relatif à la non-discrimination juill. 2007, p. 13 et s., spéc. p. 14.

(241) CJUE, 17 juill. 2008, aff. C-303/06, *Coleman*, consid. 52 à 55.

(242) En ce sens, V. E. Pardo, note ss arrêt : *Dr. ouvrier* 2009, p. 553 et s., spéc. p. 556 : « [La solution] est judicieuse car elle permet d'appréhender le fait générateur et de donner aux faits une juste qualification ».

(243) A. Boujeka, *Le handicap par association. Note ss CJCE Gde chambre, 17 juill. 2008* : RD sanit. soc. 2008, p. 865 et s., spéc. p. 868. L'exclusion et les préjugés attachés aux motifs de distinction illicite peuvent irradier l'entourage de la personne spécialement protégée ; la discrimination par association nous semble être une réponse adéquate à ces phénomènes.

(244) La notion de discrimination par association est expressément reconnue par la législation Irlandaise (art. 6(1)(b) de la loi sur l'égalité dans l'emploi de 1998-2004).

(245) Cons. prud'h. Caen, 25 nov. 2008, n° 06/00120, *Enault c/ SAS ED* : RJS 2009, n° 134 : « Attendu qu'il existe des éléments laissant supposer l'existence d'une discrimination au préjudice de M^{me} X victime d'un traitement défavorable en raison du mandat syndical dont son compagnon est investi ». Cette décision a été rendue dans l'affaire ayant donné lieu à la délibération de la HALDE du 26 mars 2007, n° 2007-75.

(246) Délib. 26 mars 2007, n° 2007-75. Selon la Haute autorité, une salariée aurait été licenciée en considération des activités syndicales de son concubin. Elle affirme que « le fait générateur d'une telle sanction tient bien à l'association entre cette personne et le délégué syndical ».

(247) En ce sens, V. M. Le Barbier Le Bris, *L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale* : RJS 2008, p. 883 et s., spéc. p. 885.

(248) L. n° 2008-496, 27 mai 2008, portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

dispositif législatif⁽²⁴⁹⁾ mais elle n'est conforme ni au texte pénal⁽²⁵⁰⁾, ni aux dispositions du Code du travail⁽²⁵¹⁾. La Haute autorité avait d'ailleurs reconnu que la formulation actuelle des textes ne permettait pas de sanctionner ce type de comportement⁽²⁵²⁾.

369. – Malgré la précision des textes, d'aucuns estiment possible la poursuite pénale des auteurs de discrimination par association⁽²⁵³⁾. Il conviendrait de distinguer la victime de la discrimination intellectuelle⁽²⁵⁴⁾ de sa victime matérielle⁽²⁵⁵⁾ ; cette possibilité serait d'ailleurs consacrée par l'article 225-1, 2e du Code pénal⁽²⁵⁶⁾. Si une interprétation téléologique⁽²⁵⁷⁾ des dispositions civiles peut être admise pour consacrer la notion de discrimination par association en droit du travail, une telle extension, contraire à l'exigence d'interprétation stricte de la règle qui prévaut en droit pénal, ne saurait être admise dans ce domaine.

370. – Pour passer outre ces limites textuelles, des auteurs recommandent⁽²⁵⁸⁾ de se fonder directement sur la directive n° 2000/78 pour sanctionner les discriminations par association. L'ensemble des motifs de distinction illicites prévus par le droit interne ne pourraient être réprimés⁽²⁵⁹⁾ ; en résulteraient des régimes juridiques différents en fonction des motifs.

371. – Une extension pour une restriction souhaitable ? Les comportements constitutifs de discrimination par association peuvent également⁽²⁶⁰⁾ être appréhen-

(249) En ce sens : RJS 2009, n° 134 : « Si la solution retenue est satisfaisante en ce qu'elle renforce la protection des victimes de discrimination, son fondement juridique nous semble toutefois incertain ».

(250) L'article 225-1 du Code pénal précise que la distinction doit être opérée en raison des caractéristiques propres à la victime. L'adjectif possessif « leur » interdit toute consécration de la notion de discrimination par association dans le domaine pénal.

(251) L'article L. 1132-1 du Code du travail mentionne également un adjectif possessif. Au-delà de la lettre du texte, l'interprétation téléologique de cette disposition permet de reconnaître la notion de discrimination par association.

(252) Délib. 26 mars 2007, n° 2007-75, pt 22 : « La formulation actuelle de l'article L. 122-45 [devenu L. 1132-1] du Code du travail postulerait en faveur du fait que seules les personnes identifiées en fonction d'un critère donné puissent invoquer cette disposition, à l'exception de toute autre personne qui leur serait associée ». La précision des textes répressifs n'empêche pas la HALDE de faire œuvre créatrice à l'encontre des principes gouvernant l'interprétation des textes. Sur la critique de la possibilité laissée à la Haute autorité de pouvoir faire des recommandations de modification législative en raison d'un cas d'espèce, V. P. Rozec et V. Manigot, *La place de la HALDE dans le paysage judiciaire* : JCP S 2010, 1294.

(253) En ce sens, V. S. Detraz, *La discrimination par ricochet : un aspect latent du délit de discrimination* : Dr. pén. juill. 2008, étude 10.

(254) La personne qui présente le caractère spécifiquement protégé par la loi.

(255) La victime matérielle de la discrimination est celle qui subit la mesure défavorable en raison de la caractéristique présente chez autrui.

(256) Ce texte sanctionne la discrimination dont est victime la personne morale en raison de caractéristiques présentes chez ses membres. Selon l'auteur, cet article « énonce les conditions de rattachement de la discrimination intellectuelle (pratiquée à l'égard de la personne physique) à la discrimination matérielle (commise à l'encontre de la personne morale).

(257) M. Schmitt, *La discrimination par association, nouvelle forme de discrimination prohibée par le droit communautaire* : RDT 2009, p. 41.

(258) En ce sens, V. RJS 2009, n° 134. – *Contra*, T. Aubert-Monpeyssen, *La notion de victime d'une discrimination et le droit communautaire* : JCP E 2009, 1383. « La discrimination par association devrait être reconnue à l'occasion de types de discriminations très variés, et pas seulement à l'occasion de motifs de discrimination visés par la directive du 27 novembre 2000 ». En ce sens, V. également M. Schmitt, *La discrimination par association, nouvelle forme de discrimination prohibée par le droit communautaire* : RDT 2009, p. 41.

(259) Dir. n° 2000/78/CE du Conseil, 27 nov. 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. Ce texte prohibe les distinctions fondées sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ; il ne précise pas que le critère de distinction illicite doit être présent chez la victime de la décision préjudiciable. Seule la décision doit être motivée pour l'un des motifs qu'elle énumère.

(260) En ce sens, V. S. Detraz, *La discrimination par ricochet : un aspect latent du délit de discrimination* : Dr. pén. juill. 2008, étude 10. Pour d'autres, la prohibition des discriminations en raison de l'origine ou de la situation de famille

dés par le biais d'une interprétation extensive des critères de l'état de famille⁽²⁶¹⁾ ou de l'origine⁽²⁶²⁾. Cette position s'oppose à l'acception originelle de ces deux motifs⁽²⁶³⁾ ; la prohibition des discriminations selon l'état de famille est conçue objectivement comme l'interdiction de prendre en compte la situation matrimoniale d'un individu⁽²⁶⁴⁾ et la notion d'origine renvoie à la « race » et à l'« ethnie ». Certains arrêts entretiennent pourtant cette confusion en retenant une conception subjective de ces motifs de distinction illicites⁽²⁶⁵⁾.

372. – La reconnaissance de la discrimination par association permettrait de revenir à l'essence de la notion de distinction illicite en exigeant que la personne liée à la « victime matérielle » présente l'un des critères de distinction prohibés. Ce rattachement n'est actuellement pas imposé par la conception subjective du critère de l'origine ou du lien de famille⁽²⁶⁶⁾. L'enjeu de la lutte contre les discriminations, qui « est avant tout le respect d'un droit fondamental, le respect des droits de l'homme qui dépasse l'intérêt d'un salarié en particulier⁽²⁶⁷⁾ », est supplanté ; la protection de « l'homme essentiel » se trouve évincée par la traque de la distinction injuste. L'encadrement des discriminations par association protégerait le décideur contre ces dérives.

373. – **Encadrement des discriminations par association.** La discrimination par association élargit le champ des victimes potentielles de discrimination. Si elle n'est pas cantonnée aux décisions intentionnelles, l'entreprise devra recueillir des informations relevant de la vie privée de ses salariés⁽²⁶⁸⁾ et les contraintes induites seront supérieures aux bénéfices escomptés. Dès lors, nous ne pensons pas que la discrimination par association puisse se conjuguer avec la discrimination indirecte⁽²⁶⁹⁾. Un équilibre doit s'établir entre la protection de la dignité, au sens de la lutte contre les discriminations, et le respect de la vie personnelle. Sauf à perdre son objectif

ne permet pas d'appréhender toutes les hypothèses sanctionnées par la discrimination par association. En ce sens, V. E. Pardo, note ss arrêt, *Dr. ouvrier* 2009, p. 553 et s., spéc. p. 556 : « La notion de discrimination par association constitue une approche nouvelle permettant d'étendre le champ de protection à des tiers qui, sans lien de famille, peuvent se trouver uniquement dans l'entourage [de la personne spécialement protégée] ».

(261) Largement entendu, l'état de famille prohiberait les distinctions effectuées en raison des qualités des membres de la famille du salarié concerné.

(262) Le motif de l'origine permettrait de sanctionner les distinctions effectuées en raison de l'origine sociale ou géographique de la personne.

(263) En ce sens, V. M. Danti-Juan, *Discrimination : Rép. dr. pén. et proc. pén.* Dalloz, n°s 28 et s. et nos obs. n° 121.

(264) Au sens primaire de la prohibition des discriminations en raison de l'état de famille, il est interdit de tenir compte du mariage ou du célibat de l'individu, ou de sa situation de père ou de mère.

(265) V. notamment Cass. soc., 1^{er} juill. 1999, n° 96-43.617 : *Bull. civ.* 1999, V, n° 249 ; *JCP E* 1999, p. 1931. La Cour de cassation entend ici subjectivement la notion d'état de famille puisqu'il est reproché à une entreprise d'avoir licencié une salariée en raison du lien de filiation l'unissant à un autre salarié de l'entreprise. V. également Cass. soc., 10 févr. 1999, n° 96-42.998 : *Bull. civ.* 1999, V, n° 61.

(266) Dans l'arrêt précité du 10 février 1999, la décision de licencier la salariée avait été motivée par l'exercice d'une activité concurrente à celle de l'entreprise par son mari. Ce critère de l'activité concurrente n'est pas un motif de distinction prohibé par la lutte contre les discriminations.

(267) B. Bossu, *Droits de l'homme et pouvoirs du chef d'entreprise : vers un nouvel équilibre* : *Dr. soc.* 1994, p. 745 et s., spéc. p. 749.

(268) Comment un employeur pourrait-il s'assurer qu'une de ses décisions apparemment neutre affecte particulièrement les conjoints ou les amis de syndicalistes, de religieux ou de handicapés s'il n'est pas informé des relations de ses salariés ?

(269) *Contra*, L. Waddington, *Protection pour la famille et les amis : combattre la discrimination par association* : *Rev. du droit européen relatif à la non-discrimination* juill. 2007, p. 13 et s., spéc. p. 22 : « Selon une interprétation littérale, les dispositions relatives à la discrimination indirecte ne régissent pas la discrimination par association ; cependant, on pourrait soutenir qu'une telle interprétation serait conforme aux objectifs de la directive ».

originel, la prohibition des discriminations ne peut pas s'étendre à l'infini ; la multiplication des victimes potentielles incite à rechercher la distinction illicite là où elle ne se trouve pas.

374. – Des limites à l'extension doivent être fixées. La preuve de la prise en compte d'un critère de distinction illicite doit être certaine ; plus la victime intellectuelle de la discrimination est éloignée de l'entreprise, plus l'effort probatoire exigé du salarié doit être important.

2° Les témoins de discriminations

375. – **Intérêt probatoire de la protection.** La protection édictée en faveur des témoins de discriminations peut bénéficier à la victime qui engage un contentieux⁽²⁷⁰⁾ mais également à des collègues qui acceptent de relater des faits⁽²⁷¹⁾. Au-delà de la lutte contre les distinctions illicites, ces dispositions visent à protéger la liberté des salariés d'agir en justice en s'opposant aux mesures de représailles que pourrait susciter leur initiative⁽²⁷²⁾. Des protections similaires existent pour la dénonciation de faits de corruption⁽²⁷³⁾ ou de harcèlement⁽²⁷⁴⁾. À l'instar de la discrimination, ces agissements sont soit dissimulés derrière une apparence de légalité, soit tenus secrets ; leur révélation nécessite de briser l'opacité des processus de prise de décision dans l'entreprise.

376. – En incitant les salariés à témoigner, la protection accordée facilite la preuve des comportements discriminatoires ; elle est un outil supplémentaire pour assurer l'effectivité de la lutte contre les distinctions illicites. Nous pouvons cependant regretter que les textes protégeant ces témoignages ne soient pas obligatoirement affichés dans les locaux de l'entreprise. La connaissance par les salariés de l'immunité édictée est la condition essentielle de sa pleine portée. Si la protection est nécessaire, elle mérite cependant d'être encadrée.

377. – **Étendue de la protection.** Le texte de l'article L. 1132-3 du Code du travail prévoit que la protection s'applique à l'égard des dénonciations effectuées au sein de l'entreprise mais également devant une juridiction⁽²⁷⁵⁾. Dans le domaine du harcèlement, la protection est accordée au salarié qui relate à une association les

(270) C. trav., art. L. 1134-4 : « 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 ». Indépendamment du caractère fondé de l'instance introduite par le salarié, le licenciement prononcé en raison de l'engagement de la procédure est nul. Plus que la protection de la dignité des individus, cette disposition protège la liberté du salarié d'ester en justice.

(271) C. trav., art. L. 1132-3.

(272) A. Supiot, *La protection du droit d'agir en justice* : Dr. soc. 1985, p. 774 et s. : « L'action en justice constitue une liberté publique à laquelle il ne saurait être dérogé dans l'entreprise. Pour que cette liberté ne soit pas vidée de son contenu, il faut que celui qui l'exerce ne s'expose pas à des mesures de rétorsions ».

(273) C. trav., art. L. 1161-1. Dans le cadre de la lutte contre la corruption, la protection n'est prévue que pour les témoignages soit devant l'employeur ou les autorités judiciaires ou administratives. Cette protection devrait, selon nous, s'étendre à la procédure prud'homale.

(274) Pour le harcèlement sexuel, V. C. trav., art. L. 1153-3 ; pour le harcèlement moral, C. trav., art. L. 1152-2.

(275) Le texte protège le salarié qui « relate les faits » et celui qui « témoigne des faits ». À notre sens, ces termes visent deux situations distinctes. La première concerne la dénonciation effectuée au sein de l'entreprise ; la seconde des déclarations effectuées hors de l'entreprise et notamment devant des juridictions.

faits dont il est victime⁽²⁷⁶⁾. Un salarié peut-il se fonder sur ces dispositions pour révéler au public, notamment par voie de presse, les actes de discrimination dont il a été témoin ? N'étant pas mentionnée au titre des dispositions du Code du travail consacrées aux actions en justice, l'extension semble possible. Cependant, elle ne s'inscrirait pas dans l'esprit de la protection qui vise à faciliter la preuve judiciaire des discriminations.

378. – La lettre du texte ne préservant pas l'hypothèse du témoignage du salarié de mauvaise foi, la protection accordée pourrait être détournée de son objet pour nuire à l'entreprise. À cette possible dérive, la Cour de cassation et les juges du fond⁽²⁷⁷⁾ s'opposent. Dans l'hypothèse du harcèlement, la cour précise que « l'immunité n'est accordée qu'au salarié de bonne foi, laquelle est présumée⁽²⁷⁸⁾ ». Cette solution doit être étendue aux hypothèses de discrimination⁽²⁷⁹⁾.

379. – En tout état de cause, l'employeur victime d'un témoignage mensonger dispose des voies de droit classique pour lutter contre ce type de manœuvre⁽²⁸⁰⁾. La dénonciation de faits faux ne suffit pas à établir la mauvaise foi du salarié ; la preuve de sa connaissance de l'inexactitude des faits dénoncés par l'auteur de la plainte doit être rapportée⁽²⁸¹⁾. Un auteur estime que la mauvaise foi du salarié ne serait caractérisée qu'en cas de propos « injurieux, excessifs, menaçants ou diffamatoires⁽²⁸²⁾ ». Cette position nous semble trop restrictive⁽²⁸³⁾. Seule l'hypothèse de la mauvaise foi étant retenue, la simple connaissance par le salarié du caractère mensonger des faits dénoncés devrait suffire à le priver de l'immunité disciplinaire édictee, sans que l'employeur ait à établir son intention de nuire.

(276) En ce sens, V. Cass. soc., 31 mars 2010, n° 07-44.675 : JCP S 2010, 1333. Les juges précisent que « le grief de la relation à deux associations des agissements de harcèlement moral dénoncés par la salariée, dont la mauvaise foi n'était pas alléguée, emportait à lui seul la nullité de plein droit du licenciement ». Cette solution peut être transposée à la dénonciation de faits de discrimination à une association. Selon l'article L. 1134-3 du Code du travail, les associations régulièrement constituées depuis cinq ans au moins pour la lutte contre les discriminations peuvent engager des actions en faveur des salariés victimes de distinctions illicites. Sous peine de rendre sans objet cette disposition, les dénonciations effectuées auprès d'elles par les salariés doivent bénéficier de cette protection.

(277) En ce sens, V. CA Colmar, 15 mars 2011, n° 09/05128 : *JurisData* n° 2011-005487. Les juges estiment que constitue une faute grave le fait pour le salarié de tenir des propos mensongers relevant de la calomnie et de dénoncer son employeur pour injures racistes auprès d'une association, qui a porté plainte, dès lors que les témoignages produits à l'appui de ses allégations n'établissent pas la réalité des propos racistes que l'employeur aurait prononcés à son encontre. Dans le même sens, V. CA Rennes, 8 mars 2011 : *JurisData* n° 2011-004456 ; JCP G 2011, 445. Constitue une faute grave la dénonciation mensongère d'infractions à caractère raciale. La cour relève que ce procédé, utilisé de mauvaise foi, crée un trouble objectif très important dans l'entreprise.

(278) Rapp. C. cass. 2009, *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La Documentation française, 4^e partie, spéc. p. 348. Cette position a été confirmée par la chambre sociale (Cass. soc., 10 mars 2009, n° 07-44.092 : « Le grief tiré de la relation des agissements de harcèlement moral par le salarié, dont la mauvaise foi n'était pas alléguée, emportait à lui seul la nullité de plein droit du licenciement »).

(279) Deux arguments plaident en faveur de cette extension : les termes des articles L. 1132-3 et L. 1161-1 sont identiques ; l'influence européenne, consacrée par le législateur, a fait du harcèlement une forme de discrimination.

(280) Nous pensons aux procédures judiciaires pour faux témoignage ou pour dénonciation calomnieuse.

(281) En ce sens, V. Cass. crim., 7 déc. 2004, n° 04-81.929 : *Bull. crim.* 2004, n° 307. Selon cet arrêt, il n'appartient pas au prévenu de dénonciation calomnieuse de prouver sa bonne foi ou l'ignorance qu'il avait de la fausseté des faits dénoncés. L'arrêt qui retient la qualification de dénonciation calomnieuse dès lors que le prévenu ne pouvait apporter la preuve de son ignorance de la fausseté des faits dénoncés encourt la censure.

(282) C. Leborgne-Ingelaere, *La nullité de principe du licenciement motivé par une accusation de harcèlement moral* : JCP S 2009, 1225. Cet auteur précise que la solution retenue « est favorable au respect de la liberté d'expression, mais heurtera sans doute quelque employeur qui serait accusé de tort par un salarié peu scrupuleux ». Une définition plus restrictive de la mauvaise foi permet d'éviter ces excès.

(283) En ce sens, V. également A. Martinon, *La référence à une dénonciation de faits de harcèlement moral vicie le licenciement* : JCP S 2011, 1004. Le professeur Martinon estime que même si « son champ semble bien étroit (...), seule l'intention de nuire devrait permettre d'établir la mauvaise foi du salarié ».

380. – Incomplet, le texte ne précise pas la durée de la protection. La rancœur n'étant pas prescriptible, peu importe la date de dénonciation des faits : dès lors que l'employeur a pris en compte le témoignage pour sanctionner le salarié, l'immunité doit s'appliquer. La comparaison diachronique entre la sanction prononcée et le témoignage produit facilitera la preuve de sa prise en compte⁽²⁸⁴⁾. Sa sanction est celle de la mesure discriminatoire : le licenciement prononcé en raison du témoignage sera nul⁽²⁸⁵⁾. Comme le précise le professeur Auzero, « le seul fait d'invoquer un motif illicite dans la lettre de notification du licenciement suffit à entraîner la nullité de celui-ci⁽²⁸⁶⁾ » ; dès lors que la lettre de licenciement mentionne le témoignage effectué, le licenciement encourt la nullité⁽²⁸⁷⁾. La jurisprudence semble d'ailleurs présumer que la dénonciation du salarié est la raison du licenciement du salarié s'il est démontré qu'il ne repose pas sur une cause réelle et sérieuse et qu'il fait immédiatement suite au témoignage de l'intéressé⁽²⁸⁸⁾.

§ 2. – Les mesures interdites

381. – La protection de la dignité du travailleur est transversale⁽²⁸⁹⁾. Elle s'intéresse tant à l'individu qui est en recherche d'emploi qu'à celui qui est devenu salarié. Avant d'être sous la subordination juridique d'un futur employeur, le candidat à l'embauche bénéficie des mesures prohibant les discriminations. Une fois la relation contractuelle établie, le dirigeant de l'entreprise ne saurait justifier des mesures discriminatoires par son pouvoir de direction : l'interdiction des distinctions illicites transcende les frontières du droit du travail et encadre les prérogatives de l'employeur. Si la protection de l'« homme essentiel » est assurée au temps du contrat (B), elle l'est également au temps qui le précède (A).

(284) La preuve de la prise en compte du témoignage bénéficie de l'aménagement prévu en matière de discrimination. En ce sens, V. C. trav., art. L. 1134-1.

(285) C. trav., art. L. 1132-3. Avant la mise en œuvre de ce texte, la Cour de cassation optait pour l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement d'un salarié prononcé en raison de la dénonciation, interne à l'entreprise, d'acte de discrimination. En ce sens, V. Cass. soc., 8 nov. 2006, n° 05-41.504 : *Bull. civ.* 2006, V, n° 331 ; *D.* 2007, pan. 686, obs. O. Leclerc. Sur l'hypothèse proche d'un licenciement prononcé en raison d'une dénonciation de faits de harcèlement moral, V. Cass. soc., 13 juill. 2010, n° 09-41.528 : « Le grief tiré de la relation des agissements de harcèlement moral par le salarié, dont la mauvaise foi n'était pas établie, emportait à lui seul la nullité de plein droit du licenciement ».

(286) G. Auzero, *Qui dit réintégration dans l'entreprise dit nullité du licenciement* : *RDT* 2007, p. 652 et s., spéc. p. 653.

(287) En ce sens, V. Cass. soc., 26 sept. 2007, n° 06-40.039 : *Bull. civ.* 2007, V, n° 136 : « Selon l'article L. 313-24 du Code de l'action sociale et des familles, l'employeur ne peut pour décider d'un licenciement prendre en considération le fait pour un salarié de témoigner de mauvais traitements ou privations infligés à une personne accueillie ; qu'ayant relevé que dans la lettre de licenciement, l'employeur reprochait au salarié d'avoir dénoncé des actes de maltraitance, la cour d'appel en a exactement déduit, sans avoir à examiner les autres griefs invoqués, que le licenciement était nul ». Cette solution pourrait, selon nous, être étendue aux dénonciations de discriminations.

(288) En ce sens, V. Cass. soc., 27 janv. 2009, n°s 07-43446, 07-43447, 07-43448, 07-43451 : « [La cour d'appel] qui a retenu que les licenciements des salariés faisaient suite aux actions en justice qu'ils avaient engagées sur la base des dispositions légales relatives aux discriminations et que ces licenciements n'avaient pas de cause réelle et sérieuse, a décidé à bon droit que ceux-ci étaient nuls ».

(289) F. Héas, *Le bien-être au travail* : *JCP S* 2010, 1284 : « La dignité présente un caractère nécessairement transversal. Valeur fondamentale de nombreux systèmes juridiques, la dignité de la personne humaine inclut nécessairement celle du travailleur ».

A. – La protection au temps de l'avant-contrat

382. – Nécessité de la protection précontractuelle. L'enjeu attaché à l'emploi dépasse le droit du travail : l'exclusion du candidat à l'embauche⁽²⁹⁰⁾ a des répercussions sur le citoyen. L'individu injustement écarté de l'entreprise ne peut bénéficier de son pouvoir de « socialisation ». L'exclusion dès la phase de recrutement perpétue les préjugés qui doivent être combattus puisqu'elle ne permet pas au postulant de démontrer, par la qualité de son travail, ses compétences. L'intégration dans l'entreprise du prétendant à l'emploi devenu salarié peut faire disparaître les opinions erronées qu'aurait inspirées sa candidature. Une fois les qualités du salarié démontrées au travers des prestations qu'il réalise, l'intérêt de l'unité qu'il dirige impose à l'employeur de conserver à ses côtés le postulant qu'il souhaitait initialement exclure. L'expérience réussie incite à une révision de la politique de recrutement et de nouvelles compétences s'ouvrent à l'entreprise. Le cercle vertueux de l'intégration impose d'accorder une attention particulière aux discriminations à l'embauche, d'autant plus que le candidat est dans une situation de particulière faiblesse par rapport à l'entreprise. L'information des représentants du personnel sur les techniques de recrutement ne suffit pas à garantir l'absence de discrimination à ce stade précontractuel⁽²⁹¹⁾.

383. – Autocensure. Première démarche vers l'accès à l'entreprise, la prise de connaissance d'une offre d'emploi ne doit pas faire naître chez le postulant un sentiment d'exclusion le dissuadant de présenter sa candidature. Pourtant, les représentations collectives sur certaines branches d'activité « masculines » ou sur des entreprises trop difficiles d'accès conduisent à des phénomènes « d'autocensure ». Cette réaction relève du « ressenti » intime du candidat et n'est pas extériorisée ; elle est dès lors impossible à quantifier mais participe néanmoins aux écarts constatés entre la mixité de la société et l'uniformité relative du monde des entreprises. Il ne peut être reproché à ces dernières de ne pas représenter la diversité de la population parmi leurs salariés si les candidatures qu'elles reçoivent ne sont pas elles-mêmes diversifiées. Sans tomber dans les excès des politiques de discrimination positive qui comportent, selon nous, plus d'inconvénients que d'avantages, seules des politiques de communication⁽²⁹²⁾ permettent de franchir ces barrières immatérielles. Certains secteurs d'activité y ont déjà eu recours pour compenser leur faible proportion de salariées⁽²⁹³⁾.

384. – Accès restreint aux offres d'emploi. Avant même la procédure de recrutement, l'exclusion peut résulter de la diffusion d'offres d'embauche dans le cadre restreint de réseaux. L'accès privilégié à l'information accordé à certains complique

(290) Le terme d'embauche est largement entendu puisque l'article L. 1132-1 du Code du travail précise « 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 entreprise ».

(291) C. trav., art. L. 2323-32 : « Le comité d'entreprise est informé, préalablement à leur utilisation, sur les méthodes ou techniques d'aide au recrutement des candidats à un emploi ainsi que sur toute modification de celles-ci ».

(292) Pour être efficaces, ces campagnes de communication doivent se dérouler avant les choix d'orientation des étudiants. L'analyse des barrières à l'embauche ne peut être dissociée des parcours de formation suivis.

(293) En ce sens, V. la campagne publicitaire « Industrielles » lancée par l'Union des Industries et des Métiers de la Métallurgie.

les recherches d'emploi des autres⁽²⁹⁴⁾. Aucune discrimination n'est cependant constituée puisque le rejet des candidatures n'est pas fondé sur un motif illicite : les demandes potentielles ne sont pas retenues faute d'avoir pu être analysées⁽²⁹⁵⁾. Injustes, mais pas illicites, ces techniques de recrutement touchent à la culture même de certaines entreprises et sont difficiles à dépasser sans aller à l'encontre de l'intérêt des membres du personnel⁽²⁹⁶⁾.

385. – La diffusion restreinte des emplois présente même parfois une forme de légitimité. L'appartenance à un réseau d'anciens étudiants est gage d'une certaine formation et, en principe, de compétences particulières. La préférence donnée, lors des recrutements, à un cursus, n'est pas en soi illégitime si le poste à pourvoir exige des aptitudes que la formation suivie assure⁽²⁹⁷⁾. Dès lors que les étudiants ont fait preuve de qualités pour intégrer une formation et obtenir un diplôme reconnu, il nous paraît légitime qu'ils bénéficient, pour leur futur recrutement, d'une présomption réfragable de compétences⁽²⁹⁸⁾. La Cour de cassation reconnaît d'ailleurs cette présomption lorsqu'elle admet qu'un diplôme spécifique exigé par la convention collective justifie une différence de traitement⁽²⁹⁹⁾.

386. – La réussite scolaire est une condition d'intégration dans le monde de l'entreprise. Il en résulte, selon nous, que les questions soulevées par les exclusions du monde du travail ne peuvent pas être dissociées, et encore moins résolues, sans traiter des inégalités dans l'accès à certaines formations. Dès lors, pour apprécier la légitimité de la diffusion d'offres d'emploi dans le cadre de réseaux d'anciens étudiants, deux hypothèses doivent être distinguées. Soit les conditions d'accès à la formation, qui permet d'intégrer le réseau, sont objectives et pertinentes et l'égalité est préservée malgré la diffusion de l'offre uniquement dans un cadre restreint. Soit les conditions d'accès au réseau sont discriminatoires : la rupture d'égalité qui en résulte irradie alors l'ensemble du processus d'intégration dans la vie active, du stade des études à celui de l'évolution professionnelle, en passant par l'étape intermédiaire du recrutement.

(294) En ce sens, V. R. Fauroux, *Rapport relatif à la lutte contre les discriminations ethniques dans le domaine de l'emploi*, remis le 8 septembre 2005 au ministre de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement : JCP S 2005, act. 93 : « Les modes de recrutement privilégiant le réseau et la cooptation conduisent à défavoriser tout candidat qui ne se rapproche pas du candidat "de référence" ».

(295) Pour estimer la discrimination constituée, il faut retenir que l'analyse d'une candidature constitue une mesure favorable au détriment de celle qui n'a pas été étudiée, faute d'avoir été présentée. Toutefois, ces deux situations ne sont pas identiques : par définition, dans la première, la candidature a été présentée ; dans l'autre non. La qualification de discrimination exige de caractériser en quoi l'impossibilité de présenter sa candidature a été motivée par un critère illicite.

(296) En ce sens, V. R. Fauroux, *Rapport relatif à la lutte contre les discriminations ethniques dans le domaine de l'emploi*, remis le 8 septembre 2005 au ministre de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement : JCP S 2005, act. 93.

(297) Ces aptitudes peuvent se retrouver en dehors des membres du réseau. Un certain cursus peut emporter présomption de compétence ; mais il ne doit pas devenir une condition d'accès à l'emploi. En ce sens, V. Cass. soc., 17 mars 2010, n° 08-43.088 : *Bull. civ.* 2010, V, n° 70, qui précise que le diplôme pouvant justifier la différence de traitement doit être utile à la profession exercée et sanctionner des compétences spécifiques. Plus que le diplôme obtenu, ce sont les compétences du candidat qui sont valorisées.

(298) La présomption réfragable de compétence attachée à un diplôme peut influencer principalement en début de carrière, lorsque les candidats n'ont pas encore fait preuve de leurs qualités à travers leurs expériences professionnelles.

(299) Cass. soc., 10 nov. 2009, n° 07-45.528 : *Bull. civ.* 2009, V, n° 252 : « La cour d'appel a relevé que les quatre salariés ne disposaient pas contrairement à leurs autres collègues du diplôme requis par la convention collective pour l'exercice des fonctions exercées, ce qui constituait un élément objectif et pertinent justifiant la différence de rémunération ».

387. – La porte de l'évolution sociale constituée par l'embauche doit être largement ouverte ; elle ne saurait se refermer pour des motifs illicites. Pour favoriser ce « premier pas », la prohibition des discriminations vaut tant au stade de l'offre contractuelle (1°) qu'à celui du choix du cocontractant (2°). L'employeur qui sort de ce cadre pénètre alors dans le champ de l'interdit (3°).

1° L'interdiction au temps de l'offre

388. – **Rédaction des offres d'emploi.** De l'interdiction des offres d'emploi discriminatoires, le principe est posé⁽³⁰⁰⁾. La proposition d'embauche diffusée ne peut être subordonnée à l'un des motifs discriminatoires. Malgré cette disposition générale, le législateur interdit spécifiquement les offres d'emploi « comportant la mention d'une limite d'âge supérieure exigée du postulant à un emploi⁽³⁰¹⁾ ». Une disposition identique est prévue pour les critères du sexe et de la situation de famille⁽³⁰²⁾. Même si ces trois critères ont pu donner lieu, par le passé, à la rédaction d'offres d'emploi discriminatoires, leur traitement particulier entraîne une confusion inutile et devrait, à notre sens, être supprimé.

389. – Néfaste à la cohérence du système, le concours de qualifications qui résulte de ces différents textes est insoluble. La mention d'un critère de sexe ou relatif à la situation de famille est réprimée par une peine d'un an d'emprisonnement et une amende de 3 750 €⁽³⁰³⁾ ; l'offre soumise à une condition d'âge expose son auteur à l'amende prévue pour les contraventions de troisième catégorie⁽³⁰⁴⁾. Pourtant, en vertu du texte général d'incrimination, ce type de mention dans une offre d'emploi, comme celle de l'un quelconque des autres motifs discriminatoires, est puni d'une peine de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende⁽³⁰⁵⁾. Selon l'adage *specialia generalibus derogant*, il convient de retenir les dispositions du Code du travail mais le principe de la plus haute réponse pénale exige d'appliquer les dispositions générales de l'article 225-2 du Code pénal. Si le législateur souhaite préserver des textes spécifiques, une harmonisation des peines encourues apparaît souhaitable.

2° L'interdiction au temps du choix

390. – **Révélation des discriminations à l'embauche.** « Le droit ne peut saisir le non-dit, il ne peut appréhender la pensée aussi longtemps qu'elle ne s'est pas exprimée dans un acte matériel⁽³⁰⁶⁾ ». Pourtant, la cour d'appel de Paris rappelle que « les pratiques discriminatoires [à l'embauche] sont rarement matérialisées par un

(300) C. pén., art. 225-2.

(301) C. trav., art. L. 5331-2 : « Il est interdit de faire publier dans un journal, revue ou écrit périodique ou de diffuser par tout autre moyen de communication accessible au public une insertion d'offres d'emploi (...) comportant la mention d'une limite d'âge supérieure exigée du postulant à un emploi ». Cette disposition ne s'applique pas « aux offres qui fixent des conditions d'âge imposées par des dispositions légales ».

(302) C. trav., art. L. 1142-1.

(303) C. trav., art. L. 1146-1. À titre de peine complémentaire, « la juridiction peut ordonner l'affichage du jugement aux frais de la personne condamnée dans les conditions prévues par l'article 131-65 du Code pénal ». La faiblesse de l'amende encourue n'est pas de nature à dissuader ces comportements. L'atteinte portée à l'image de l'entreprise, grâce à la peine complémentaire de l'affichage, est, selon nous, davantage dissuasive. Son coût ne doit cependant pas dépasser le montant de l'amende encourue. Cependant, la faiblesse de ce dernier limite les effets de la sanction d'affichage.

(304) C. trav., art. R. 5334-1.

(305) C. pén., art. 225-2.

(306) M.-A. Péano, *L'intuitu personae dans le contrat de travail : Dr. soc.* 1995, p. 129 et s., spéc. p. 135.

écrit⁽³⁰⁷⁾ ». L'efficacité du dispositif décrit est subordonnée à la révélation des motifs de distinction que l'employeur souhaite garder secrets. Les possibilités d'établir et de sanctionner l'illicéité du rejet d'une candidature sont limitées ; contrairement à la rupture, le refus de conclure un contrat de travail n'a pas à être justifié. Le droit au silence autorise une prudente dissimulation des véritables raisons de la distinction opérée.

391. – Soucieux de révéler les discriminations par-delà le mutisme de l'employeur, le droit finlandais incite au dialogue. Le candidat non retenu peut solliciter de l'employeur une information écrite sur les critères de sélection mis en œuvre ainsi que sur les compétences du salarié ayant obtenu le poste convoité⁽³⁰⁸⁾. Une disposition identique existe en droit suisse⁽³⁰⁹⁾. Son adoption en droit français inciterait les entreprises à rendre objectif et transparent leur processus de recrutement ; un suivi des candidatures et la « traçabilité » des réponses données seraient encouragés et « sécuriseraient » le processus d'embauche. Pour la gestion d'un futur contentieux, des informations précieuses seraient établies et conservées. L'information réclamée serait également bénéfique au candidat malheureux : informé, il disposerait des éléments lui permettant d'apprécier l'opportunité d'un recours judiciaire. Le plus souvent, à la lumière de raisons objectives, l'obscur sentiment d'exclusion s'estompe. Disparaît alors avec lui la volonté de saisir un tribunal. Tant le législateur que l'employeur soucieux de s'éviter des contentieux coûteux pourraient s'inspirer de ces exemples étrangers.

392. – Plusieurs possibilités s'offrent au candidat pour révéler l'illicéité du rejet de sa candidature. Celle-ci peut être présumée grâce aux thèmes abordés dans un questionnaire de recrutement (a) ou établie à l'occasion d'un test de discrimination (b).

a) Les questionnaires de recrutement

393. – **Encadrement des procédures de recrutement.** Lors de la phase de recrutement, un équilibre doit s'établir entre la liberté constitutionnellement reconnue aux employeurs de choisir librement leurs collaborateurs⁽³¹⁰⁾ et la prohibition des discriminations. De son respect dépend l'efficacité et la sécurité des opérations effectuées. Si l'entreprise n'a pas recours aux techniques d'investigation qui lui sont offertes, elle ne peut déceler les aptitudes particulières des candidats. Si elle s'en écarte, le risque de discrimination surgit. Le chemin est étroit mais l'objectif est capital : une procédure menée dans le respect des dispositions permet de choisir avec

(307) CA Paris, 6 juill. 2007 : *Dr. ouvrier* 2008, p. 130.

(308) M. Biese et A. Lefebvre, *Le modèle social finlandais : Liaisons sociales Europe* juin 2008, spéc. p. 55.

(309) R. Wyler, *Droit du travail*, Stämpfli Éd. SA Berne, 2^e éd. 2008, p. 720 : « La personne qui n'est pas engagée et qui se prévaut d'une discrimination peut exiger de l'employeur qu'il motive sa décision ». L'auteur précise cependant que « le refus de donner la motivation n'affecte pas la validité formelle du refus d'embauche ».

(310) En ce sens, V. Cons. const., déc. 20 juill. 1988, n° 88-244 DC : « Considérant que les dispositions [en cause] risquent de mettre en cause la liberté d'entreprendre de l'employeur qui, responsable de l'entreprise, doit pouvoir, en conséquence, choisir ses collaborateurs ». Comme le précise le professeur Luchaire, « le législateur [ne peut porter atteinte au libre choix du contractant], noyau dur de la liberté contractuelle » (P. Luchaire : *D.* 1989, p. 269 et s., spéc. p. 273).

pertinence le futur salarié et de disposer d'éléments objectifs justifiant le rejet des autres candidatures.

394. – Le pouvoir d'investigation de l'employeur n'a d'autres limites que la nécessité d'apprécier si les capacités professionnelles du postulant sont en adéquation avec les exigences du poste à pourvoir⁽³¹¹⁾. Le chef d'entreprise ne saurait poser des questions qui n'auraient pas pour objet « d'apprécier [les] capacités [du candidat] à occuper l'emploi proposé ou ses aptitudes professionnelles⁽³¹²⁾ ». Il en résulte que la recherche de certaines informations dans le cadre d'une procédure de recrutement est par nature « illégitime⁽³¹³⁾ » et permet de supposer l'existence d'une discrimination à l'embauche. Les questions relatives à l'orientation syndicale⁽³¹⁴⁾ du salarié, à sa vie intime ou à son état de grossesse⁽³¹⁵⁾ ne sauraient être tolérées. La HALDE avait précisé que « le critère de l'origine des candidats ne peut pas être considéré comme une information indispensable et nécessaire au stade de l'embauche permettant d'apprécier la capacité à occuper un emploi ou les aptitudes professionnelles⁽³¹⁶⁾ ». Si l'employeur s'écarte de cet impératif de pertinence, le candidat peut légitimement croire que son exclusion a été motivée par les réponses qu'il a apportées ou le silence qu'il a opposé aux questions illicites.

395. – Un refus d'embauche discriminatoire est-il nécessairement établi lorsque le candidat a répondu, ou refusé de répondre, à des questions interdites ? Un arrêt contestable de la cour d'appel de Paris répond par la négative⁽³¹⁷⁾. Nous n'adhérons pas à la solution arrêtée. Il nous semble difficile de soutenir que l'employeur

(311) L. Darracq, *La protection de la vie personnelle du salarié au travail : Semaine sociale Lamy* 1990, suppl. n° 940, spéc. p. 14.

(312) En ce sens, V. C. trav., art. L. 1221-6. Cette disposition précise que les informations demandées « doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou avec l'évaluation des aptitudes professionnelles [du candidat] ».

(313) B. Teyssey, *Personnes, entreprises et relations de travail : Dr. soc.* 1988, p. 374 et s., spéc. p. 377.

(314) Cass. soc., 13 mai 1969 : *Bull. civ.* 1969, V, n° 314. L'employeur demandait aux candidats à l'embauche s'ils étaient adhérents à une organisation syndicale. Cette question a été jugée illégale et a entraîné la condamnation pour prise en compte illicite de l'activité syndicale. Nous pouvons cependant nous interroger sur la portée de cette décision. Certains postes clés de l'entreprise (direction des affaires sociales, des ressources humaines) pourraient exiger une « neutralité syndicale ». L'absence d'adhésion à un syndicat pourrait alors constituer une exigence professionnelle essentielle pour occuper le poste vacant. La question deviendrait légitime. Ce raisonnement présume que le salarié investi dans la vie syndicale ferait nécessairement prévaloir ses convictions sur sa conscience professionnelle.

(315) C. trav., art. L. 1225-1 : « L'employeur ne doit prendre en considération l'état de grossesse d'une femme pour refuser de l'embaucher (...). Il lui est en conséquence interdit de rechercher ou de faire rechercher toute informations concernant l'état de grossesse de la salariée ». Pourtant, de telles informations pourraient être utiles lorsque le poste proposé expose la salariée à des risques particuliers néfastes au développement de l'enfant. L'obligation de sécurité de résultat qui pèse sur l'employeur à l'égard de ses salariés impose qu'il dispose des informations nécessaires pour prendre les mesures pertinentes. La période réduite de la grossesse peut justifier qu'un reclassement temporaire soit trouvé ; elles ne sauraient justifier un refus d'embauche.

(316) Délib. HALDE n° 2010-125, 17 mai 2010, citant une délibération n° 2006-206 du 2 octobre 2006.

(317) CA Paris, 25 oct. 1991, n° 3039/91 : *JurisData* n° 1991-024665. L'employeur faisait parvenir au candidat à l'embauche un questionnaire dans lequel il lui demandait s'il pratiquait une religion et laquelle, s'il s'estimait plutôt de gauche ou de droite. Des questions sur l'intimité des candidates étaient également posées. Les juges d'appel, à l'inverse de ceux de première instance, n'ont pas estimé établi le délit de refus d'embauche discriminatoire. Ils se sont fondés sur le fait que des candidats avaient été embauchés sans avoir répondu à ses questions. Selon les juges de Paris, il n'était pas établi qu'une candidature ait été rejetée en raison des réponses données. À notre sens, le fait que des candidatures aient été acceptées sans avoir répondu à l'ensemble des questions n'exclut pas le fait que certaines aient pu être rejetées pour des motifs illicites. Dans cette hypothèse, seul l'adage *in dubio pro reo* peut expliquer la décision de relaxe.

n'attache pas d'importance aux questions qu'il pose⁽³¹⁸⁾. Dès lors, quand bien même les informations illicites n'auraient pas été la seule cause du rejet d'une candidature, la discrimination est établie puisqu'elles ont permis à l'employeur d'arrêter sa décision⁽³¹⁹⁾. Même si le salarié ne répond pas⁽³²⁰⁾, les questions posées vicient le processus de recrutement dans son ensemble.

396. – Communication de bulletins de salaire. Pour parfaire leur connaissance des postulants et compléter les informations récoltées à l'issue de l'étude des questionnaires de recrutement, certaines entreprises exigent que les candidats produisent les bulletins de paie perçus au titre de leur dernière activité. Bien que répandue, cette pratique demeure néanmoins risquée. Si l'interdiction de faire mention sur ces documents du temps consacré aux activités syndicales ou aux grèves⁽³²¹⁾ préserve des risques de distinctions illicites fondées sur ces deux motifs, une dérive demeure possible en matière de discrimination en raison de l'état de santé. Peuvent être déduites de l'étude des bulletins de paie la fréquence et l'importance des arrêts de travail pour maladie du salarié. La communication de ces documents se révèle alors être un vecteur de discrimination à l'embauche en raison de l'état de santé. Les informations pertinentes contenues dans les bulletins de paie pouvant être obtenues par d'autres voies⁽³²²⁾, il ne nous semble pas judicieux, au regard du risque exposé, d'exiger du candidat leur transmission.

397. – Infériorité. Face à la curiosité déplacée de l'employeur, la protection de la dignité de l'individu par le biais de la prohibition des discriminations demeure souvent illusoire. Au stade du recrutement, le salarié est dans une position de particulière faiblesse. Son opposition entraîne le plus souvent son exclusion. La mise en place d'une obligation de justifier, sur demande du candidat malheureux, de façon pertinente et objective le refus d'embauche permettrait de compenser pour partie cette situation d'infériorité. Pour ne pas imposer de contraintes inutiles à l'entreprise, la procédure de justification devrait être réservée aux candidats ayant passé un entretien, non à ceux qui ont uniquement fait acte de candidature. Plus les étapes du recrutement seraient franchies, plus la justification exigée devrait être conséquente⁽³²³⁾.

(318) L'employeur pourrait cependant soutenir qu'il vise uniquement à analyser les réactions du postulant aux questions posées. La crédibilité de cette position dépendra de la nature des questions posées et du poste proposé.

(319) Une discrimination est constituée dès lors qu'un motif illicite a été pris en compte par le décideur, même s'il n'est pas l'unique fondement de la décision arrêtée. Doit donc être cassée la décision de relaxe qui, malgré les justifications objectives apportées par l'accusé, n'établit pas que le motif illicite n'a pas été pris en compte. En ce sens, V. Cass. crim., 6 janv. 2004, n° 02-88.240 : *Bull. crim.* 2004, n° 4.

(320) Le silence peut être analysé comme une forme de réponse et demeure une source d'information pour l'employeur.

(321) En ce sens, V. C. trav., art. R. 3243-4. L'employeur qui viole cette disposition s'expose à une amende de troisième catégorie (C. trav., art. R. 3246-2).

(322) Si le nouvel employeur souhaite vérifier les informations relatives à la qualification et au poste occupé par le salarié dans son ancienne entreprise, il peut solliciter la communication d'un certificat de travail. Ce dernier doit notamment mentionner la date d'entrée du salarié dans l'entreprise, ce qui permet de connaître son ancienneté, ainsi que « la nature des emplois successivement occupés » (C. trav., art. D. 1234-6). Peuvent alors être déduites les tâches et les responsabilités antérieurement confiées au candidat.

(323) C'est à compétence égale entre différents candidats que le risque de discrimination est exacerbé. Lorsque les éléments rationnels ne permettent pas d'effectuer une sélection, un risque important existe que la distinction s'effectue sur des motifs illicites.

b) *Les tests de discrimination*⁽³²⁴⁾

398. – Consécration des tests de discrimination. Validés par la jurisprudence⁽³²⁵⁾, consacrés selon certains⁽³²⁶⁾ par le législateur⁽³²⁷⁾ et de plus en plus utilisés par le Défenseur des droits et son prédécesseur⁽³²⁸⁾, les tests de discrimination permettent de révéler des discriminations occultes. Ils consistent à adresser des demandes fictives d'accès à un bien, un service ou un emploi dont les caractéristiques objectives sont identiques mais qui se distinguent par des caractéristiques spécialement protégées par la loi. L'analyse statistique des suites données aux demandes « permet d'évaluer objectivement le poids des différents facteurs discriminatoires⁽³²⁹⁾ » dans les réponses obtenues. De la rigueur dans la méthodologie mise en œuvre dépend la pertinence des résultats de l'enquête⁽³³⁰⁾. Dans le cadre des procédures de recrutement, le test effectué permet de comparer les chances d'être convoqué à un entretien ou d'obtenir un emploi en fonction des caractéristiques « discriminantes » présentées dans les demandes fictives. Est vérifiée l'influence de critères discriminatoires comme la couleur de peau ou l'origine dont l'interdiction des statistiques ethniques rend l'étude impossible⁽³³¹⁾.

399. – Issu des pays anglo-saxons⁽³³²⁾ et importé en France par des associations, ce mode de preuve n'a pas fait l'objet d'un consensus au niveau européen et n'est mentionné dans aucune directive⁽³³³⁾. Initialement utilisé pour obtenir des résultats statistiques destinés aux sociologues, des vertus probatoires ne lui ont été reconnues que plus tardivement⁽³³⁴⁾. Certains lui reprochent d'être un mode de

(324) Selon une circulaire de la Direction des affaires criminelles du 26 juin 2006 (*BO min. Justice* n° 102), « [il] convient de ne pas utiliser le terme de "testing", mais, conformément à la recommandation de la commission générale de terminologie et de néologie, approuvée par l'Académie française, de recourir aux termes plus général de "testage" ou à celui, plus précis, de "test de discrimination", défini comme l'opération qui vise à déceler des comportements discriminatoires en effectuant successivement des démarches analogues au nom de personnes différentes par l'origine ou l'appartenance ». Certaines associations lui préférèrent le terme de *testing* « parce que le mot passe bien et parce qu'il plaît aux médias » (en ce sens, V. G. Ayné, *Les tests de discriminations : pratiques et perspectives*, Actes du Colloque du 11 décembre 2009 de la HALDE, spéc. p. 13). L'intérêt porté à la mobilisation des médias traduit l'impact des contentieux relatifs à la discrimination sur l'image de l'entreprise qui s'en rend coupable.

(325) Cass. crim., 11 juin 2002, n° 01-85.559 : *Bull. crim.* 2002, n° 131. Pour la consécration des tests de discrimination pour des entretiens téléphoniques, V. Cass. crim., 7 juin 2005, n° 04-87.354.

(326) En ce sens, V. A. Cœuret et E. Fortis, *Droit pénal du travail*, Litec, 4^e éd. 2008, n° 669 : « Curieusement placée dans le Code pénal et non dans le Code de procédure pénale, alors qu'elle concerne les seules modalités de preuve sans créer de nouveaux délits, cette règle ne fait que confirmer maladroitement la liberté de preuve en matière pénale ».

(327) L. n° 2006-396, 31 mars 2006, pour l'égalité des chances, art. 45 codifié à l'article 225-3-1 du Code du travail. Ce texte dispose que « les délits [de discrimination] sont constitués même s'ils sont commis à l'encontre d'une ou plusieurs personnes ayant sollicité l'un des biens, actes, services ou contrats mentionnés à l'article 225-2 dans le but de démontrer l'existence d'un comportement discriminatoire, dès lors que la preuve de ce comportement est établie ».

(328) En ce sens, V. L. Ferrand, *La HALDE, bilan et perspectives : Dr. pén. nov.* 2007, 3.

(329) C. Willmann, *Discrimination raciale à l'embauche : la méthode du testing : Lexbase* n° N3320BA9.

(330) Les différentes candidatures doivent présenter des compétences similaires.

(331) Sur les statistiques ethniques, V. *supra*, n° 147 et s.

(332) F. Desportes, *Discrimination : JCl. Pénal Code*, Fasc. 20.

(333) I. Rorive, *Les tests de discriminations : pratiques et perspectives*, Actes du Colloque du 11 décembre 2009 de la HALDE, spéc. p. 7.

(334) *Ibid.*

preuve déloyal⁽³³⁵⁾. Cette position est implicitement confirmée par la chambre criminelle⁽³³⁶⁾. Cependant, la liberté de la preuve en matière pénale s'oppose à son rejet sur ce fondement. Par analogie avec les enquêtes policières⁽³³⁷⁾, les tests de discrimination ne nous semblent pas déloyaux lorsqu'ils visent à constater une infraction récurrente de l'entreprise⁽³³⁸⁾ ; ils le deviennent lorsqu'ils l'incitent à commettre ce délit.

400. – Fondement de la consécration. Conscient de la relativité de l'argument, le législateur n'a pas abordé les tests de discrimination sous l'angle de la loyauté ; il les a consacrés en se fondant sur l'intention de la victime de l'infraction. L'article 225-3-1 du Code pénal précise que le délit de discrimination est constitué même lorsqu'il est commis « à l'encontre de personnes ayant sollicité [l'un des éléments visés par l'article 225-2] dans le but de démontrer l'existence d'un comportement discriminatoire⁽³³⁹⁾ ». Cette solution ne manque pas de surprendre. L'intention de la victime d'une infraction n'a pas à être prise en compte pour établir l'existence d'un délit. Seul le mobile de l'auteur de l'infraction peut parfois entraîner des conséquences sur la peine prononcée et, dans de rares hypothèses, sur l'existence même du délit⁽³⁴⁰⁾. Le consentement de la victime n'est pas une source d'irresponsabilité de l'auteur de l'infraction ; il est sans impact sur la réalisation du délit. Si elle a ancré dans l'opinion publique la possibilité de recourir à des tests de discrimination, la réforme du 31 mars 2006 n'a apporté qu'un support juridique imparfait à cette méthode.

401. – Prenant en compte les dérives que pourrait entraîner la consécration extensive des tests de discrimination⁽³⁴¹⁾, la Chancellerie encadre ce mode de preuve.

(335) En ce sens, V. L. Collet-Askri, *Testing or not testing ? La chambre criminelle de la Cour de cassation valide ce mode de preuve, serait-il déloyal...* : D. 2003, p. 1309 et s. – V. également J.-F. Renucci, *La loyauté des preuves et les procédés dit de « testing »* : Rev. sc. crim. 2002, p. 879 et s., spéc. p. 880 : « Le principe de la liberté des preuves est un principe essentiel, mais il ne peut pas ne pas connaître des limites ». – *Contra* : F. Ringel, *Le testing, mode de preuve valable des discriminations raciales* : LPA 6 janv. 2003, n° 4, p. 15 : « On ne saurait dire que la jurisprudence se préoccupe d'élever le standard de loyauté au rang de principe directeur de la preuve pénale. Ce n'est pas le domaine du "fair play". La preuve pénale n'est pas une preuve faite par des "gentlemen" ».

(336) En ce sens, V. Cass. crim., 11 juin 2002, n° 01-85.559 : Bull. crim. 2002, n° 131. La chambre criminelle valide le recours au test de discrimination au motif que le juge pénal ne peut écarter un mode de preuve au seul motif qu'il aurait été obtenu de manière déloyale.

(337) En ce sens, V. H. Matsopoulou, *Les enquêtes de police*, LGDJ, 1996, n° 929 : « Il nous apparaît que seules les interventions policières aux fins de constatations d'infractions déjà engagées peuvent être admises. En revanche, doivent être prohibées et donc n'emporter aucun effet, les techniques pour lesquelles l'enquêteur met au point un stratagème dans lequel il va s'efforcer de faire tomber tel ou tel individu qu'il croit être malfaiteur ». Cette distinction n'a cependant pas à s'appliquer pour les preuves rapportées par les parties civiles puisque celles-ci sont libres.

(338) La loyauté des tests de discrimination est renforcée lorsqu'ils sont pratiqués dans des entreprises dans lesquelles des suspicions de discrimination à l'embauche existent. Ces suspicions renforceront la portée du test.

(339) Ce même article complète ces dispositions en posant que « [les délits de discriminations] sont constitués dès lors que la preuve de ce comportement est établie ». Il est heureux que la simple réalisation d'un test de discrimination, qui ne permet pas de mettre en évidence un comportement discriminatoire, ne suffise pas à caractériser l'infraction visée. Il peut être soutenu que l'ajout de cette précision impose, pour que soit établie la discrimination, qu'un test de discrimination positif soit corroboré par d'autres éléments. Sur ce point, concernant l'accès à des discothèques, V. Cass. crim., 12 sept. 2000, n° 99-87.251, où pour entrer en voie de condamnation pour discrimination, la cour d'appel s'est fondée sur un test de discrimination positif et des témoignages validant le résultat obtenu. – En ce sens, V. également CA Toulouse, 4 avr. 2002, n° 01/00133 : *JurisData* n° 2002-175143.

(340) En principe, le mobile de l'auteur est indifférent à la réalisation de l'infraction. Cependant, lorsque des officiers de police judiciaire commettent des infractions dans le cadre d'opérations d'infiltration, les délits ne sont pas constitués. En ce sens, V. CPP, art. 706-81 et s.

(341) Sur les dérives générées par un recours exclusif aux tests de discrimination et aux statistiques, V. P. Riandey, note ss CA Paris, 6 juill. 2007 : *Dr. ouvrier* 2008, p. 130 et s., spéc. p. 134. L'auteur s'interroge sur la validité de la méthode

Elle exige que l'expérience porte sur une victime réelle postulant⁽³⁴²⁾ en présentant ses compétences propres⁽³⁴³⁾ ; elle doit également être réalisée sous le contrôle d'un tiers indépendant⁽³⁴⁴⁾. De la solution retenue, les avantages doivent être reconnus. Sont interdits les « tests de discrimination de nature générale et statistique⁽³⁴⁵⁾ » ; en outre, et conformément à la jurisprudence, il est exigé de pouvoir identifier la victime du refus d'embauche discriminatoire⁽³⁴⁶⁾.

402. – Relativité des tests de discrimination. Les résultats des tests ne permettent pas d'établir une discrimination ; ils démontrent uniquement le traitement moins favorable dont le plaignant a fait l'objet. L'employeur conserve la possibilité de justifier ses décisions par des raisons objectives et pertinentes, comme la différence de compétence entre les candidats⁽³⁴⁷⁾. Si le test de discrimination ne concerne qu'un envoi de *curriculum vitae*, les différences seront plus aisées à établir que si le test est poussé jusqu'à la présentation de « faux candidats » à des entretiens physiques. Les impressions subjectives ressenties par le recruteur qui le conduisent à rejeter certaines candidatures devront être explicitées sous peine de ne pas pouvoir être invoquées au cours d'une instance.

403. – Des doutes émergent cependant sur la pertinence des tests de discrimination à ce stade de la procédure de recrutement. Dans cette hypothèse, les « faux candidats » n'ont pas pour objectif d'obtenir un poste ; ils souhaitent démontrer une discrimination. Ils ne sont dès lors pas animés par une logique de séduction mais, à l'inverse, d'exclusion. Leur attitude, motif du refus exprimé et recherché, trahira ce dessein. Le défaut d'objectivité du « candidat-test » lors de sa prestation s'oppose, à notre sens, à l'exploitation des résultats obtenus.

404. – Seuls, les tests de discrimination ne permettent pas d'établir une discrimination ; ils permettent simplement de mesurer les phénomènes discriminatoires sans pouvoir fonder de sanctions pénales⁽³⁴⁸⁾. Ils ne sont qu'un élément du faisceau

statistique « qui désormais largement utilisée par le juge civil » n'offre pas suffisamment de certitudes pour fonder une sanction pénale. Il estime qu'« en l'absence d'identification des victimes dénommées, elle permet pourtant d'assurer des comparaisons entre un échantillon représentatif d'une profession donnée et le résultat d'une politique systématique de recrutement dans une entreprise, et donc de caractériser le refus d'embauche. Si se trouve constatée une absence manifeste de diversité dans le recrutement, c'est bien que le procédé discriminatoire a exclu des candidats ». Ce raisonnement mathématique ne saurait être validé. Un simple déséquilibre ne peut suffire à établir une discrimination puisque des éléments objectifs peuvent justifier les écarts constatés. Selon nous, la simple constatation statistique s'oppose au principe même de la lutte contre les discriminations. Elle dénie la reconnaissance des capacités individuelles de chacun.

(342) Il n'est pas nécessaire que la victime soit réellement à la recherche d'un emploi. Il suffit qu'elle se présente sous ses véritables qualités.

(343) En ce sens, V. Circ. Direction des affaires criminelles, 26 juin 2006 : *BO min. Justice* n° 102.

(344) La circulaire précise que les constatations du test doivent se réaliser soit sous constat d'huissier, d'une enquête de police ou de gendarmerie ou de procès-verbaux établis par les agents de la HALDE. Nous pouvons d'ailleurs nous interroger sur la qualité de tiers indépendant reconnue à ces derniers. En ce sens, V. F. Burnier, *Les tests de discriminations : pratiques et perspectives*, Actes du Colloque du 11 décembre 2009 de la HALDE, spéc. p. 33. « L'organisateur du test ainsi que les testeurs doivent se mettre dans la position de l'observateur et rester neutres alors qu'ils sont généralement, en ce qui concerne la HALDE tout au moins, dans une position d'enquêteurs ».

(345) Circ. Direction des affaires criminelles, 26 juin 2006 : *BO min. Justice* n° 102.

(346) En ce sens, V. *infra*, n°s 407 et s.

(347) Plus les compétences présentées par les candidatures seront similaires, plus le test sera pertinent. L'uniformisation des candidatures réduit la sphère de décision de l'employeur.

(348) En ce sens, V. J. Lasserre Capdeville, *Le testing* : *AJP* 2008, p. 310 et s., spéc. p. 312 : « Le testing n'a qu'un rôle subsidiaire en droit pénal, rôle qui ne devrait guère se développer dans le futur, dans la mesure où ce procédé peut être

d'indices permettant d'établir l'existence d'une distinction illicite. Au-delà de leur fonction probatoire, ils peuvent remplir des fonctions subsidiaires.

405. – Fonctions subsidiaires des tests de discrimination. Pour s'assurer de la régularité de leur procédure de recrutement, des entreprises mettent en œuvre volontairement des « tests de discrimination ». Elles espèrent, grâce à la communication interne effectuée autour de cette méthode, renforcer la transparence de leur processus d'embauche et modifier le comportement de leurs recruteurs⁽³⁴⁹⁾. La démarche probatoire « devient alors un outil de management⁽³⁵⁰⁾ ». L'initiative « proactive » de l'entreprise, si elle ne la prémunit pas contre tout risque de condamnation, atteste de sa volonté d'agir contre les discriminations. Elle pourra s'en prévaloir dans le cadre d'un éventuel contentieux. Cette méthode nous semble particulièrement pertinente si elle se répète : elle démontrera les progrès effectués par l'entreprise⁽³⁵¹⁾.

406. – Terrain médiatique. Pour dénoncer des discriminations qu'elles estiment établies, des associations s'affranchissent des limites judiciaires encadrant le recours aux tests de discrimination. Elles opèrent des tests volontairement « illicites » pour en exploiter les résultats sur la scène médiatique. Sont ainsi recherchées tant des réactions internes à l'entreprise « cible » que la dégradation de son image⁽³⁵²⁾. L'objectif n'est plus la sanction juridique, puisque les allégations ainsi établies ne sont pas admissibles par un juge, mais celle des consommateurs. De quels moyens dispose l'entreprise pour répondre à ces attaques ? Les poursuites en diffamation nous apparaissent peu aisées : le défendeur pourra établir la véracité de ses déclarations en produisant les résultats de tests ne respectant pas les conditions de validité exposées puisque l'objet du litige sera de démontrer la véracité des allégations et non la réalité de la discrimination. Il lui faudra alors démontrer que l'exploitation de ces résultats constitue des insinuations de discrimination pour ouvrir la voie à une condamnation sur ce fondement⁽³⁵³⁾. Malgré les risques encourus en raison de cette nouvelle forme d'action, l'entreprise semble démunie d'autant plus que l'éventuelle sanction de l'association n'effacerait pas l'atteinte portée à sa réputation.

3° La sanction de l'interdit

407. – Deux infractions. La lutte contre les distinctions, si elle n'a pas totalement permis de faire évoluer les mentalités, a eu pour effet de faire reculer les

facilement discuté s'il n'est pas corroboré par des éléments extérieurs. En revanche, le *testing* peut être utile pour mesurer les phénomènes de discriminations ».

(349) L. Schweitzer, *Les tests de discriminations : pratiques et perspectives*, Actes du Colloque du 11 décembre 2009 de la HALDE, spéc. p. 36.

(350) E. Cediéy, *Les tests de discriminations : pratiques et perspectives*, Actes du Colloque du 11 décembre 2009 de la HALDE, spéc. p. 26.

(351) Cette considération n'aura aucune répercussion sur la qualification juridique de la discrimination constatée, elle pourrait permettre, à notre sens, d'alléger la peine prononcée.

(352) G. Ayné, *Les tests de discriminations : pratiques et perspectives*, Actes du Colloque du 11 décembre 2009 de la HALDE, spéc. p. 15.

(353) Sur la notion d'insinuation suffisante pour caractériser le délit de diffamation, V. Cass. crim., 2 janv. 1980, n° 78-92.224 : *Bull. crim.* 1980, n° 3.

discriminations ostensibles. Il est dorénavant⁽³⁵⁴⁾ rare de consulter des offres d'emploi comportant explicitement des conditions illicites⁽³⁵⁵⁾. Pour réprimer également les comportements dissimulés, l'article 225-2 du Code pénal, outre les offres d'emploi discriminatoires, sanctionne les refus d'embauche reposant sur des motifs illicites⁽³⁵⁶⁾. L'inspection du travail n'est compétente que pour constater les secondes⁽³⁵⁷⁾. Ces dispositions concernent uniquement les véritables offres d'embauche et n'ont pas vocation à s'appliquer à de simples projets de recrutement⁽³⁵⁸⁾.

408. – Proches, les infractions d'offres d'emploi discriminatoires et de refus d'embauche illicites sont fréquemment confondues ; le juge peut requalifier l'action engagée sur le fondement de l'une au profit de l'autre s'il met les parties en mesure de s'expliquer sur la nouvelle qualification retenue. Cette opération n'a que peu de portée pratique puisque ces deux délits sont sanctionnés par les mêmes peines. Le droit suisse assimile ces deux comportements et l'offre d'emploi soumise à une condition illicite ne constitue pas, à elle seule, une infraction. Un auteur estime que « le large cercle des victimes rendrait la sanction démesurée ». Une offre d'emploi soumise à une condition discriminatoire constitue seulement l'un des indices permettant de conclure à l'existence d'une discrimination à l'embauche⁽³⁵⁹⁾.

409. – Le délit d'offre d'embauche discriminatoire exige que le critère illicite soit affiché⁽³⁶⁰⁾ ; l'exclusion est anticipée avant même la rencontre du candidat potentiel⁽³⁶¹⁾. Les effets de l'annonce ne sont pas pris en compte puisque l'infraction est formelle. Elle est constituée dès lors qu'un critère illicite est expressément mentionné⁽³⁶²⁾. Chronologiquement, l'offre d'embauche discriminatoire précède souvent le refus d'embauche illicite. Cependant, l'exclusion n'a pas besoin d'être explicite pour être effective ; elle peut se dissimuler derrière l'apparence de l'objectivité.

410. – Peu importe alors la formulation de l'offre. Le refus d'embauche illicite est établi dès lors que le rejet de la candidature du postulant à l'emploi repose sur un critère discriminatoire. La réalisation du délit suppose que la victime soit

(354) Sur l'illicéité d'un questionnaire d'embauche mentionnant la question « Avez-vous une affiliation syndicale ? », V. Cass. soc., 13 mai 1969 : *Bull. civ.* 1969, V, n° 314.

(355) Les discriminations à l'embauche sont, en principe, tenues secrètes. Rares sont les employeurs qui affichent des conditions discriminatoires. Sur un contre-exemple récent, V. TGI Arras, 18 mars 2003 : *Gaz. Pal.* 5 juin 2003, p. 1768, note F.-J. Pansier. Dans une note interne, un directeur d'une caisse primaire d'assurance maladie exprimait sa volonté que les candidatures pour des emplois d'été n'émanent que des seuls agents dont les orientations syndicales n'étaient pas celles de la CGT. L'amende de 150 € prononcée n'est pas de nature à dissuader les auteurs d'un tel comportement.

(356) Pour des exemples de décisions de juridictions du fond sur les délits de refus d'embauche discriminatoire, V. *Dr. ouvrier* 2003, p. 284 et s.

(357) C. trav., art. L. 8112-2 : « Les inspecteurs du travail constatent également : 1° Les infractions commises en matière de discrimination prévues au 3° et au 6° de l'article 225-2 du Code pénal ». L'exclusion de la constatation des offres d'embauche discriminatoire de la compétence des inspecteurs du travail est logique et traduit la différence de nature entre les deux infractions. Ostensible, l'offre d'embauche discriminatoire ne nécessite pas d'investigation approfondie pour être révélée, contrairement au refus d'embauche discriminatoire.

(358) En ce sens, V. Cass. crim., 20 janv. 2004, n° 02-88.375.

(359) R. Wyler, *Droit du travail*, Stämpfli Éd. SA Berne, 2^e éd. 2008, p. 720.

(360) Sur un exemple d'offre d'emploi discriminatoire, V. Cass. soc., 20 janv. 2009, n° 08-83.710 : *Bull. civ.* 2009, V, n° 19. La chambre criminelle juge que l'offre d'emploi pour laquelle est exigée la présentation de la carte d'électeur du candidat, alors que le droit de vote n'est accordé qu'aux nationaux et, dans une certaine mesure, aux ressortissants de l'Union européenne, est subordonnée à une condition de nationalité constitutive d'une discrimination prohibée.

(361) F. Bousez, *Exigence de présentation de la carte d'électeur par le candidat à l'embauche : l'offre d'emploi est discriminatoire* : *JCP S* 2009, 1266.

(362) Cass. crim., 30 janv. 1990, n° 86-92.690 : « Le délit de l'article 416-3 du Code pénal est consommé par la seule offre d'emploi discriminatoire quels qu'en soient les effets ».

précisément identifiée⁽³⁶³⁾ puisque ce sont ses caractéristiques personnelles qui auront justifié le refus d'embauche⁽³⁶⁴⁾.

411. – S'il remplit les conditions de compétences pour obtenir le poste⁽³⁶⁵⁾, le candidat injustement écarté peut obtenir réparation du préjudice subi. Plus que la compensation du dommage causé à la victime du refus d'embauche discriminatoire, le droit suisse vise à sanctionner l'employeur coupable. Le postulant injustement écarté de la procédure de recrutement pour un motif illicite ne peut prétendre qu'à une indemnité dont le montant maximal ne saurait excéder trois mois de salaire auquel il aurait vraisemblablement pu prétendre. Si plusieurs personnes sont reconnues victime d'un refus d'embauche discriminatoire pour un même poste, la somme totale des indemnités versées n'excédera pas non plus ce montant⁽³⁶⁶⁾.

412. – Le refus d'embauche discriminatoire est civilement sanctionné par la nullité de l'acte illicite⁽³⁶⁷⁾. L'annulation d'un refus d'embauche vaut-elle acceptation de la candidature et conclusion forcée d'un contrat de travail ? Inopportune⁽³⁶⁸⁾, cette solution n'est juridiquement pas fondée. La nullité exige de remettre les choses en l'état dans lesquelles elles se trouvaient avant la réalisation de l'acte illicite⁽³⁶⁹⁾. Or, avant la décision litigieuse de l'employeur, le contrat de travail n'était pas conclu ; l'annulation d'un refus d'embauche ne saurait donc valoir consentement à la naissance d'une relation contractuelle⁽³⁷⁰⁾. Inversement, la poursuite des relations contractuelles peut se justifier en cas de rupture de la période d'essai pour un motif discriminatoire, la conclusion du contrat étant alors antérieure à l'acte illicite annulé. Dans l'hypothèse de l'annulation d'un refus d'embauche discriminatoire, postulant et employeur sont replacés dans la situation précédant le rejet de la

(363) Cass. crim., 23 juin 2009, n° 07-85.109 : *Bull. civ.* 2009, V, n° 126 : « Les juges ayant observé que le délit de refus d'embauche prévu par l'article 225-2, 3° du Code pénal, tel que visé à la poursuite suppose que la victime de la discrimination est suffisamment identifiée, énoncent que tel n'est pas le cas en l'espèce, et que les agissements poursuivis constituent en réalité le délit d'offre d'emploi discriminatoire au sens de l'article 225-2, 5° du même code ». La position retenue par la jurisprudence européenne est différente ; elle n'exige pas que la victime du refus d'embauche discriminatoire soit précisément identifiée. En ce sens, V. *supra*, n°s 407 et s.

(364) En ce sens, V. Y. Pagnerre, *Entre refus d'embauche discriminatoire et offre d'embauche discriminatoire* : *JCP S* 2009, 1502. L'auteur précise que « pour la Cour de cassation, l'offre n'a pas à comporter expressément de mention discriminatoire. Il suffit de rapporter la preuve qu'un tel critère a orienté le choix des candidats ».

(365) Dans les hypothèses d'offres d'embauche discriminatoires, les candidats écartés pour un motif illicite ne sont pas précisément identifiés ; il est impossible de vérifier s'ils remplissent les conditions objectives de compétence pour obtenir l'emploi proposé. Ils ne peuvent prétendre, selon nous, qu'à la réparation du préjudice résultant d'une perte de chance de ne pas voir leur candidature examinée. Ce préjudice est plus faible que celui de la victime d'un refus d'embauche discriminatoire, qui peut se prévaloir d'une perte de chance d'évolution dans un emploi puisqu'il a été injustement privé d'un emploi, alors qu'il disposait des aptitudes nécessaires pour occuper le poste proposé.

(366) R. Wyler, *Droit du travail*, Stämpfli Éd. SA Berne, 2^e éd. 2008, p. 719 et 720.

(367) C. trav., art. L. 1132-1 et L. 1132-4.

(368) Si la conclusion forcée du contrat de travail est retenue, l'intégration du nouveau salarié peut s'avérer délicate, en raison des préjugés et du contentieux qui le précèdent. Dans l'hypothèse d'une entreprise de taille importante, l'intégration forcée pourrait avoir lieu dans un autre service que celui qui a initialement refusé le candidat pour des motifs illicites. Cette solution impose qu'un autre poste, compatible avec les compétences du salarié, soit disponible. Elle exige également que pendant toute la durée de la procédure, le candidat à l'embauche n'ait pas retrouvé d'emploi. Juridiquement infondée, la conclusion forcée du contrat n'est pas, en pratique, une sanction pertinente.

(369) *Quod nullum est, nullum pro dicit effectum*. Sur les conséquences de la nullité d'un acte, V. F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil : Les obligations*, Dalloz, 10^e éd. 2009, n° 418.

(370) En ce sens, V. Cass. soc., 10 déc. 1997, n° 94-45.337 : *Bull. civ.* 1997, V, n° 435 : « L'annulation par le juge administratif d'un refus d'autorisation de licencier ne vaut pas autorisation de licencier ». Par analogie avec la solution dégagée en matière d'autorisation administrative de licenciement d'un salarié protégé, l'annulation d'un refus d'embauche par l'employeur ne peut valoir embauche.

candidature ; l'employeur recouvre, en théorie, sa liberté de choix pour pourvoir le poste disponible⁽³⁷¹⁾. Cette solution nous semble irréaliste⁽³⁷²⁾. Pendant la durée de la procédure, le poste aura été pourvu et le candidat malheureux à un emploi sera sans doute devenu un salarié épanoui (du moins faut-il le lui souhaiter) dans une autre entreprise. La seule sanction applicable demeure l'octroi de dommages et intérêts⁽³⁷³⁾ qui, s'ils sont importants, dissuaderont l'employeur de rééditer ces exclusions infondées⁽³⁷⁴⁾.

413. – Extension injustifiée de la notion de refus d'embauche. Selon la chambre criminelle, un refus d'embauche discriminatoire est constitué lorsqu'une société refuse de confier une mission à un salarié intérimaire pour des motifs caractérisant une discrimination syndicale⁽³⁷⁵⁾ ou raciale⁽³⁷⁶⁾. À la solution dégagée, le juriste ne peut adhérer. Le travailleur intérimaire n'est salarié que de l'entreprise de travail temporaire. Si le refus de conclure un contrat de mission peut lui être imputé⁽³⁷⁷⁾, on ne saurait reprocher à l'entreprise utilisatrice un refus d'embauche⁽³⁷⁸⁾ ; la rigueur qui doit présider à l'interprétation de la loi pénale s'y oppose⁽³⁷⁹⁾, d'autant que d'autres fondements s'offrent pour sanctionner ce comportement⁽³⁸⁰⁾.

(371) Sa liberté retrouvée, l'employeur n'est pas contraint de choisir le candidat qui a intenté une action. Sur des critères objectifs et pertinents, il peut rejeter *in fine* sa candidature, ou décider de ne pas recruter.

(372) En ce sens, V. X. Prétot, *Les obstacles légaux au recrutement*, in *Les aspects juridiques du recrutement*, Litec, 1994, p. 41 et s., spéc. p. 51. Le professeur Prétot s'interroge sur la portée de la nullité attachée au refus d'embauche discriminatoire. Il estime que « seule l'indemnisation est de nature, en l'absence de relation contractuelle entre les parties au litige, à réparer le préjudice subi par le candidat irrégulièrement évincé, d'autant que notre droit du travail manifeste pour le moins quelque réticence à prescrire des véritables obligations de faire ».

(373) Les dommages et intérêts pourront réparer le préjudice moral résultant de l'exclusion illicite et la perte de chance d'obtenir un emploi. En ce sens, V. J.-E. Ray, *L'opération de recrutement*, in *Les aspects juridiques du recrutement*, Litec, 1994, p. 115 et s., spéc. p. 128.

(374) En ce sens, V. M. Mine, *La discrimination raciale à l'embauche devant le juge pénal : Dr. ouvrier* 2003, p. 270 et s., spéc. p. 275 : « En cas d'impossibilité de remise en l'état, la réparation sera indemnitaire. Il en est ainsi en matière de refus d'embauche, pour les personnes qui ne sont pas encore salariées de l'entreprise ».

(375) En ce sens, V. Cass. crim., 2 sept. 2003, n° 02-86.048 : *Bull. civ.* 2003, V, n° 148 et Cass. crim., 23 juin 2009, n° 07-85.109 : *Bull. civ.* 2009, V, n° 126. Dans cette seconde décision, pour organiser une campagne publicitaire, une entreprise de cosmétique charge une entreprise de travail temporaire de rechercher et de mettre à sa disposition des jeunes femmes « BBR [Bleu-Blanc-Rouge] – 18 à 22 ans – taille 40 maxi ». La société de travail temporaire, l'entreprise de cosmétique, et leur responsable respectif du recrutement ont été condamnés pour avoir subordonné une offre d'emploi à des critères discriminatoires.

(376) Cass. crim., 23 juin 2009, n° 07-85.109 : *Bull. civ.* 2009, V, n° 126. Une entreprise utilisatrice donne des consignes discriminatoires de recrutement à une entreprise de travail temporaire. Elles sont toutes les deux condamnées pour offre d'emploi discriminatoire. Pourtant, seule l'entreprise de travail temporaire a refusé de conclure des contrats de travail pour des motifs illicites. Pour sanctionner l'entreprise utilisatrice, la notion d'offre d'emploi doit être conçue extensivement et inclure les contrats de mission.

(377) Le délit de refus de fournir un service pour un motif discriminatoire (C. pén., art. 225-2, 1°) n'est également pas constitué. Le service est fourni par le travailleur intérimaire et non par l'entreprise utilisatrice.

(378) En ce sens, V. J.-M. Olivier, *Sur une hypothèse inédite de discrimination syndicale : TPS* 2003, comm. 403. « Le salarié mis à disposition d'une entreprise utilisatrice n'est pas salarié de celle-ci, mais celui de l'entreprise de travail temporaire : ne pas renouveler une mission, ce n'est donc pas refuser de l'embaucher ». Le professeur Olivier précise que « la solution retenue est audacieuse et ce refus d'embaucher « par contraction » (...) est discutable ».

(379) Nous n'adhérons pas à la position d'un auteur qui salut « le réalisme répressif certain de la Cour de cassation ». Dans un État de droit, la fin ne justifie pas les moyens ; la règle pénale ne saurait être déformée au gré des orientations politiques dominantes au moment de son application. Sur la position critiquée, V. J.-B. Thierry, *Parce qu'elles ne le valaient pas bien : au sujet de l'arrêt rendu par la chambre criminelle le 23 juin 2009* : *RDT* 2009, p. 722 et s., spéc. p. 724 : « La décision de la Cour est marquée par un réalisme répressif certain : les discriminations pénales sont en effet éminemment difficiles à prouver. Il faut savoir gré à la Cour de cassation de ne pas avoir procédé à un contrôle purement cosmétique ».

(380) Sur une condamnation pour complicité de délit de discrimination d'un dirigeant d'une entreprise prestataire de service qui avait pour mission de réduire l'influence d'un syndicat dans une entreprise, V. Cass. crim., 2 sept. 2008, n° 07-81.661 : *Bull. crim.* 2008, n° 174.

414. – Injonction à la discrimination. Introduite par la loi du 27 mai 2008, l'interdiction des injonctions à la discrimination permet de sanctionner cette atteinte à la dignité humaine⁽³⁸¹⁾. Si la consécration de ces nouveaux auteurs de discrimination demeure étrangère à la matière pénale, cette dernière offre également des possibilités pour sanctionner les comportements décrits. En donnant des instructions pour commettre la discrimination à l'embauche dont est victime le salarié intérimaire, l'entreprise utilisatrice se rend complice de l'infraction perpétrée par l'entreprise de travail temporaire⁽³⁸²⁾. Elle encourt alors la même peine que si elle avait elle-même refusé d'embaucher un candidat pour un motif illicite⁽³⁸³⁾ et sa condamnation n'exige pas que l'entreprise de travail temporaire soit poursuivie⁽³⁸⁴⁾. Cette dernière ne peut arguer de l'ordre donné par l'entreprise utilisatrice pour s'exonérer de sa responsabilité⁽³⁸⁵⁾. Inversement, si la politique de recrutement discriminatoire est mise en œuvre sur la seule initiative de l'entreprise de travail temporaire, l'entreprise utilisatrice n'est exposée à aucune poursuite dès lors qu'elle demeure passive⁽³⁸⁶⁾. La seule tolérance, si elle est moralement condamnable, ne saurait justifier une inculpation de complicité⁽³⁸⁷⁾.

415. – L'entreprise utilisatrice peut également être poursuivie en tant qu'auteur intellectuel de l'infraction. En donnant des consignes pour exclure certaines personnes des procédures de recrutement de l'entreprise de travail temporaire, elle opère des distinctions entre candidats selon des motifs illicites. Elle se rend donc personnellement coupable des actes constitutifs du délit⁽³⁸⁸⁾.

416. – Les responsabilités pénales de ces deux personnes morales sont engagées indépendamment l'une de l'autre et la gravité des comportements reprochés incite, à notre sens, à les poursuivre toutes les deux.

417. – La relation tripartite à la base du travail intérimaire ne saurait permettre à l'entreprise utilisatrice d'échapper aux poursuites en raison d'une politique de recrutement discriminatoire. Le droit pénal offre à notre sens suffisamment de ressources pour épargner au principe d'interprétation stricte des textes répressifs une nouvelle atteinte en élargissant à outrance la notion de refus d'embauche discriminatoire.

(381) L. n° 2008-496, 27 mai 2008, portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, art. 1^{er}. « La discrimination inclut : 2° Le fait d'enjoindre à quiconque d'adopter un comportement prohibé par l'article 2 ». La notion de « quiconque » est suffisamment large pour comprendre à la fois les salariés de l'entreprise mais également ceux des entreprises de travail temporaire.

(382) C. pén., art. 127-1.

(383) C. pén., art. 121-6.

(384) Sur la possibilité de condamner un complice alors que l'auteur principal n'est pas poursuivi, V. Cass. crim., 8 janv. 1991, n° 80-92.844 : *Bull. crim.* 1991, n° 15.

(385) C. pén., art. 122-4, al. 2 : « N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal ». L'entreprise utilisatrice ne peut être considérée comme une autorité légitime pour l'entreprise de travail temporaire.

(386) B. Bouloc, *Droit pénal général*, Dalloz, 21^e éd. 2009, n° 323 : « La simple connaissance d'un acte délictueux ne constitue pas, à elle seule, un acte de complicité punissable. Il faut toujours une activité matérielle favorisant l'action (...). On n'est pas complice par abstention ».

(387) En ce sens, V. Cass. crim., 10 avr. 1975, n° 74-92.826 : *Bull. crim.* 1975, n° 89 : « La complicité ne peut s'induire d'une simple abstention ». N'étant constitutive que de délit, l'incrimination de non-dénonciation de crime prévue par l'article 434-1 du Code pénal ne peut s'appliquer aux discriminations.

(388) Sur la notion d'auteur intellectuel d'une infraction, V. F. Desportes et F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, Economica, 16^e éd. 2009, n° 511.

418. – Restriction injustifiée aux poursuites. Se rend également complice d'un refus d'embauche discriminatoire, l'agent de Pôle emploi qui diffuse une offre d'emploi discriminatoire ou qui ne communique pas une offre à un demandeur d'emploi en raison de consignes illicites données par l'entreprise qui procède au recrutement. Si la juridiction répressive peut être saisie de ces comportements, elle ne peut, en raison du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, en réparer les conséquences. La discrimination dont s'est rendu coupable l'agent administratif n'est pas une faute détachable du service public de placement du candidat à l'embauche⁽³⁸⁹⁾. Pôle emploi doit être attiré devant la juridiction administrative⁽³⁹⁰⁾ et l'agent, auteur du délit, est personnellement irresponsable.

419. – La solution retenue n'emporte pas la conviction. M. Lahalle estime que l'agent commet une faute détachable du service⁽³⁹¹⁾. La solution proposée éviterait l'éclatement du contentieux de la discrimination entre les deux ordres juridiques. Elle s'inscrirait dans le cadre des évolutions législatives visant à protéger les victimes de distinctions illicites et à rendre effective l'interdiction des discriminations. Cet objectif implique la simplification de la reconnaissance judiciaire du droit des victimes.

B. – La protection lors de l'exécution du contrat

420. – Étendue de la protection. La prohibition des distinctions illicites s'applique à l'ensemble des mesures patronales (1°) dont il résulte un traitement moins favorable (2°) pour une catégorie déterminée de salariés. Imprécises, ces deux notions n'en demeurent pas moins centrales.

1° La notion de mesure discriminatoire

421. – Diversité des actes discriminatoires. Le champ de la discrimination dans les relations de travail ne peut être circonscrit par son domaine ; elle s'applique « en matière de rémunération, de mesure d'intéressement ou de distribution d'action, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat⁽³⁹²⁾ ». Dans ces matières, les salariés ne peuvent faire l'objet de sanction, de licenciement ou même de « mesures » motivées par un critère illicite. Les deux premiers comportements visés s'appréhendent sans difficulté⁽³⁹³⁾. L'imprécision de la notion de

(389) En ce sens, V. Cass. crim., 30 sept. 2008, n° 07-87.739 : *Bull. crim.* 2008, n° 199.

(390) M. Véron, *Action civile : incompétence des juridictions répressives* : *Dr. pén.* 2008, comm. 151.

(391) T. Lahalle, *Conséquences dommageables d'une faute engageant la responsabilité d'une personne morale de droit privé* : *JCP S* 2009, 1012. L'auteur relève également que la solution retenue créerait une rupture d'égalité entre les candidats à l'embauche s'adressant à Pôle emploi et ceux qui ont eu recours à un établissement privé. Les premiers devront engager deux actions pour obtenir réparation, les seconds n'ayant qu'à s'adresser au juge judiciaire.

(392) C. trav., art. L. 1132-1. Cette approche énumérative, propre au droit pénal et à son interprétation stricte, complexifie à outrance le texte incriminateur. Non adaptée au droit du travail dont l'interprétation téléologique éviterait ces litanies, cette liste est également incomplète. Pourquoi viser les dispositifs d'intéressement et non ceux de participation ? Pourquoi ne pas mentionner les aspects de protection sociale complémentaire ? L'interdiction des discriminations « dans le cadre des relations de travail » permettrait de passer outre ces oublis malheureux et de simplifier un texte déjà surchargé par l'énumération des critères discriminatoires.

(393) La distinction entre mesure discriminatoire et sanction discriminatoire présente un intérêt ; le Code pénal prohibe uniquement les refus d'embauche, les sanctions et les licenciements discriminatoires (C. pén., art. 225-2, 3°). La simple mesure discriminatoire échappe, en théorie, au champ pénal. L'interprétation donnée par la jurisprudence de

« mesure discriminatoire » ne pourra qu'être regrettée ; elle peut recouvrir toutes les manifestations du pouvoir de direction de l'employeur. Elle tend même à les dépasser puisque de simples propos (a) ou certaines consignes (b) peuvent constituer des discriminations.

a) *Mesure discriminatoire et liberté d'expression*

422. – **Expression et mesure discriminatoire.** Au-delà des manifestations « classiques » des distinctions illicites, il est des hypothèses où la jurisprudence retient l'existence d'une discrimination alors même que l'employeur n'a fait que manifester certaines convictions. La mesure discriminatoire n'est alors plus appréhendée pour ce qu'elle est mais pour l'état d'esprit qu'elle traduit.

423. – Selon la Cour de justice de l'Union européenne, est constitutif d'une discrimination directe à l'embauche en raison de la race le fait pour un employeur de déclarer publiquement qu'il ne recrutera pas des salariés de certaines origines ethniques⁽³⁹⁴⁾ s'il n'est pas en mesure de justifier objectivement son comportement⁽³⁹⁵⁾. Ces simples propos dissuadent des candidats de postuler ; la discrimination directe à l'embauche est constituée alors même qu'aucune victime n'est précisément identifiée⁽³⁹⁶⁾. Les effets induits par les propos révèlent la mesure discriminatoire.

424. – La jurisprudence interne estime parfois la distinction illicite constituée alors qu'aucune atteinte concrète aux intérêts d'un groupe spécialement protégé n'est réalisée. Se rend ainsi coupable de discrimination syndicale le chef d'entreprise qui a recours à une société de prestation de services pour mettre en œuvre des moyens de pressions et réduire l'influence d'un syndicat⁽³⁹⁷⁾, alors même que cette intention ne s'est traduite par aucun acte positif et qu'aucune atteinte à l'exercice du droit syndical n'a été constatée. La simple intention de l'employeur, corroborée par un commencement d'exécution, constitue la discrimination⁽³⁹⁸⁾. Le pouvoir de direction du chef d'entreprise lui permet de traduire ses opinions en actes ; des lors, pour certains juges, des propos permettent de présumer, de manière irré-

la sanction, au sens pénal, fait perdre tout l'intérêt de la distinction. Les juges estiment que « si elle est infondée, la décision de l'employeur affectant la carrière ou la rémunération d'un salarié peut revêtir le caractère d'une sanction au sens de l'article 225-2, 3° du Code pénal » (Cass. crim., 28 avr. 2009, n° 07-82.901 : *Bull. crim.* 2009, n° 74). La motivation illicite requalifie une simple mesure en sanction ; la distinction entre les champs pénal et civil de la discrimination ne peut être opérée selon la nature de la décision de l'employeur. Seule son intention doit être examinée. Le professeur Cesaro dénonce cette interprétation extensive de la loi pénale qui conduit à un conflit de qualifications qui aurait pu être évité (en ce sens, V. J.-F. Cesaro, *Répression de la discrimination : le Code pénal l'emporte* : JCP S 2009, 1534).

(394) CJUE, 10 juill. 2008, aff. C-54/07, *Feryn* : « Le fait pour un employeur de déclarer publiquement qu'il ne recrutera pas de salariés ayant une certaine origine ethnique ou raciale constitue une discrimination directe à l'embauche au sens de l'article 2, paragraphe 2, sous a), de la directive 2000/43/CE du Conseil, du 29 juin 2000 ».

(395) Certains reprochent à la Cour de ne pas avoir sanctionné le simple fait d'avoir tenu ces propos. En ce sens, *Discriminations ethniques et raciales : le refus d'embauche des allochtones* : RDT 2008, p. 567 : « [La formule retenue par la Cour] laisse entendre que les déclarations ne sont pas considérées en elles-mêmes comme une forme de discrimination, mais comme une simple présomption de pratique discriminatoire : la politique de la Cour de justice ne manque-t-elle pas singulièrement de fermeté face à des comportements ouvertement discriminatoire ? ».

(396) La position européenne est contraire sur ce point à la jurisprudence française. En ce sens, V. *supra*, n° 407. Ces propos auraient pu constituer le délit de soumission d'une offre d'embauche à un critère discriminatoire.

(397) Cass. crim., 2 sept. 2008, n° 07-81.661 : *Bull. crim.* 2008, n° 174.

(398) Même si dans les faits ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne, les propos de l'employeur ne sauraient être approuvés, ils ne sont, à défaut d'acte positif avéré, constitutifs d'un quelconque délit. La HALDE s'éloigne de cette conception extensive et semble exiger un élément matériel punissable pour caractériser la discrimination. En ce sens, V. Délib. HALDE n° 2010-125, 17 mai 2010.

fragable, que des discriminations ont été commises ou sont sur le point de l'être. Ces paroles dispenseraient d'établir la matérialité des faits qu'ils présagent. Cette solution ne saurait être approuvée ; la notion de « mesure discriminatoire » exige, à notre sens, un acte matériel. Si certains propos hostiles à l'encontre de membres d'un groupe spécialement protégé peuvent constituer des éléments de nature à caractériser l'existence d'une discrimination⁽³⁹⁹⁾, ils ne sauraient, à eux seuls, l'établir.

425. – La prohibition des discriminations doit interdire la propagation et la manifestation de préjugés à l'encontre des groupes spécialement protégés ; elle ne saurait exclure, à notre sens, toute manifestation d'opinion à leur rencontre⁽⁴⁰⁰⁾. Le respect dû à la dignité de l'homme doit se concilier avec la liberté d'expression. Si la seconde prévaut, la stigmatisation et l'exclusion guettent. À sanctuariser la première, l'irresponsabilité surgit⁽⁴⁰¹⁾. À l'égard des syndicats, le professeur Cesaro estime « qu'il n'est pas anormal qu'un employeur exprime [sa préférence à l'encontre de tel ou tel syndicat présent dans son entreprise⁽⁴⁰²⁾] ». Nous ne pouvons qu'adhérer à la solution proposée. La liberté d'expression du chef d'entreprise doit lui permettre de manifester ses opinions⁽⁴⁰³⁾. Celle-ci doit cependant être strictement encadrée : l'employeur n'est pas un membre de la communauté de travail comme les autres. L'écho de sa parole dépasse le cercle des salariés ; les convictions qu'il défend ne doivent pas inciter ou contraindre ses employés à adopter des comportements illégaux. Contre ce risque, la prohibition de l'injonction à la discrimination protège.

b) *Mesure discriminatoire et injonction à discriminer*

426. – **Influence européenne.** Renforcée sous l'influence du droit européen⁽⁴⁰⁴⁾, la prohibition de l'injonction à la discrimination ressort notamment en droit français de la loi du 27 mai 2008⁽⁴⁰⁵⁾. L'initiative doit être saluée, même si elle n'a pas été codifiée et qu'elle participe à l'éclatement du *corpus* juridique prohibant les discriminations. Le pouvoir de direction de l'employeur ne saurait lui permettre de s'exonérer de la responsabilité d'une discrimination qu'il n'a pas matériellement commise mais qu'il a suscitée.

427. – Pour engager la responsabilité du dirigeant, l'ordre donné doit-il être suivi d'effet ? En ajoutant à la loi une condition, certains l'exigent⁽⁴⁰⁶⁾ : la loi prohibe

(399) En ce sens, V. Cass. soc., 28 oct. 2008, n° 07-41.856.

(400) Nous pouvons néanmoins nous interroger sur la pertinence des manifestations d'opinion à l'encontre des groupes spécialement protégés. Ces derniers reposent souvent sur des préjugés, puisqu'ils prêtent à des individus des comportements en raison de certaines de leurs caractéristiques. Ils doivent donc être combattus, mais pas sur le fondement de la prohibition des discriminations, qui impose un traitement défavorable concret.

(401) Si un employeur ne peut faire aucune réprimande ou remarque à un salarié engagé syndicalement sans être soupçonné de discrimination, ce dernier peut s'estimer au-dessus des règles de vie de l'entreprise. L'appartenance à un groupe spécialement protégé n'est pas une garantie de compétence.

(402) J.-F. Cesaro, *Liberté d'expression patronale et pressions à l'encontre des syndicats* : JCP S 2009, 1019.

(403) Dans l'affaire soumise à la Cour de justice de l'Union européenne, le chef d'entreprise n'exprimait pas une opinion raciste mais exposait sa politique de recrutement.

(404) En sens, V. *Discriminations : les dernières avancées* : *Semaine sociale Lamy* 2008, n° 1355, p. 2 et s., spéc. p. 3.

(405) L. n° 2008-496, 27 mai 2008, portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, art. 1^{er} : « La discrimination inclut : 2° le fait d'enjoindre à quiconque d'adopter un comportement [discriminatoire] ».

(406) En ce sens, V. O. Gabriel-Calixte, *La loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations* : LPA 7 janv. 2009, n° 5, p. 3 et s., spéc. p. 5 : « [L'injonction] suppose néanmoins, pour constituer le délit civil générateur d'un droit à réparation, [qu'elle] soit suivie d'effet ».

l'injonction sans prendre en compte ses effets. Cette position retire toute portée pratique à la réforme puisque l'injonction qui est suivie d'effets constitue une discrimination qui peut être sanctionnée sur le fondement des dispositions du droit commun. L'émetteur de l'injonction suivie d'effet peut être poursuivi en tant qu'auteur intellectuel de la discrimination. Selon nous, le texte n'en exige pas tant et le seul fait de donner cette consigne illicite suffit à engager la responsabilité de son auteur. En plaçant l'exécutant en porte-à-faux entre la prohibition des distinctions illicites et sa subordination juridique, l'injonction discriminatoire doit être sanctionnée en tant que telle. En tout état de cause, l'employeur dont l'ordre n'est pas réalisé pourrait être condamné sur le fondement de l'article R. 625-7 du Code pénal qui réprime la provocation non publique à la discrimination⁽⁴⁰⁷⁾.

428. – La portée pratique de cette évolution demeure incertaine. La responsabilité personnelle de l'auteur de l'injonction peut-elle être engagée ? La victime de la discrimination a intérêt à rechercher la responsabilité de l'entreprise à la solvabilité généralement supérieure à celle de ce dernier. L'émetteur de l'ordre illicite peut-il être sanctionné pour avoir incité ses subordonnés à commettre un délit ? À notre sens, une réponse positive s'impose puisque la consigne donnée est illégale. L'un des intérêts de l'interdiction de l'injonction à discriminer aurait pu résider dans le domaine pénal. En assimilant l'injonction à la discrimination, l'auteur de la consigne de distinction illicite aurait pu être poursuivi pénalement sans avoir recours à la notion de complicité⁽⁴⁰⁸⁾ ni à celle d'auteur intellectuel⁽⁴⁰⁹⁾. Mais cette notion n'a pas été consacrée dans cette matière.

429. – **Responsabilité de l'exécutant.** Le salarié qui se rend coupable d'une discrimination en appliquant les consignes données par un supérieur engage-t-il sa responsabilité pénale ? La jurisprudence retient que l'ordre donné par une autorité hiérarchique ne constitue pas un commandement d'une autorité légitime⁽⁴¹⁰⁾ au sens de l'article 122-4 du Code pénal⁽⁴¹¹⁾. Au même titre que son supérieur, auteur de l'injonction, le salarié, simple exécutant, peut être pénalement sanctionné⁽⁴¹²⁾. Face à une décision discriminatoire, tous les salariés assument une responsabilité ; chaque maillon de la chaîne hiérarchique doit pouvoir résister à la transmission de la consigne illicite. Pour s'opposer à la réalisation de la distinction illégitime, la prise

(407) C. pén., art. R. 657-7 : « La provocation non publique à la discrimination, (...) à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée est punie de l'amende prévue pour les contraventions de la 5^e classe ». Nous pouvons regretter que cette contravention ne vise pas l'ensemble des critères discriminatoires.

(408) En ce sens, V. Rapp. C. cass. 2008, *Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La Documentation française, 3^e partie, p. 83 et s., spéc. p. 107.

(409) Sur la notion d'auteur intellectuel, V. *supra*, n° 426.

(410) En ce sens, V. Cass. crim., 4 oct. 1989, n° 89-80.643 : *Bull. crim.* 1989, n° 388 : « Attendu en outre que l'ordre reçu d'un supérieur hiérarchique ne constitue pour l'auteur d'une infraction ni un fait justificatif ni une excuse lui permettant d'échapper aux conséquences de cette infraction ». – V. également, Cass. crim., 26 juin 2002, n° 01-87.314 : *Bull. crim.* 2002, n° 148. Pour le professeur Bouloc, il est douteux d'estimer que l'auteur de l'infraction a une volonté propre de commettre le délit lorsqu'il exécute un ordre qui ne paraît pas manifestement illégal (en ce sens, V. B. Bouloc, note ss Cass. crim., 26 juin 2002 : *Rev. sc. crim.* 2003 p. 93). Pour l'injonction à commettre des discriminations, l'illicéité de l'ordre est manifeste ; l'intention du subordonné n'est pas altérée.

(411) C. pén., art. 122-4 : « N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal ».

(412) Sur le plan pénal, l'auteur de l'injonction est complice du délit de discrimination.

de conscience individuelle est encouragée, offrant ainsi une illustration de la théorie des « baïonnettes intelligentes » dans le domaine du droit du travail⁽⁴¹³⁾.

430. – Immunité disciplinaire. Si sa responsabilité pénale est engagée lorsqu'il exécute une injonction discriminatoire, le subordonné peut-il être sanctionné par son employeur s'il refuse de l'appliquer ? Le Code du travail ne prévoit pas de protection spécifique au bénéfice des salariés qui s'opposent à une injonction ou même à une mesure discriminatoire⁽⁴¹⁴⁾. Pourtant, la prise de position du salarié est légitime et sa protection devrait être explicitement consacrée⁽⁴¹⁵⁾. Si une immunité disciplinaire est accordée au témoin qui relate des faits de discrimination, une disposition semblable devrait bénéficier au salarié qui intervient en amont de l'acte illicite. *De lege feranda*, une protection semblable doit être accordée au salarié qui refuse d'appliquer une injonction discriminatoire⁽⁴¹⁶⁾. Pour renforcer l'efficacité du dispositif de prohibition des discriminations, l'immunité devrait être explicite. Informé de la protection que le droit lui assure, le salarié est davantage en mesure de s'opposer à la consigne illicite ; il n'aurait, en outre, plus aucune excuse pour ne pas le faire.

431. – Au-delà de la lutte contre les distinctions illicites, nous ne pouvons que regretter que le Code du travail ne contienne aucune disposition similaire à l'article 28 du statut général des fonctionnaires⁽⁴¹⁷⁾ qui précise qu'un agent public peut désobéir à une consigne manifestement illégale portant préjudice à un intérêt légitime⁽⁴¹⁸⁾.

2° La notion de traitement moins favorable

432. – Comme le précise M. Fabre, « à défaut de pouvoir sonder l'intention de l'employeur, c'est dans les effets de ses actions unilatérales que l'on cherche les signes d'une discrimination⁽⁴¹⁹⁾ ». Dans la majorité des cas, une comparaison du traitement appliqué aux différents salariés s'impose pour révéler une distinction illicite. La prohibition des discriminations exige-t-elle d'octroyer au salarié spécialement protégé un traitement égal (a) ? Peut-elle nécessiter un traitement différent (b) ?

(413) La théorie des « baïonnettes intelligentes » vise à responsabiliser les fonctionnaires dans l'exécution d'un ordre.

(414) L'article L. 1132-3 du Code du travail ne protège que les salariés qui témoignent ou relatent les discriminations dont ils ont été témoins. Sur cette protection, V. *supra*, n°s 375 et s.

(415) En pratique, la sanction prise par l'employeur ne resterait pas impunie. Lorsque le salarié victime d'une mesure de rétorsion pour s'être opposé à une injonction discriminatoire saisira un juge, l'employeur sera contraint de révéler les motivations de sa décision. Le juge constatera alors que la sanction infligée repose sur la non-exécution d'un acte illicite ; il devra l'annuler.

(416) L'article 3 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 prévoit qu'« aucune décision défavorable à une personne ne peut être fondée sur sa soumission ou son refus de se soumettre à une discrimination prohibée par l'article 2 ». L'article 2 visé ne concerne pas les relations de travail.

(417) L. n° 83-634, 13 juill. 1983, portant droits et obligations des fonctionnaires, art. 28 : « Tout fonctionnaire, quel que soit son rang dans la hiérarchie, est responsable de l'exécution des tâches qui lui sont confiées. Il doit se conformer aux instructions de son supérieur hiérarchique, sauf dans le cas où l'ordre donné est manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public ».

(418) Sur la possibilité pour un fonctionnaire de désobéir à un ordre manifestement illégal compromettant gravement un intérêt public, V. F. Laurie, *La faute disciplinaire dans la fonction publique*, PUAM, 2002, n°s 213 et s.

(419) A. Fabre, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, thèse Université Paris X, 2006, n° 244.

a) *Traitement moins favorable et traitement égal*

433. – Traitement plus favorable accordé en raison d'un critère illicite. Même si la Cour de cassation décide que la discrimination ne se révèle pas nécessairement par une confrontation de deux situations⁽⁴²⁰⁾, de l'avis général « le bonheur dans la vie n'existe que par comparaison⁽⁴²¹⁾ ». Le malheur de la rupture d'égalité illicite aussi. Pourtant, les différences de traitement constatées ne révèlent pas toujours des distinctions illicites.

434. – Lorsqu'un salarié est embauché conformément aux règles légales et conventionnelles en vigueur et que, postérieurement, un autre candidat est recruté pour effectuer des tâches identiques mais à des conditions plus avantageuses uniquement en raison d'un critère de distinction illicite, une discrimination à l'encontre du premier salarié est-elle constituée ? L'attribution d'un traitement favorable à un salarié en raison d'un critère de distinction illicite constitue-t-elle une discrimination à l'égard de ceux qui ne le présentent pas ? Des critères temporels et textuels s'opposent, à notre sens, à la reconnaissance d'une discrimination dans cette hypothèse.

435. – L'attribution postérieure d'un traitement plus favorable à un autre salarié, même pour un motif discriminatoire, ne saurait avoir pour effet de rendre illicite *a posteriori* un acte légal au moment de sa réalisation. Le caractère illicite d'une mesure réside dans sa motivation qui s'exprime uniquement au moment de la prise de décision ; son caractère illégal est acquis uniquement à cette occasion et ne peut résulter d'un acte postérieur⁽⁴²²⁾. En outre, la définition du traitement défavorable retenue par la loi du 27 mai 2008 ne se réfère qu'à la victime : le texte exige qu'elle soit personnellement « traitée de manière défavorable ». La Cour de cassation, en décidant que la discrimination n'exige pas une comparaison, abonde dans ce sens. C'est uniquement dans le traitement défavorable réservé à une personne, en raison des qualités qu'elle présente, que réside la distinction illicite. Tel n'est pas le cas dans la situation exposée : si un traitement favorable est accordé au second salarié en raison de caractéristiques qui lui sont propres, aucune mesure défavorable particulière n'est infligée au premier. Pourtant, cet argument textuel nous semble difficilement soutenable. Lorsque l'employeur accorde un avantage à l'un en raison d'un critère illicite, il le refuse, même implicitement, à l'autre pour ce même motif.

436. – Dans l'hypothèse proposée, le premier salarié a intérêt à invoquer le principe d'égalité de traitement qui, contrairement à celui de non-discrimination, ne s'intéresse pas à la motivation initiale des actes mais à la comparaison objective de deux situations similaires. L'argument temporel, qui exclut la discrimination, est

(420) Cass. soc., 10 nov. 2009, n° 07-42.5849 : *Bull. civ.* 2009, V, n° 249 : « Attendu, cependant, que l'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres salariés ». Dans le même sens, V. Cass. soc., 29 juin 2011, n° 10-14.067 : publication à paraître.

(421) C. de Gaulle, « Le succès de l'épreuve de la guerre, comme le bonheur dans la vie, n'existe que par comparaison ». Sur cette citation, V. le site Internet www.charles-de-gaulle.org.

(422) Le caractère illicite d'une mesure discriminatoire est acquis dès la mise en œuvre de la décision litigieuse ; il peut se révéler par des comportements postérieurs. Les éléments postérieurs de comparaison ne rendent pas l'acte initial illégal ; ils permettent d'établir le caractère illicite de la distinction.

mis en échec dans le cadre d'un contentieux relatif à l'égalité. La sanction du comportement de l'employeur résulte de la confrontation de situations objectives, effectuée au temps du litige. Le juge, constatant la rupture d'égalité, sommerá l'employeur de justifier la différence constatée. Ce dernier ne saurait invoquer un motif discriminatoire pour s'affranchir des accusations qui pèsent sur lui. Il lui sera alors ordonné d'octroyer au premier salarié l'augmentation, injustement motivée, accordée au second.

437. – L'atteinte au principe d'égalité en raison d'un critère de distinction illicite ne constitue pas, dans cette hypothèse, une discrimination ; l'octroi d'un traitement favorable à l'un n'est pas synonyme de distinction illicite à l'encontre de l'autre. Est illustrée l'importance du critère temporel : la décision est discriminatoire si, au moment où elle est arrêtée, elle repose sur un critère illicite.

438. – **L'application d'un traitement moyen, sanction de la discrimination**⁽⁴²³⁾. Pour compenser le préjudice subi par un salarié victime de discrimination, les juges lui octroient l'équivalent du traitement moyen accordé aux autres salariés placés dans une situation identique. Ainsi, pour un salarié titulaire de mandats syndicaux, une prime variable doit être calculée sur des objectifs adaptés à son temps de présence pour les périodes où il est à son poste de travail ; pendant le temps consacré à ses activités syndicales, il doit bénéficier de la moyenne des primes versées aux autres salariés pour une durée équivalente⁽⁴²⁴⁾. Si le professeur Bossu estime que la Cour de cassation adopte « une solution de compromis qui permet de ne pas discriminer le représentant du personnel sans pour autant mettre à néant les mécanismes de rémunération qui repose sur des objectifs à atteindre⁽⁴²⁵⁾ », nous ne pouvons que constater les effets néfastes induits par la position retenue. Le salarié présentant un critère spécialement protégé est irréfragablement présumé aussi méritant qu'un salarié moyen. La position arrêtée ne nous paraît pas satisfaisante puisque l'intéressé ne peut ni prétendre à l'excellence, ni subir la médiocrité⁽⁴²⁶⁾. Détaché des compétences propres de la victime, le dédommagement accordé peut réparer un préjudice pour partie inexistant. Selon nous, il conviendrait d'octroyer au salarié le traitement dont il aurait bénéficié s'il n'avait pas subi de discrimination en se fondant sur la progression de carrière qui a été la sienne avant la survenance de la distinction illicite. Dans l'hypothèse soumise à la Cour de cassation, il nous aurait semblé préférable d'accorder au salarié, pendant ses absences justifiées par l'exercice de ses mandats syndicaux, une prime identique à celle à laquelle il pouvait prétendre en raison de sa présence dans l'entreprise.

(423) Sur la sanction et la réparation de la discrimination, V. *infra*, n° 931 et s.

(424) Cass. soc., 6 juill. 2010, n° 09-41.354 : *Bull. civ.* 2010, V, n° 157 : *RJS* 2010, n° 788. Sur cet arrêt, V. C. About, *Rémunération des représentants du personnel : il n'y a pas que le travail qui prime* : *Les cahiers Lamy du CE* sept. 2010, n° 96, p. 25 et s.

(425) B. Bossu, *Discrimination syndicale, évolution de carrière et primes variables* : *JCP S* 2010, 1461.

(426) Le traitement moyen se mérite ; par définition, cinquante pour cent des salariés de l'entreprise n'y ont pas accès. Son octroi au salarié victime de distinction illicite, en cette seule qualité, revient à lui accorder un traitement préférentiel en raison d'un critère prohibé. Une discrimination positive pourrait être caractérisée.

b) Traitement défavorable et traitement différent

439. – **Accommodement raisonnable.** À l'égalité, deux atteintes peuvent être portées : sa rupture résulte soit d'un traitement distinct appliqué à des personnes placées dans une situation comparable, soit de l'application d'un traitement identique à deux groupes placés dans une situation différente⁽⁴²⁷⁾. Si, dans le cadre de la relation de travail, les salariés membres d'un groupe spécialement protégés sont, de ce seul fait, placés dans une situation différente des autres, un traitement spécifique doit leur être accordé ; leur soumission à la norme commune constitue une distinction illicite. L'égalité de traitement formelle devient alors source de discrimination⁽⁴²⁸⁾. Sur cette logique repose la notion québécoise « d'accommodement raisonnable⁽⁴²⁹⁾ ».

440. – L'accommodement ou l'aménagement raisonnable « consiste à des ajustements nécessaires et appropriés, n'imposant pas de charge disproportionnée ou induue, apportés en fonction des besoins dans une situation donnée pour assurer à des personnes possédant certaines caractéristiques particulières protégées par la loi la jouissance ou l'exercice sur la base de l'égalité avec les autres de tous les droits de l'Homme⁽⁴³⁰⁾ ». Si les effets particuliers de la règle pour une catégorie de salariés peuvent être compensés par des « mesures raisonnables », elle n'a pas à être annulée⁽⁴³¹⁾. L'accommodement raisonnable se rapproche de la notion de discrimination indirecte en ce que le caractère illicite de la décision ne réside pas dans sa motivation mais dans les effets qu'elle induit⁽⁴³²⁾. Selon cette approche, une règle n'est pas discriminatoire lorsqu'elle est édictée de bonne foi, qu'elle est raisonnable, nécessaire et que l'employeur a « tenté d'accommoder son salarié avant de décréter⁽⁴³³⁾ ». La licéité de la norme résulte alors tant de critères objectifs que de critères subjectifs, établis en fonction de la situation de chaque salarié.

441. – Par le biais de « l'accommodement raisonnable », la reconnaissance de la spécificité n'est pas absolue ; elle doit se concilier avec l'intérêt de l'entreprise. L'adaptation de la règle qu'elle exige doit être raisonnable et ne pas infliger une contrainte excessive à l'entreprise ; ces deux conditions sont évaluées en fonction

(427) CJCE, 17 juin 1998, aff. C-243-95, *Kathleen Hill* : « Une discrimination ne peut consister que dans l'application de règles différentes à des situations comparables ou bien dans l'application de la même règle à des situations différentes ».

(428) Dans cette hypothèse, les salariés sont placés dans une situation différente en raison d'un critère de distinction illicite. L'application d'un traitement identique, qui rompt l'égalité, établie une discrimination.

(429) La notion d'accommodement raisonnable se fonde sur l'article 10 de la Charte des droits et libertés de la personne. Selon ce texte, « toute personne a le droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap. Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit ».

(430) P. Verge et D. Roux, *Personnes handicapées : l'obligation d'accommodement raisonnable selon le droit international et le droit canadien* : Dr. soc. 2010, p. 965 et s., spéc. p. 966.

(431) D. Roux et P. Verge, *Un milieu de travail diversifié : l'apport de l'obligation d'accommodement raisonnable selon le droit international et le droit canadien* : JSL 2009, n° 261, p. 4 et s., spéc. p. 5.

(432) En ce sens, V. S. Frossard, *Discriminations au travail : aperçus comparés franco-québécois*, in *Diversité et discriminations raciales, une perspective transatlantique*, Dalloz, 2009, p. 23 et s., spéc. p. 30.

(433) S. Fantoni-Quinton et A.-M. Laflamme, *L'obligation de reclassement à la lumière de la notion d'accommodement raisonnable du droit canadien* : Dr. soc. 2009 p. 215 et s., spéc. p. 218.

des moyens de celle-ci. L'égalité devient relative puisqu'elle dépend « du raisonnable ayant vocation à s'apprécier en fonction des circonstances⁽⁴³⁴⁾ » : une mesure est considérée comme discriminatoire dans une entreprise importante alors qu'elle ne rompt pas l'égalité dans une plus petite⁽⁴³⁵⁾. Les effets du raisonnement ont du mal à convaincre.

442. – Fondement en droit interne. Novatrice, cette approche de l'égalité n'est pas étrangère aux dispositions internes. Le Code du travail prévoit une semblable obligation d'adaptation à la spécificité des travailleurs handicapés. Pour leur garantir le principe d'égalité de traitement, l'entreprise doit, tant en fonction des aptitudes des salariés que de ses moyens financiers, prendre les mesures appropriées pour leur permettre d'obtenir ou de conserver un emploi correspondant à leur qualification⁽⁴³⁶⁾. La violation de cette obligation d'adaptation est sévèrement sanctionnée : le refus de la prise en compte du handicap est constitutif d'une discrimination⁽⁴³⁷⁾.

443. – Au-delà de cette illustration, l'article L. 4121-2, 4^o, du Code du travail pourrait fonder, en droit interne, une obligation générale d'adaptation raisonnable. Cette disposition impose à l'employeur « d'adapter le travail à l'homme ». Si ce texte a vocation à imposer l'adaptation des techniques de production et des postes de travail aux caractéristiques physiques de travailleurs, rien ne s'oppose à ce qu'il fonde l'action d'un salarié revendiquant des aménagements de son environnement professionnel en raison de « contraintes intellectuelles ». Il pourrait alors solliciter l'aménagement de ses horaires, voire des méthodes de travail, pour qu'elles ne heurtent pas de façon déraisonnable ses aspirations personnelles. Les convictions du salarié faisant partie intégrante de sa dignité, le travail devrait s'adapter à ces impératifs. Toutefois, les conséquences de cette position amènent à douter de sa pertinence.

444. – La tentation du raisonnable. Pour certains, « la notion d'aménagement raisonnable est plus apte que la nôtre à appréhender de manière pragmatique et non passionnelle la combinaison de la bonne marche de l'entreprise avec le respect des droits fondamentaux⁽⁴³⁸⁾ ». Alors qu'elle était conçue initialement pour rendre la différence indifférente à la prise de décision, la lutte contre les discriminations pourrait, si la notion québécoise d'aménagement raisonnable était consacrée, s'engager dans la voie inverse. Si l'adaptation de l'universalité de la règle aux particularités de chacun peut permettre de réduire l'exclusion, la généralisation de ce raisonnement ne nous semble pas pertinente⁽⁴³⁹⁾. Selon nous, la spécificité de la situation du salarié dans l'entreprise ne doit être analysée qu'au regard de la prestation de travail qu'il a à fournir. Tous les motifs de distinctions illicites placent-ils

(434) L. Flament, *Le raisonnable en droit du travail* : Dr. soc. 2007, p. 17 et s., spéc. p. 122.

(435) Des distinctions sont introduites entre les salariés des petites et des grandes entreprises puisque des moyens de l'entreprise dépend l'ampleur de l'exigence d'adaptation.

(436) C. trav., art. L. 5213-6.

(437) C. trav., art. L. 5213-6, al. 3.

(438) J.-C. Sciberras, *Travail et religion dans l'entreprise : une cohabitation sous tension* : Dr. soc. 2010, p. 72 et s., spéc. p. 75.

(439) En ce sens, V. également I. Desbarats, *Entre exigences professionnelles et liberté religieuse : quel compromis pour quels enjeux ?* : JCP S 2011, 1307. Pour l'auteur, « beaucoup s'interrogent sur les enjeux et les limites de ce concept, sa plus-value et ses dangers pour la cohésion de la société dans sa globalité ».

les salariés dans une situation particulière justifiant un traitement propre ? À notre sens, la réponse à cette question n'est pas identique selon que la différence invoquée concerne une spécificité physique ou intellectuelle⁽⁴⁴⁰⁾.

445. – La spécificité physique exige un effort d'adaptation proportionné aux moyens de l'entreprise lorsque l'incapacité, temporaire ou permanente, du salarié s'oppose à la réalisation de son travail dans le cadre généralement défini. Une attention particulière doit être portée aux femmes enceintes ou en retour de couches, aux travailleurs handicapés, aux salariés atteints d'une affection invalidante. Le chef d'entreprise doit chercher à concilier les impératifs de gestion de l'unité qu'il dirige avec les spécificités physiques de ses salariés⁽⁴⁴¹⁾ puisqu'ils sont objectivement dans l'impossibilité de fournir leur travail dans le cadre généralement défini.

446. – Les salariés présentant des spécificités intellectuelles sont-ils dans une situation nécessitant un traitement particulier au regard de la prestation de travail ? À notre sens, les contraintes intellectuelles pesant sur tout individu ne sauraient être invoquées pour justifier un traitement spécifique⁽⁴⁴²⁾ puisqu'elles n'ont pas d'impact objectif sur sa capacité à fournir la prestation demandée. Les convictions du salarié ne sauraient permettre de le considérer comme différent. Elles ne peuvent justifier un traitement spécifique.

447. – En outre, si le consensus⁽⁴⁴³⁾ auquel tend la notion de raisonnable permet de ménager les susceptibilités de chacun, il porte atteinte au caractère général et obligatoire de la règle. L'exigence d'adaptation de la norme générale aux caractéristiques propres des salariés illustre un mouvement plus large d'individualisme qui n'épargne pas le monde de l'entreprise⁽⁴⁴⁴⁾. Les salariés consentent moins facilement à des « sacrifices » individuels dans l'intérêt de la communauté⁽⁴⁴⁵⁾ ; la norme générale qui s'oppose à une attente personnelle peut être ressentie comme une contrainte et, dans certaines hypothèses, comme une discrimination. Chacun peut estimer légitime de s'opposer à la règle collective pour faire valoir ses intérêts propres. Si une telle démarche préserve les libertés individuelles, elle ignore la prédominance qui doit être accordée, dans les relations de travail, à l'intérêt collectif.

448. – Les bénéficiaires dégagés de l'intégration à une collectivité de travail imposent des sacrifices individuels. Le premier d'entre eux est, à notre sens, de se plier à la règle commune dès lors qu'elle est conforme à l'intérêt de l'ensemble. Comme le précise M. le Sénateur Cherioux, l'entreprise est un centre de production qui obéit

(440) Sur la distinction des critères discriminatoires, V. *supra*, n° 280 et s.

(441) Peuvent être envisagés, au cas par cas, des aménagements de poste, d'horaire, ou des affectations temporaires.

(442) Des convictions syndicales, politiques ou religieuses n'ont, à notre sens, jamais matériellement contraint un individu à ne pas exécuter sa prestation de travail.

(443) L. Flament, *Le raisonnable en droit du travail* : Dr. soc. 2007, p. 17 et s., spéc. p. 19. La notion de raisonnable permet d'obtenir le consensus, « ce qui explique son intense utilisation en droit international ».

(444) En ce sens, V. J.-E. Ray, *La grève dans les transports publics. Pour une conciliation des droits* : Dr. soc. 2004, p. 747 et s., spéc. p. 751 : « En ces temps d'individualisme... l'idée d'intérêt général, qui fonde l'existence du service public apparaît bien dépassé : il n'est donc pas imprévisible que, dans ce vaste repli sur ses propres intérêts dans un climat d'incompréhension réciproque, croissent aussi les égoïsmes collectifs ». Selon nous, cette remarque peut trouver à s'appliquer dans le cadre de l'entreprise privée.

(445) Le sacrifice demandé au nom de la communauté est en partie plus difficile à obtenir puisque la notion de communauté de travail s'estompe au profit d'une gestion individualisée des carrières.

« à des finalités qui peuvent impliquer une restriction de certaines libertés⁽⁴⁴⁶⁾ ». Si l'objectif n'est pas d'interdire au salarié d'exercer ses libertés fondamentales, ces dernières ne sauraient lui permettre de se soustraire aux règles communes. Leur respect est source d'une unité qu'il convient de promouvoir. Comme le précise M. le Professeur Teyssié, « au droit des personnes, l'entreprise impose son rythme, ses exigences, ses contraintes, au prix, parfois, de quelques altérations de liberté, de quelques ruptures d'égalité⁽⁴⁴⁷⁾ ». L'aménagement réclamé risque, à notre sens, de faire primer l'intérêt de l'individu sur celui de la communauté, alors que ce dernier devrait « transcender les préoccupations de chacun⁽⁴⁴⁸⁾ ». Des efforts exigés par l'entreprise dépend la concrétisation de cette crainte.

449. – L'accommodement des règles de l'entreprise aux contraintes intellectuelles pesant sur certains salariés imposerait d'importantes restrictions au pouvoir de direction de l'employeur puisque tout salarié pourrait exiger une adaptation de la règle de l'entreprise en fonction de ses convictions personnelles⁽⁴⁴⁹⁾. Aucune décision globale ne pourrait être arrêtée et le pouvoir de direction serait restreint par les contraintes pesant sur chacun. La sécurité juridique serait perturbée : l'aménagement proposé ne validerait l'opération qu'à l'issue d'un contrôle judiciaire qui s'assurerait de la proportionnalité des moyens mis en œuvre aux capacités de l'entreprise. Le compromis individualisé supplanterait la décision unilatérale prise dans l'intérêt de la communauté de travail ; la gestion de l'entreprise s'en trouverait anormalement alourdie.

450. – La référence au raisonnable ne peut définir l'égalité en raison de la latitude qu'elle laisse au juge⁽⁴⁵⁰⁾. Ce dernier n'aurait plus pour mission de contrôler que la mesure ne repose pas sur un motif illicite mais d'analyser si les conséquences de l'adaptation sollicitée par le salarié seraient raisonnables au regard des moyens de l'entreprise. Un tel contrôle porterait atteinte à la liberté d'entreprendre. Le chef d'entreprise ne serait plus l'arbitre des différents intérêts en présence et l'érection de la notion de raisonnable en source de légalité remettrait en cause l'impossibilité pour le juge de s'immiscer dans les choix de gestion économique de l'entreprise⁽⁴⁵¹⁾.

451. – Il pourrait être envisagé de diminuer ce risque en limitant l'accommodement raisonnable à l'exercice des libertés fondamentales. Si cette distinction nous

(446) J. Chérioux, Rapp. Sénat 1982, n° 470, p. 36, cité par B. Teyssié, *Droit civil : les personnes*, Litec, 11^e éd. 2010, n° 22.

(447) B. Teyssié, *Personnes, entreprises et relations de travail : Dr. soc.* 1988, p. 374 et s.

(448) B. Teyssié, *L'entreprise et le droit du travail* : Arch. phil. dr. 1997, 41, p. 355 et s., spéc. p. 358 : « Outil d'organisation d'une collectivité humaine formée du chef d'entreprise et de l'ensemble des salariés, de quelque catégorie qu'ils relèvent, les normes qui composent ce qu'il est convenu d'appeler le droit du travail ont, entre autres, pour finalité de faire prendre conscience à tous les membres de cette collectivité qu'ils constituent une communauté tendue vers la réalisation d'un même but : le renforcement et le développement d'une entreprise dont l'intérêt doit transcender les préoccupations de chacun ».

(449) L'exercice de la liberté de culte peut imposer des aménagements d'horaire ou des tâches demandées au même titre que l'exercice de la liberté politique ou syndicale.

(450) B. Teyssié, *Droit du travail, Relations collectives*, Litec, 7^e éd. 2010, n° 1411. M. le Professeur Teyssié estime que « parce que le raisonnable est indiscernable et qu'à vouloir l'apprécier pour conclure, le cas échéant, à l'interdit, le juge risque de porter atteinte à l'exercice du droit de grève ». Cette réflexion pourrait être transposée à la notion d'accommodement raisonnable qui pourrait porter atteinte à l'exercice du pouvoir de direction de l'employeur.

(451) En ce sens, V. Cass. ass. plén., 8 déc. 2000, n° 97-44.219 : Bull. civ. 2000, ass. plén., n° 11 ; RJS 2001, n° 180. « Il n'appartient pas au juge de contrôler les choix effectués par l'employeur entre les différentes solutions possibles pour assurer la sauvegarde [de la compétitivité de l'entreprise] ». V. également Cass. soc., 20 juin 2007, n° 05-45.924 : RJS 2007, n° 1169.

semble juridiquement fondée, elle crée, en pratique, des ruptures d'égalité difficilement compréhensibles. Comme les discriminations positives, elle serait source de stigmatisation. Comment justifier que l'employeur accepte les absences motivées par une pratique religieuse alors qu'il s'oppose à celles reposant sur une contrainte familiale si elles ont toutes les deux les mêmes répercussions sur la gestion de l'entreprise ? Des solutions contraires seraient source de stigmatisation. À notre sens, pour être objectives et s'opposer aux discriminations, les réponses aux demandes d'aménagement des règles communes ne doivent pas reposer sur les motifs de la requête mais sur les conséquences de la réponse. L'intérêt de l'entreprise permet d'arbitrer entre les différentes demandes qui, peu important leur motivation, doivent être traitées de manière identique.

L'attrait apparent de la notion de raisonnable ne saurait faire oublier les importants risques qu'elles engendrent. Peu important la source des revendications personnelles, elles ne doivent pas pouvoir être valablement excipées face à l'intérêt collectif.

SECTION 2

LES COMPORTEMENTS VALIDÉS

452. – Rôle primordial de la justification. Si certains estiment que l'aménagement de la preuve de la discrimination déséquilibre la situation des parties au détriment de l'employeur⁽⁴⁵²⁾, il est indiscutable qu'elle octroie aux justifications du chef d'entreprise un rôle central. Une fois le doute sur la légalité de la distinction établie par le candidat ou le salarié, il incombe à l'employeur « de prouver que sa décision est justifiée par des éléments étrangers à toute discrimination⁽⁴⁵³⁾ ». Comme le précise le professeur Radé, le chef d'entreprise « doit alors combattre les apparences [et] rapporter la preuve des éléments objectifs et licites justifiant la différence de traitement⁽⁴⁵⁴⁾ ». Il lui revient d'établir que la distinction opérée n'est pas illicite et que les salariés avec lesquels se compare la victime potentielle ne sont pas placés dans une situation comparable à la sienne⁽⁴⁵⁵⁾. L'étape est décisive : s'il échoue, le doute⁽⁴⁵⁶⁾ sur la légalité de sa décision emportera sa condamnation. S'il réussit, la distinction opérée sera légitimée et aucune sanction ne sera encourue. Purgée de tous les soupçons qui pesaient sur elle, la différence constatée ne sera qu'une manifestation du pouvoir de direction de l'employeur parmi d'autres.

(452) En ce sens, V. R. Chiss, *Le contentieux de la discrimination et de la rupture d'égalité : réflexions sur l'inégalité des armes* : JCP S 2010, 1339. L'auteur s'interroge sur les conséquences de l'aménagement de la preuve en matière de discriminations. Il estime qu'il pourrait être soutenu « qu'à force de rééquilibrage de la position des parties dans le procès de la discrimination et de la rupture d'égalité, la Cour de cassation [a] re-déséquilibré l'ensemble, dans l'autre sens. Au prix de l'inégalité des armes ? ».

(453) C. trav., art. L. 1134-1, al. 2.

(454) C. Radé note ss Cass. soc., 13 févr. 2001 : *Dr. soc.* 2001, p. 568.

(455) En ce sens, V. F. Héas, *Discrimination et admission de différences de traitement entre salariés* : JCP S 2007, 1179.

(456) Le doute sur la légalité de la décision patronale est insinué par les éléments de faits laissant supposer l'existence d'une discrimination présentée par le salarié en vertu de l'article L. 1134-1, alinéa 1 du Code du travail.

453. – Justification des discriminations ? Par-delà cette exigence primordiale de justification objective des distinctions revêtant les apparences de l'illicite, des dispositions du Code du travail semblent autoriser des différences de traitement directement fondées sur des motifs illégaux. Certains auteurs évoquent la possibilité de « justifier des discriminations⁽⁴⁵⁷⁾ ». Cette terminologie nous paraît incorrecte. Comme le professeur Jeammaud, nous estimons qu'il existe une profonde « antinomie entre discrimination et justification⁽⁴⁵⁸⁾ ». Par définition⁽⁴⁵⁹⁾, la discrimination est une distinction que la loi consacre comme illégale ; dès lors, si le législateur valide la distinction, il n'y a plus discrimination. La justification d'une distinction illicite est donc par nature impossible⁽⁴⁶⁰⁾. La Cour de cassation abonde également dans ce sens en précisant qu'« une discrimination ne peut pas être justifiée par une raison supérieure puisque sa prohibition a précisément pour objet de protéger une valeur supérieure⁽⁴⁶¹⁾ ». Il est, à notre sens, plus juste d'évoquer des distinctions suspectes autorisées par le droit. Certaines concernent des motifs spécifiques de discrimination, réglementairement admis (§ 1) ; d'autres, générales, s'appliquent à l'ensemble des critères de distinction illicites. Leur mise en œuvre est soumise au strict contrôle du juge (§ 2).

§ 1. – Les comportements réglementairement admis

454. – Logique de liste. À la suite de la loi Roudy⁽⁴⁶²⁾, un décret⁽⁴⁶³⁾, codifié à l'article R. 1142-1 du Code du travail, a énuméré les professions dans lesquelles l'appartenance à un sexe déterminé constitue une condition déterminante de leur exercice. Pour « les artistes appelés à interpréter soit un rôle féminin, soit un rôle masculin », « les mannequins chargés de présenter des vêtements et accessoires », « les modèles masculins et féminins », toute distinction effectuée en raison du sexe n'est pas constitutive d'une discrimination.

(457) M.-A. Moreau, *Les justifications des discriminations* : Dr. soc. 2002, p. 1112 et s.

(458) A. Jeammaud, *Une discrimination peut-elle être justifiée ?* : *Semaine sociale Lamy* 2008, n° 1354, p. 13 : « Une discrimination ne saurait recevoir de justification. Il y a une antinomie certaine entre discrimination et justification. La règle de discrimination vise des critères (...). Dès lors que l'un de ces critères apparaît dans le processus décisionnel, la décision constitue une discrimination ».

(459) En ce sens, V. D. Lochak, *Réflexions sur la notion de discrimination* : Dr. soc. 1987, p. 778 et s. Selon le professeur Lochak, « la discrimination, c'est la distinction ou la différence de traitement illégitime : illégitime parce qu'arbitraire, et interdite puisqu'illégitime ». Validée légalement, la distinction n'est plus illégitime ; elle ne peut être qualifiée de discriminatoire.

(460) En ce sens, V. CJCE, 8 nov. 1992, *M^{me} Dekker*. Sur cette décision, V. M.-T. Lanquetin : D. 1992, somm. 288. Les juges estiment qu'une discrimination engage nécessairement la responsabilité de son auteur, sans que les causes d'exonération de responsabilité prévues par le droit interne puissent être retenues. Pour M. Mine, il résulte de cette décision qu'une discrimination directe ne peut être justifiée (M. Mine, *Discriminations : une transposition laborieuse...* : RDT 2008, p. 532 et s., spéc. p. 533).

(461) Rapp. C. cass. 2008, *Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La Documentation française, 3^e partie, p. 83 et s., spéc. p. 87 : « Une discrimination ne peut pas être justifiée par une raison supérieure puisque sa prohibition a précisément pour objet de protéger une valeur supérieure ».

(462) L. n° 83-635, 13 juill. 1983, portant modification du Code du travail et du Code pénal en ce qui concerne l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes.

(463) D. n° 84-395, 25 mai 1984, portant application de l'article L. 123-1 du Code du travail issu de l'article 1^{er} de la loi n° 83-635 du 13 juillet 1983 relatif à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes.

455. – Critiques. Ces professions ont pour point commun d'accorder à la physiologie une importance primordiale et pourraient être qualifiées d'« emplois d'apparence⁽⁴⁶⁴⁾ ». À notre sens, il conviendrait d'autoriser des dérogations à l'interdiction des discriminations ne se limitant pas au seul critère du sexe. Des distinctions peuvent être légitimement fondées sur l'âge ou l'apparence physique des candidats qui doivent être en accord avec le personnage incarné ou le produit à valoriser. En raison de la conception trop restrictive des exceptions à l'interdiction des discriminations, ces distinctions légitimes pouvaient être contestées⁽⁴⁶⁵⁾ alors même qu'elles n'étaient motivées par aucune volonté d'exclusion ou de stigmatisation.

456. – La logique de liste consacrée par l'article R. 1142-1 du Code du travail a été critiquée par les instances européennes qui lui reprochaient de brider les dérogations possibles à l'interdiction des discriminations⁽⁴⁶⁶⁾ en s'opposant à la prise en compte des exigences spécifiques de chaque profession. Ces critiques ont été entendues et l'article L. 1133-1 du Code du travail a introduit une dérogation générale applicable à l'ensemble des motifs discriminatoires. Des distinctions peuvent être fondées sur un critère illicite dès lors qu'elles reposent sur une « exigence professionnelle essentielle ». Malgré la consécration de cette exception générale, les dispositions spécifiques de l'article R. 1142-1 du Code du travail ont été maintenues⁽⁴⁶⁷⁾. La HALDE a naguère estimé que les professions visées par l'article R. 1142-1 du Code du travail demeuraient les seules activités professionnelles pour lesquelles une dérogation au principe de non-discrimination à raison du sexe était possible⁽⁴⁶⁸⁾. Cette position dénie toute portée à la réforme adoptée et ne saurait être retenue. Deux autres hypothèses sont, à notre sens, envisageables. Le juge peut considérer que, dans le domaine restreint des professions visées par le décret, le sexe est présumé constituer une exigence professionnelle essentielle. À l'inverse, il peut faire prévaloir une logique d'individualisation à chaque situation. Le juge devrait alors s'assurer que, pour le produit à promouvoir ou le rôle à interpréter, le sexe constitue réellement une « exigence professionnelle essentielle ». Si cette solution est de nature à favoriser la promotion de la diversité, elle est lourde de conséquences sur la

(464) Les entreprises de tendance justifient des atteintes au principe de non-discrimination en raison des convictions politiques ou religieuses. Les « emplois d'apparence » seraient une catégorie de profession justifiant des distinctions effectuées en raison de l'apparence physique au sens large.

(465) Lors de son audition par la délégation au droit des femmes du Sénat (Rapp. Sénat 2007, n° 252, p. 47 et s.), M. Schweitzer, président de la HALDE, estimait que « le droit du travail français n'admettait que très peu d'exceptions au principe de non-discrimination, et que cette conception très restrictive pouvait aboutir à des situations difficiles à gérer, des considérations parfaitement justifiables risquant ainsi de se trouver en marge du droit, comme par exemple le recrutement, dans les départements concordataires, de ministres du culte sur un critère de religion, ou le choix d'un comédien en fonction de critères d'âge ou d'apparence physique. Il a jugé que les principes généraux posés dans le projet de loi constituaient une avancée positive, à condition de faire l'objet d'une application bien circonscrite sous le contrôle des tribunaux ». Cette position est en partie contestable : la jurisprudence admet que des décisions soient arrêtées sur des critères en principe illicites dans les entreprises de tendance. Les caractéristiques propres à un rôle auraient pu être admises comme un motif étranger à toute discrimination.

(466) Rapp. C. cass. 2008, *Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La Documentation française, 3^e partie, p. 83 et s., spéc. p. 111 : « La commission reprochait à la France de ne pas avoir transposé correctement la directive 2002/73, qui avait abandonné une logique de liste qui pouvait figer les dispositions, pour un contrôle de chaque situation au cas par cas, eu égard au double critère de l'exigence professionnelle véritable et déterminante et de l'objectif légitime et proportionné ».

(467) Au cours des débats parlementaires précédant l'adoption de la loi du 27 mai 2008, certains ont souhaité supprimer l'article R. 1142-1. En ce sens, V. la proposition n° 4 du rapport d'information au Sénat n° 252.

(468) Délib. HALDE n° 2009-21, 26 janv. 2009.

liberté d'entreprendre. Elle est également source d'insécurité juridique en raison de la marge d'interprétation laissée au juge.

§ 2. – Les comportements judiciairement tolérés

457. – Certains éléments classiques permettent à l'employeur de justifier les différences de traitement (A). La consécration récente de la notion « d'exigence professionnelle essentielle » ouvre de nouvelles perspectives (B).

A. – Les éléments classiques

458. – **Éléments non pertinents.** L'aménagement de la preuve des discriminations impose à l'employeur de se justifier sur les distinctions constatées. Selon le professeur Bossu, le chef d'entreprise ne peut garder le silence puisque « le refus de toute justification trouve sa source dans le caractère inavouable du motif⁽⁴⁶⁹⁾ ». La Cour de cassation a cependant estimé que, lorsque la rupture du contrat de travail intervient sans énonciation d'un motif, il n'est pas possible de retenir une discrimination puisque aucune motivation n'est exprimée⁽⁴⁷⁰⁾. Cette solution ne peut être approuvée : le juge dispose du pouvoir de restituer aux faits leur exacte qualification. Même sans énonciation d'un motif, il doit rechercher les véritables causes de la rupture et retenir, si les conditions sont réunies, l'existence d'une discrimination. Le dispositif prohibant les distinctions illicites ne saurait être mis en échec uniquement par le silence de l'employeur.

459. – L'invocation de griefs à l'encontre du salarié ne saurait justifier la distinction illégitime dont il est victime. La simple prise en compte d'un critère illicite au moment de la décision litigieuse suffit à la rendre illégale, même si d'autres motifs la légitiment. La jurisprudence applique la théorie de l'équivalence des conditions lorsqu'une décision est motivée à la fois par des critères prohibés et d'autres éléments pertinents⁽⁴⁷¹⁾. L'illicéité du motif discriminatoire irradie l'ensemble de la décision⁽⁴⁷²⁾.

460. – **Éléments à la pertinence relative.** Soumis à la question, l'employeur peut être tenté d'invoquer la mise en œuvre d'une politique de diversité pour justifier de sa bonne foi. Le chef d'entreprise ne cherche alors pas à justifier un traitement spécifique réservé à un salarié mais à décrédibiliser les accusations portées à son encontre ; il vise à convaincre le juge qu'aucune politique discriminatoire n'est mise en œuvre au niveau de l'entreprise. Les juges du fond n'adhèrent pas à l'argument

(469) B. Bossu, *Droits de l'homme et pouvoirs du chef d'entreprise : vers un nouvel équilibre* : Dr. soc. 1994, p. 745 et s., spéc. 754.

(470) Cass. soc., 19 mars 2008, n° 06-46145 : RJS 2008, n° 652. Le commentateur de cet arrêt estime que « dès lors que la rupture du contrat de travail est intervenue sans énonciation par l'employeur d'un motif, le licenciement est réputé ne pas avoir de cause. On ne peut lui reprocher d'avoir congédié la salariée pour un motif discriminatoire ».

(471) En ce sens, V. Cass. crim., 6 janv. 2004, n° 02-88.240 : Bull. crim. 2004, n° 4 et Cass. soc., 27 mai 2008, n° 07-40.145 : « Un employeur ne peut, fût-ce pour partie, prendre en compte les absences d'un salarié liées à ses activités syndicales pour arrêter ses décisions ».

(472) CEDH, 22 janv. 2008, req. n° 43546/02, *E.B. c/ France* : « Le caractère illégitime de l'un des motifs a pour effet de contaminer l'ensemble de la décision ».

et estiment qu'une politique de diversité ne saurait justifier ou excuser des discriminations établies⁽⁴⁷³⁾. Cette solution ne peut qu'être approuvée : la promotion accordée dans son ensemble au groupe spécialement protégé ne justifie pas les atteintes portées individuellement à l'encontre de certains de ses membres. Au-delà de l'intérêt porté à une communauté, la prohibition des discriminations vise à garantir au salarié le respect de sa dignité : cette protection est nécessairement individuelle et ne peut être compensée par des avantages octroyés au groupe. À l'inverse, lorsque pèsent sur une entreprise des soupçons de politique de management intrinsèquement discriminatoire, la preuve de sa bonne foi peut être rapportée par la mise en œuvre d'une politique d'ouverture. Ainsi, les juges européens estiment que les accusations de refus d'embauche discriminatoire peuvent être écartées si l'employeur démontre recruter des salariés de différentes origines⁽⁴⁷⁴⁾. L'entreprise ne justifie pas un traitement discriminatoire appliqué à l'un en raison d'avantages accordés à d'autres : elle rend l'accusation globale portée à son encontre moins crédible.

461. – Les justifications exigées incitent l'employeur à mettre en place des systèmes d'évaluation des salariés objectifs et, depuis la réforme du 27 mai 2008, pertinents⁽⁴⁷⁵⁾. À défaut de remplir ces conditions de transparence et d'objectivité, l'évaluation, simple manifestation du pouvoir de direction de l'employeur⁽⁴⁷⁶⁾, ne saurait suffire à apporter la preuve de l'absence de discrimination. L'évaluation par laquelle l'employeur justifie la différence de traitement constatée doit reposer « sur des critères objectifs permettant de vérifier la meilleure qualité du travail⁽⁴⁷⁷⁾ ».

B. – Un élément nouveau

L'émergence de la notion d'exigence professionnelle (1°) ne va pas sans créer certains risques (2°).

1° L'émergence de la notion

462. – **Notion d'exigence professionnelle essentielle.** Plus qu'une nouvelle possibilité offerte à l'employeur de justifier les différences de traitement, la notion d'« exigence professionnelle essentielle » précise les qualités que doit présenter le motif de distinction qu'il met en œuvre. Elles s'inspirent du *bona fide occupational*

(473) En ce sens, V. CA Paris, 6 juill. 2007 : *JurisData* n° 2007-339914.

(474) CJUE, 10 juill. 2008, aff. C-54/07, *Feryn* : « Des déclarations publiques par lesquelles un employeur fait savoir que, dans le cadre de sa politique de recrutement, il n'embauchera pas de salariés ayant une certaine origine ethnique ou raciale suffisent à présumer, au sens de l'article 8, paragraphe 1, de la directive 2000/43, l'existence d'une politique d'embauche directement discriminatoire. Il incombe alors à cet employeur de prouver qu'il n'y a pas eu de violation du principe de l'égalité de traitement. Il peut le faire en démontrant que la pratique réelle d'embauche de l'entreprise ne correspond pas à ces déclarations ». Dans l'hypothèse d'un refus d'embauche discriminatoire, qui suppose l'existence d'une victime identifiée, la preuve d'une politique de recrutement diversifiée ne peut suffire à établir l'absence d'infraction. Ce n'est pas parce que plusieurs salariés de différentes couleurs de peau ont été recrutés que celui qui a été écarté ne l'a pas été en raison de ce motif illicite. Cette politique permet seulement de rendre l'accusation du candidat moins crédible ; la démonstration devra être renforcée par des critères objectifs, tels que les compétences insuffisantes du postulant.

(475) Sur les systèmes d'évaluation, V. *infra*, n°s 652 et s.

(476) Cass. soc., 10 juill. 2002, n° 00-42.368 : « L'employeur tient de son pouvoir de direction né du contrat de travail le droit d'évaluer le travail de ses salariés ».

(477) Cass. soc., 10 déc. 2008, n° 07-40.911 : *RJS* 2009, n° 173.

qualification du droit américain⁽⁴⁷⁸⁾ et des exigences du droit européen. Consacrées récemment dans l'ordre interne, les exigences professionnelles essentielles n'ont pas encore donné lieu à un important contentieux. Des auteurs estiment qu'elles pourraient fonder des différences de traitement « soit en raison de la nature de l'activité professionnelle exercée ou des conditions de son exercice⁽⁴⁷⁹⁾ ». Le motif de distinction invoqué par l'employeur doit comporter un lien direct avec l'emploi proposé et intéresser une tâche essentielle de la mission confiée⁽⁴⁸⁰⁾. L'exigence doit reposer sur les conditions réelles d'exercice de la profession ; elle est donc susceptible d'être remise en cause par les évolutions des conditions de travail. Adaptée à chaque situation, elle ne peut concerner que des postes précis.

463. – Le motif de distinction invoqué ne peut reposer sur les préjugés des collègues de travail⁽⁴⁸¹⁾, ni sur ceux des clients de l'entreprise⁽⁴⁸²⁾, sauf à pouvoir invoquer des raisons relatives à la pudeur⁽⁴⁸³⁾. Le droit anglais admet ainsi que le sexe peut être une exigence professionnelle essentielle « lorsque la nature de l'emploi nécessite de préserver l'intimité et la pudeur » d'autrui⁽⁴⁸⁴⁾. La HALDE adoptait une position plus restreinte. Elle estimait qu'un emploi de vendeur à domicile de lingerie ne pouvait être réservé aux femmes. Pourtant, le respect de la pudeur des clientes aurait pu conduire à retenir l'appartenance au sexe féminin comme une exigence professionnelle essentielle de cette profession⁽⁴⁸⁵⁾. La notion de pudeur d'autrui peut-elle être

(478) En ce sens, V. *Employment discrimination law in the United State Code* title 29, chapter 14, section 623 : « It shall not be unlawful for an employer, employment agency, or labor organization (1) to take any action otherwise prohibited under subsections (a), (b), (c), or (e) of this section where age is a bona fide occupational qualification reasonably necessary to the normal operation of the particular business, or where the differentiation is based on reasonable factors other than age, or where such practices involve an employee in a workplace in a foreign country, and compliance with such subsections would cause such employer, or a corporation controlled by such employer, to violate the laws of the country in which such workplace is located ».

(479) K. Berthou, *Différences de traitement : esquisse des « exigences professionnelles essentielles » après la loi du 27 mai 2008* : Dr. soc. 2009, p. 410 et s., spéc. p. 411.

(480) Il est nécessaire que les « exigences professionnelles essentielles » invoquées par l'employeur concernent une partie substantielle de l'emploi proposé. Est ainsi justifiée l'exclusion des femmes des forces spéciales en raison de la fréquence des interventions armées de ce type d'unité ; une telle exclusion générale aurait été discriminatoire dans une unité où les interventions violentes ne constituaient pas l'essentiel de la profession. En ce sens, V. CJCE, 26 oct. 1999, aff. C-273/97, *SIRDAR* : Rec. CJCE 1999, I, p. 7403. Si, pour un emploi donné, le chef d'entreprise se prévaut d'un critère de force physique, il faut que la majorité des tâches demandées nécessitent cette condition. En ce sens, V. CJCE, 11 janv. 2000, aff. C-285/98, *Kreil*. La Cour estime que l'interdiction générale et absolue de recruter des femmes dans l'armée de terre allemande est disproportionnée. Une telle interdiction ne peut concerner que certains métiers spécifiques.

(481) CEDH, 28 sept. 1999, req. n° 33985/96, *Smith et Grady c/ R.U.* Le gouvernement britannique invoquait les réactions négatives des militaires hétérosexuels pour justifier des traitements défavorables subis par les militaires homosexuels. La Cour rejette cet argument en estimant que « dans la mesure où ces attitudes négatives correspondent aux préjugés d'une majorité hétérosexuelle envers une minorité homosexuelle, la Cour ne saurait les considérer comme étant en soi une justification suffisante aux ingérences dans l'exercice des droits susmentionnés des requérants, pas plus qu'elle ne le ferait pour des attitudes négatives analogues envers les personnes de race, origine ou couleur différentes ».

(482) CJUE, 10 juill. 2008, aff. C-54/07, *Feryn* : « L'affirmation selon laquelle des clients ne sont pas favorablement disposés à l'égard d'employés d'origine ethnique déterminée est totalement dénuée de pertinence ». L'intérêt de l'entreprise ne saurait justifier la propagation des préjugés.

(483) En ce sens, V. CJCE, 8 nov. 1983, aff. 165/82, *Commission c/ Royaume-Uni*. La Cour juge ici légitime l'exclusion des hommes à la profession de sage-femme en raison des « susceptibilités personnelles » des femmes venant d'accoucher. Cette position peut néanmoins surprendre. Dans le cadre de l'exercice de sa profession, le médecin est avant tout un professionnel avant d'être un individu sexué. La pudeur d'un patient ne devrait pouvoir venir perturber cette équation.

(484) K. Said, *La loi du 27 mai 2008, portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations : vers une admission d'une justification des discriminations ?* : RDT 2008, p. 389 et s., spéc. p. 390.

(485) Délib. HALDE n° 2009-21, 26 janv. 2009. Un directeur d'une agence locale de Pôle emploi sollicite la Haute autorité pour recueillir son avis sur une offre d'emploi de vendeuse à domicile de lingerie féminine et de jouets érotiques que l'entreprise souhaite réserver uniquement à des femmes. La Haute autorité ne précise pas pourquoi le sexe ne constitue pas une exigence professionnelle essentielle pour cet emploi de vendeur. L'emploi proposé exige une promiscuité

invoquée pour justifier des distinctions reposant sur d'autres motifs que le sexe⁽⁴⁸⁶⁾ ? Si elle est étendue aux différences fondées sur les convictions du salarié, l'employeur ferait alors prévaloir les préjugés des clients sur les capacités professionnelles de ses salariés ; cette solution est condamnée par la jurisprudence⁽⁴⁸⁷⁾.

464. – Dans des hypothèses restreintes, la pratique d'un culte peut être élevée au rang d'exigence professionnelle essentielle. Lorsqu'une entreprise est en relation d'affaire étroite avec un État qui ne tolère sur son sol que des individus d'une certaine religion, il nous semble légitime de restreindre l'accès aux postes en contact direct et exclusif avec ce pays et y nécessitant de fréquents déplacements aux salariés pratiquant cette foi. Il conviendra de s'assurer que seuls ces postes particuliers sont réservés aux candidats pratiquant la religion en question. Il ne s'agit dès lors pas de se plier aux exigences particulières d'un client mais de respecter la loi en vigueur dans un autre État.

465. – **Domaine des exceptions.** Le sexe⁽⁴⁸⁸⁾, l'âge⁽⁴⁸⁹⁾ et l'état de santé⁽⁴⁹⁰⁾ peuvent fonder, dans les conditions consacrées par la loi, des distinctions légitimes. À côté de ces exceptions spécifiques, la loi du 27 mai 2008 a introduit, sous la pression des dispositions européennes⁽⁴⁹¹⁾, « une dérogation de portée générale au principe d'interdiction de toute discrimination⁽⁴⁹²⁾ ». L'article L. 1133-1 du Code du travail « marque un tournant, même si nul ne sait encore s'il aura des effets significatifs⁽⁴⁹³⁾ », la réforme de 2008 ne visant d'ailleurs pas l'ensemble des motifs discri-

avec l'intimité de clients exclusivement féminins qui aurait pu faire du sexe une condition déterminante de l'emploi. Le fait que les ventes aient lieu aux domiciles des clientes semble renforcer cette exigence. La situation des vendeurs de lingerie doit, à notre sens, être largement distinguée de celle des médecins. Contrairement au premier, les seconds relèvent d'une profession réglementée, encadrée par de nombreuses obligations déontologiques. Il nous semble légitime d'espérer que le sexe des patients n'interfère en rien dans la qualité des soins délivrés.

(486) Selon le *Nouveau Petit Robert*, la pudeur peut désigner « la gêne qu'éprouve une personne délicate devant ce que sa dignité semble lui interdire ». La notion est alors dénuée de connotation sexuelle et pourrait s'appliquer à la plupart des motifs discriminatoires.

(487) CJUE, 10 juill. 2008, aff. C-54/07, *Feryn*.

(488) C. trav., art. L. 1142-2 : « 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 [l'interdiction des discriminations à raison du sexe n'est pas applicable] ».

(489) C. trav., art. 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 ».

(490) C. trav., art. 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 ».

(491) En ce sens, V. Dir. n° 2000/43/CE du Conseil, 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique en son article 4 qui précise que « les États membres peuvent prévoir qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée à la race ou à l'origine ethnique ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée ». – V. également Dir. n° 2000/78/CE, 27 nov. 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en son article 4.1 qui prévoit que « les États membres peuvent prévoir qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée à l'un des motifs visés à l'article 1^{er} ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée ».

(492) Rapp. C. cass. 2008, *Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La Documentation française, 3^e partie, p. 83 et s., spéc. p. 110.

(493) K. Berthou, *Différence de traitement : esquisse des exigences professionnelles essentielles après la loi du 27 mai 2008* : *Dr. soc.* 2009, p. 410 et s.

minatoires⁽⁴⁹⁴⁾. L'interdiction des distinctions illicites n'est plus absolue ; certaines peuvent être justifiées en fonction des caractéristiques de l'emploi et des circonstances dans lesquelles il est exercé⁽⁴⁹⁵⁾. D'aucuns craignent d'ailleurs que la nouvelle disposition n'affaiblisse le système de lutte contre les discriminations⁽⁴⁹⁶⁾. En effet, le renforcement du principe de l'interdiction des distinctions illicites « passe nécessairement par une interprétation restrictive des règles organisant les exceptions au dit principe⁽⁴⁹⁷⁾ ».

466. – L'introduction de cette exception générale n'aurait-elle pas dû entraîner la suppression des dispositions spécifiques pour les motifs de l'âge, du sexe ou de l'état de santé ? Ces différents textes semblent prévoir des conditions identiques. La notion d'exigence professionnelle essentielle, fondement de l'exception générale, est explicitement mentionnée pour le critère du sexe ; elle se retrouve en germe pour le motif de l'âge. L'article L. 1133-1 exige que la différence de traitement réponde « à une exigence professionnelle essentielle et déterminante pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée ». Pour pouvoir être motivées par l'âge du salarié, « les distinctions doivent être objectivement et raisonnablement justifiées par un but légitime ». Les exceptions à l'interdiction des distinctions en raison de l'état de santé ne font pas l'objet de ce raisonnement en deux temps. Le législateur précise uniquement qu'elles ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles reposent sur des mesures « objectives, nécessaires et appropriées ». Le juriste reste circonspect face à cet enchevêtrement d'adjectifs d'où une quelconque logique peine à se dégager. Certains y voient la volonté du législateur de restreindre la possibilité de fonder directement des distinctions sur des motifs illicites⁽⁴⁹⁸⁾. D'autres pourraient reprocher un défaut d'harmonisation.

2° Les risques de la notion

467. – **Portée des dérogations.** En précisant que l'interdiction des discriminations « ne fait pas obstacle aux différences de traitement, lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante », l'article L. 1133-1 du Code du travail semble admettre qu'un critère discriminatoire fonde directement une distinction. La crainte d'une dérive est exacerbée puisque cette disposition générale figure dans un chapitre intitulé « Différences de traitement autorisées » ; elle y précède les articles précisant les conditions dans lesquelles une distinction peut être fondée sur l'âge, l'état de santé ou le handicap.

(494) L'article 2, non codifié de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, ne vise, au titre des exigences professionnelles essentielles, que les critères d'ethnie, de race, de religion, de convictions, d'handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle. La rédaction de ce texte manque, à notre sens, de rigueur. Il vise le terme générique de « conviction » alors que ne sont protégées, au titre des discriminations, que les convictions religieuses, syndicales et politiques.

(495) En ce sens, V. M.-A. Moreau, *Les justifications des discriminations* : *Dr. soc.* 2002, p. 1112 et s., spéc. p. 1113 : « Les discriminations sont appréhendées non pas de façon absolue, comme ce qui a prévalu depuis le traité de Rome pour l'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité, mais de façon relative : les différences de traitement sont appréhendées juridiquement d'une façon qui est construite autour d'une acception différenciée de ces dernières et des causes qui justifient ces discriminations ».

(496) K. Said, *La loi du 27 mai 2008, portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations : vers une admission d'une justification des discriminations ?* : *RDT* 2008, p. 389 et s., spéc. p. 393.

(497) En ce sens, V. P.-Y. Verkindt, *Conditions du licenciement d'un salarié malade* : *JCP S* 2011, 1285.

(498) En ce sens, V. F. Héas, *Discrimination et admission de différences de traitement entre salariés* : *JCP S* 2007, 1179.

468. – La rédaction imprécise de ces dispositions participe à ces doutes : en effet, la prohibition des discriminations n'a jamais « fait obstacle » aux différences de traitement. Elle les autorise implicitement en figeant les critères qui ne peuvent servir à les fonder. La disposition liminaire étudiée pourrait autoriser les distinctions fondées sur un critère discriminatoire dès lors que pour un emploi donné un motif illicite serait élevé au rang « d'exigence professionnelle essentielle ».

469. – Cette logique s'oppose frontalement à l'objectif assigné à la lutte contre les discriminations ; les risques en découlant sont si importants que nous ne pouvons imaginer que cette voie soit suivie. Cette nouvelle définition pourrait permettre à l'employeur de poser légitimement à un candidat des questions qui sont actuellement prohibées. L'exception créée au principe de non-discrimination ne doit pas être l'occasion de laisser « certaines opinions rétrogrades⁽⁴⁹⁹⁾ » regagner le terrain que la prohibition des discriminations leur avait fait perdre. Une interprétation téléologique du texte éviterait la réalisation de cette crainte. Seules des conséquences objectives de certains motifs discriminatoires peuvent être élevées au rang d'exigence professionnelle essentielle. Dès lors, la distinction opérée ne se fonde pas sur le critère discriminatoire mais sur une « exigence professionnelle essentielle » qui y est, directement ou indirectement, associée. La nuance mérite d'être affirmée puisque ces qualités ne sont pas l'apanage des salariés relevant des groupes spécialement protégés. Est garanti, à compétence égale, un traitement identique des différentes candidatures, peu important la présence d'un critère discriminatoire. L'interprétation proposée préserve l'indisponibilité absolue des motifs de distinction illicites.

470. – Certains emplois exigent une présence continue, la maîtrise d'une langue, la connaissance d'une culture étrangère ou bien une résistance physique particulière. Si les conditions de légitimité et de proportionnalité sont remplies, ces aptitudes peuvent justifier l'exclusion de certaines des procédures de recrutement ou de promotion interne. L'employeur se doit de rechercher un candidat qui présente objectivement ces qualités et non exiger du postulant la pratique d'une religion déterminée, une origine spécifique, l'absence de mandats syndicaux ou le célibat qui font présumer les particularités recherchées. L'objectivité du critère de décision est préservée ; la prohibition des discriminations également. L'interprétation proposée permet également de trouver un équilibre entre l'intérêt de l'entreprise, qui émet ses besoins sous la forme d'une « exigence professionnelle essentielle », et la dignité du salarié qui peut postuler, quelles que soient ses caractéristiques personnelles, dès lors qu'il estime remplir les qualités recherchées par l'employeur. Ainsi, le motif de la race, qui ne repose sur aucune réalité scientifique et n'entraîne aucune conséquence objective⁽⁵⁰⁰⁾, ne pourrait fonder aucune distinction.

471. – À l'inverse, si l'employeur, et *in fine* le juge, accepte de se fonder uniquement sur les présomptions simples de qualités attachées aux critères discrimi-

(499) M. Mine, *Discriminations : une transposition laborieuse...* : RDT 2008, p. 532 et s., spéc. p. 533.

(500) Aux États-Unis, il est impossible d'invoquer une *Bona fide occupational qualification* (critère incontournable de qualification, lié au poste) pour un motif racial. En ce sens, V. K. Berthou, *Différences de traitement : esquisse des « exigences professionnelles essentielles » après la loi du 27 mai 2008* : Dr. soc. 2009, p. 410 et s., spéc. p. 412.

natoires, même pour satisfaire un intérêt légitime de l'entreprise, l'ensemble des progrès d'intégration et de recul des préjugés obtenus grâce à la prohibition des discriminations s'effondrerait⁽⁵⁰¹⁾.

472. – Dérive de l'exigence de justification. Réclamé par certains⁽⁵⁰²⁾, le glissement sémantique introduit par la réforme du 27 mai 2008 traduit un changement d'esprit de la lutte contre les discriminations. Le juge ne doit plus seulement vérifier que la décision patronale ne repose pas sur un motif illicite ; il doit s'assurer qu'elle se fonde sur un critère pertinent. L'effort de justification exigé de l'employeur s'intensifie proportionnellement aux attentes d'égalité. Il ne s'agit plus de traquer l'illécite mais de promouvoir le légitime. Si le motif invoqué par l'employeur ne satisfait pas à cette obligation de pertinence, une discrimination sera reconnue alors qu'aucun caractère de l'« homme essentiel » n'aura été remis en cause⁽⁵⁰³⁾. La prohibition des discriminations se confond alors avec le principe d'égalité de traitement. Si le juge doit effectuer un contrôle minimum de la pertinence du motif invoqué pour s'assurer de l'absence de discrimination semi-directe⁽⁵⁰⁴⁾, il ne saurait porter atteinte à la sphère de pouvoir de l'employeur qui doit être préservée.

473. – Justification des discriminations et rupture de l'égalité de traitement. Le principe d'égalité de traitement et celui de non-discrimination partagent, le plus souvent, une manifestation commune⁽⁵⁰⁵⁾, un mode de preuve identique⁽⁵⁰⁶⁾ et, depuis la réforme du 27 mai 2008, les mêmes éléments de justification. Dès lors, la position du professeur Auzero est dépassée puisqu'il estimait que le principe de non-discrimination était moins strict que l'exigence d'égalité de traitement, le premier admettant, selon lui, des distinctions dès lors qu'elles ne reposaient pas sur un motif illégitime alors que la seconde exigerait des distinctions justifiées par des critères objectifs⁽⁵⁰⁷⁾. Le professeur Martinon considère quant à lui que la preuve de la non-discrimination est plus exigeante que celle relative à l'égalité de traitement⁽⁵⁰⁸⁾. À notre sens, par la loi du 27 mai 2008, le législateur semble avoir opté pour une voie médiane en soumettant ces deux principes aux mêmes exigences probatoires.

(501) Délib. HALDE n° 2009-21, 26 janv. 2009. L'introduction de la dérogation générale « risque de faire ressurgir des comportements fondés sur des conceptions stéréotypées du poste de travail. La prohibition des discriminations a précisément pour objet de lutter contre les stéréotypes ».

(502) M.-A. Moreau, *Les justifications des discriminations : Dr. soc.* 2002, p. 1112 et s., spéc. p. 1117 : « Les juges français, jusqu'à présent, ne reprennent pas systématiquement l'analyse des qualités des justifications que présente l'employeur, pour se focaliser sur le fait que les justifications invoquées par l'employeur sont bien étrangères à toute discrimination ».

(503) Dans le cadre d'une action pour rupture de l'égalité de traitement, l'employeur devra, à notre sens, également rapporter la preuve que la distinction effectuée repose sur une « exigence professionnelle essentielle ».

(504) Sur la notion de discrimination semi-directe, V. *supra*, n°s 207 et s. Le contrôle de pertinence du motif invoqué par l'employeur vise à s'assurer qu'il repose sur des réels besoins de l'entreprise et qu'il ne dissimule pas, sous l'apparence de l'objectivité, une volonté d'exclusion d'un groupe prédéterminé.

(505) Une rupture d'égalité.

(506) Une répartition équilibrée entre l'employeur et le salarié.

(507) G. Auzero, *L'application du principe d'égalité de traitement dans l'entreprise : Dr. soc.* 2006, p. 822 et s.

(508) A. Martinon, *Lorsque la justification d'une discrimination révèle une autre discrimination : JCP S* 2010, 1196. Dans l'hypothèse d'un ralentissement de carrière en raison de l'exercice d'une activité syndicale, le professeur Martinon estime que la règle d'égalité de traitement exige de constater « un retard de promotion dans une proportion semblable syndiqués et non-syndiqués ». La preuve du défaut de discrimination serait plus exigeante, « la méthode de la comparaison ne suffit pas ; il faut prouver que le ralentissement trouve sa cause dans un fait objectif étranger à toute discrimination ».

474. – La distinction théorique entre les deux notions est réelle⁽⁵⁰⁹⁾ mais les réformes successives tendent à l'effacer. Dans le cadre d'un contentieux relatif à une discrimination, le juge n'a plus seulement à s'assurer que la distinction opérée ne repose pas sur un motif illicite ; il doit également vérifier que le motif invoqué par l'employeur justifie pertinemment une différence de traitement.

475. – Par ailleurs, la notion « d'exigence professionnelle essentielle » est certes présente dans le titre III du Code du travail consacré aux discriminations, mais dans un chapitre III traitant des « différences de traitement autorisées ». Les qualités exigées de la justification apportée dans le cadre d'un contentieux relatif à la discrimination doivent se retrouver dans les motifs invoqués par ce même employeur au cours d'une instance relative à l'application du principe d'égalité : il s'agit dans ces deux hypothèses de justifier d'une différence de traitement et non plus de s'assurer que la distinction ne repose pas sur un motif illégitime.

476. – Les conséquences de la confusion entre les deux notions sont importantes ; l'employeur succombant face à la preuve d'une exigence professionnelle essentielle sera condamné pour discrimination alors même qu'une simple rupture injustifiée du principe d'égalité lui serait imputable⁽⁵¹⁰⁾. Pourtant, la distinction illicite n'est constituée que si la motivation invoquée par l'employeur, n'étant pas fondée sur une exigence professionnelle essentielle, n'a été appliquée qu'au salarié présentant la caractéristique spécialement protégée. La prohibition des distinctions illicites exige du juge qu'il s'intéresse à l'application uniforme d'un critère de distinction, plus qu'au caractère pertinent de celui-ci. Seule cette comparaison permet de révéler, dans la majorité des cas⁽⁵¹¹⁾, une distinction interdite.

477. – **Justification des discriminations et pouvoir de direction de l'employeur.** L'exercice du pouvoir de direction est présumé illicite puisque sans justification il entraîne une condamnation. La lutte contre les discriminations participe, à notre sens, à cet ensemble global. En contrôlant la pertinence de la distinction effectuée, le juge s'assure que le motif de distinction invoqué par l'employeur est celui qui a réellement fondé la différence de traitement dénoncée. Compréhensible, cette préoccupation incite le juge à s'immiscer dans la gestion de l'entreprise. Les choix de l'employeur, qui supporte le risque d'entreprise et doit, à ce titre, bénéficier d'une autonomie certaine, sont remis en cause *a posteriori*, pour des raisons de légitimité. L'insécurité, inhérente au contentieux de la rupture d'égalité⁽⁵¹²⁾, se trouve exacerbée par ce contrôle judiciaire approfondi. Pour reprendre un raisonnement propre au droit européen, si l'objectif poursuivi par le juge est légitime, les moyens qu'il emploie ne semblent pas proportionnés au but recherché. L'absence de discri-

(509) V. *supra*, nos 57 et s.

(510) Dès lors que le salarié qui intente l'action est membre d'un groupe spécialement protégé et met en avant cette qualité.

(511) Lorsque tous les salariés placés dans une situation identique sont victimes d'une discrimination, la méthode comparative ne permet pas de la révéler. En pratique, cette hypothèse est extrêmement rare.

(512) En ce sens, V. F. Héas, *Discrimination et admission de différences de traitement entre salariés* : JCP S 2007, 1179 : « L'admission d'éléments objectifs pour justifier une différence de traitement résulte toujours d'une analyse des faits et relève en conséquence de la compétence des juges du fond, ce qui ajoute à la difficulté de favoriser globalement la lutte contre les discriminations ».

mination pourrait être révélée par un simple contrôle de la réalité du motif excipé par l'employeur, et non par un examen approfondi de sa légitimité. À défaut, la liberté dont doit bénéficier l'employeur pour la gestion de son personnel serait injustement entravée. Tel est pourtant le choix opéré par la Cour de cassation : elle estime que les juges devront « exercer un contrôle lourd, non seulement d'objectivité et de pertinence de la mesure, mais également de proportionnalité⁽⁵¹³⁾ ». Le temps où ces deniers ne pouvaient se substituer à l'employeur pour évaluer la compétence et les aptitudes du salarié semble révolu⁽⁵¹⁴⁾.

478. – S'il nous apparaît légitime de contrôler les distinctions opérées par l'employeur pour s'assurer qu'elles ne reposent pas sur un motif illicite, le pouvoir de direction doit être préservé. La gestion d'une entreprise impose de faire des choix et d'établir des équilibres entre les contraintes budgétaires, les exigences des clients et les impératifs de production. Le juge doit assurément vérifier que ces arbitrages ne portent pas atteinte à la dignité des salariés ; il ne saurait, à notre sens, faire prévaloir ses propres conceptions du nécessaire puisque tout choix, qu'il relève d'un chef d'entreprise ou d'un magistrat, demeure discutable. La traque des distinctions illicites ne doit pas se muer en dictature judiciaire de la raison.

(513) Rapp. C. cass. 2008, *Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La Documentation française, 3^e partie, p. 83 et s., spéc. p. 110.

(514) En ce sens, V. Cass. soc., 19 nov. 1987, n° 85-40.713 : *Dr. ouvrier* 1989, p. 27 : « Dès lors les tribunaux ne pouvaient se substituer [à l'employeur, seul compétent pour décider de l'affectation du personnel] pour apprécier la compétence et l'aptitude d'un agent destiné à en remplacer un autre ».

LA RÉVÉLATION DU RISQUE

479. – La prépondérance du pouvoir de direction a longtemps permis à l'employeur de tenir secrets les motifs de ses décisions ; la prohibition des distinctions illicites et l'émergence du principe d'égalité de traitement l'incitent désormais à la transparence. Si le salarié apporte des éléments laissant supposer l'existence d'une distinction illicite, le chef d'entreprise sera contraint de révéler et de justifier les critères de distinction mis en œuvre. Au premier, revient donc la charge d'instaurer le doute ; même limité, cet effort de démonstration rend parfois nécessaire le concours de tiers compétents. En les impliquant dans sa démarche, le salarié bénéficie indirectement de leur accès privilégié à l'information ainsi que de leurs moyens d'action spécifiques ; la publicité octroyée à sa démarche limite également les risques de représailles. Le litige individuel porté par un tiers compétent acquiert une dimension conflictuelle supérieure : pèsent sur l'employeur des risques de poursuites pénales⁽¹⁾ et des conséquences médiatiques non négligeables. Cependant, s'il est toléré qu'il abuse de ce soutien, l'aide apportée peut lui permettre d'obtenir satisfaction sans s'investir personnellement dans la démonstration de la discrimination dont il s'estime victime.

480. – Étape intermédiaire à la révélation judiciaire des discriminations, et de l'aléa qui l'entoure, l'employeur ne saurait négliger les réponses apportées à ce stade précontentieux : de la coopération dont il fait preuve dépend, parfois, la volonté du salarié d'agir en justice.

481. – Avec des spécificités qui leur sont propres, certains organes internes (Chapitre 1) ou des institutions externes à l'entreprise (Chapitre 2) disposent des compétences particulières nécessaires pour assister le salarié dans sa recherche d'éléments lui permettant de saisir le juge.

(1) Nous pensons aux poursuites pour délit d'entrave ou d'obstacle à contrôle.

C H A P I T R E 1

LA RÉVÉLATION INTERNE

482. – Potentielles victimes de discriminations, les représentants du personnel et les syndicats peuvent également être à l'origine de leur révélation. Pour dépasser l'opacité des systèmes de décision et révéler le caractère illicite des distinctions effectuées, les premiers disposent des moyens octroyés par la loi (Section 1) ; les seconds s'appuient également sur les méthodes empiriques développées par leur organisation (Section 2).

S E C T I O N 1

LA RÉVÉLATION PAR LES REPRÉSENTANTS DU PERSONNEL

483. – Instance de représentation de proximité, les délégués du personnel sont quotidiennement confrontés aux réclamations des salariés⁽¹⁾. Leur connaissance supposée de la politique de gestion des ressources humaines pratiquée dans l'entreprise leur donne vocation à être consultés en priorité par les salariés qui se posent en victimes de distinctions illicites. En consacrant explicitement leur rôle en ce domaine, le législateur fait des délégués du personnel des « révélateurs » de discriminations (§ 1). Instance d'information et de consultation du personnel notamment sur la marche générale de l'entreprise⁽²⁾, les membres du comité d'entreprise sont destinataires de nombreux renseignements. S'ils sont à eux seuls insuffisants pour établir des différences de traitement individuel, ils demeurent des sources de comparaison utiles qui alertent le salarié sur sa situation⁽³⁾. Le comité d'entreprise peut également participer à la révélation des distinctions illicites (§ 2).

(1) B. Teysié, *Droit du travail, Relations collectives*, Litec, 7^e éd. 2010, n° 286.

(2) C. trav., art. L. 2323-6.

(3) En ce sens, V. A. Olivier, *Loi sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes : la notion « d'indicateurs pertinents »* : Lexbase n° N0752AA4 : « Outre le fait que ces indicateurs pertinents devraient, selon le législateur, permettre aux négociateurs d'envisager des mesures remédiant aux inégalités professionnelles constatées, il est possible de présager que ces éléments pourront aussi être invoqués, individuellement, par les salariés, dans le cadre d'actions tendant à condamner une discrimination fondée sur le sexe ».

§ 1. – La révélation par les délégués du personnel

484. – **Consécration du rôle des délégués du personnel.** Proches des salariés et présents dans de nombreuses entreprises, les délégués du personnel ont un rôle majeur dans la lutte contre les discriminations. La loi du 16 novembre 2001 a renforcé⁽⁴⁾ cette mission en leur octroyant la faculté de déclencher des enquêtes lorsqu'ils suspectent des discriminations⁽⁵⁾ ; l'accord national interprofessionnel du 12 octobre 2006 les associe au « comité élargi de la diversité⁽⁶⁾ », consacrant leur implication dans l'intégration des différences dans l'entreprise. Pour remplir cette mission spécifique, les délégués du personnel mobilisent leurs moyens (A) et usent de leur rôle d'intercession auprès d'autres acteurs de la lutte contre les discriminations (B).

A. – Les compétences propres des délégués du personnel

485. – Dans la traque des discriminations, les délégués du personnel disposent d'un droit d'enquête spécifique (2°) ; ils peuvent également mobiliser leurs attributions générales (1°).

1° Les attributions générales

486. – **Liberté de circulation dans l'entreprise.** Vecteur des réclamations individuelles des membres de la collectivité de travail⁽⁷⁾, la mission des délégués du personnel impose qu'ils soient au contact direct des salariés qu'ils représentent⁽⁸⁾ : leur information sur les difficultés rencontrées en dépend. En leur reconnaissant une liberté de circulation dans l'entreprise⁽⁹⁾, le législateur les incite aux échanges informels avec le personnel. Ceux-ci sont le préalable à l'instauration d'un climat de confiance, nécessaire aux salariés pour s'épancher sur le sentiment d'exclusion qu'ils peuvent nourrir.

487. – La sensibilisation des représentants du personnel à la lutte contre les discriminations est alors essentielle⁽¹⁰⁾ : informés des politiques menées par l'entre-

(4) F. Taquet, *Les nouveaux moyens de lutte contre la discrimination* : *Gaz. Pal.* 2 mars 2002, n° 61, p. 2 et s.

(5) L'article 2, II, de la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relatif à la lutte contre les discriminations complète l'ancien article L. 422-1-1 du Code du travail (recodifié à l'article L. 2313-2) en précisant que l'atteinte au droit des personnes constatée par le délégué du personnel résulte notamment « de toute mesure discriminatoire en matière d'embauche, de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de classification, de qualification, de promotion professionnelle, de mutation, de renouvellement de contrat, de sanction ou de licenciement ».

(6) Sur cet accord, V. *supra*, nos 117 et s.

(7) C. trav., art. L. 2313-1 : « Les délégués du personnel ont pour mission : 1° De présenter aux employeurs toutes les réclamations individuelles ou collectives relatives aux salaires, à l'application du Code du travail et des autres dispositions légales concernant la protection sociale, la santé et la sécurité, ainsi que des conventions et accords applicables dans l'entreprise ».

(8) J.-P. Bonafé-Schmitt, *L'action du délégué du personnel en matière de réclamations individuelles* : *Dr. soc.* 1981, p. 637, spéc. p. 640 : « Pour que le délégué puisse bien remplir son rôle, il faut que le contact entre l' élu et la base soit immédiat ».

(9) C. trav., art. L. 2315-5 : « [Pour l'exercice de leur fonction, les délégués du personnel] peuvent, tant durant les heures de délégation qu'en dehors de leurs heures habituelles de travail, circuler librement dans l'entreprise et y prendre tous contacts nécessaires à l'accomplissement de leur mission, notamment auprès d'un salarié à son poste de travail, sous réserve de ne pas apporter de gêne importante à l'accomplissement du travail des salariés ».

(10) Le délégué du personnel doit être en mesure, après une analyse sommaire, de déceler l'absence de discrimination. Il ne doit pas « instrumentaliser » les doutes émis par les salariés dans une logique d'opposition à l'employeur.

prise, ils doivent pouvoir, face aux doutes émis par les salariés, déceler les hypothèses de distinctions illicites, conseiller sur les démarches à entreprendre et alerter l'employeur sur les situations les plus litigieuses⁽¹¹⁾.

488. – Droit d'accès. Les comparaisons auxquelles le salarié doit se livrer pour établir la différence de traitement dont il s'estime l'objet nécessitent l'accès à des informations qui, en principe, lui échappent. Dans cette quête de renseignements, le délégué du personnel s'avère être un soutien précieux. En vertu de l'article L. 1221-15 du Code du travail, il dispose de l'accès au registre unique du personnel⁽¹²⁾. Si ce document ne contient pas d'information relative aux salaires, il doit préciser les dates d'embauche et les qualifications⁽¹³⁾ des salariés⁽¹⁴⁾. Mais les données mentionnées ne sont que trop rarement tenues à jour⁽¹⁵⁾. Actualisées lors de chaque scrutin⁽¹⁶⁾, les listes électorales s'affranchissent de cet obstacle. Consultables par les délégués du personnel, les représentants syndicaux peuvent également en demander copie⁽¹⁷⁾. Ces documents mentionnent l'âge et l'ancienneté des salariés dans l'entreprise⁽¹⁸⁾, conditions d'électorat aux élections professionnelles⁽¹⁹⁾. Regroupées, ces informations parcellaires autorisent d'utiles comparaisons mais elles demeurent impuissantes, à elles seules, à établir des discriminations. Pour imposer à l'employeur de justifier des différences de traitement constatées, des investigations complémentaires s'avèrent nécessaires. Le délégué du personnel peut alors user de son droit d'enquête spécifique.

2° L'enquête spécifique

489. – Domaine du droit d'enquête. S'inspirant du dispositif définissant le rôle du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail⁽²⁰⁾ en cas de danger

(11) Malgré l'intervention du délégué du personnel, le salarié conserve le droit de présenter lui-même ses observations à l'employeur ou à ses représentants (C. trav., art. L. 2323-10).

(12) C. trav., art. L. 1221-15.

(13) C. trav., art. D. 1221-23.

(14) C. trav., art. L. 1221-13.

(15) En ce sens, V. F. Clerc, *Discrimination syndicale : la stratégie de la CGT : Semaine sociale Lamy* 15 nov. 2004, n° 1190, p. 6 et s., spéc. p. 8.

(16) La liste électorale doit être actualisée, si besoin, même entre les deux tours des élections. En ce sens, V. Cass. soc., 20 mars 2002, n° 01-60.482 : *Bull. civ.* 2002, V, n° 96 ; *RJS* 2002, n° 851 : « Si les salariés non inscrits sur les listes électorales en tant qu'électeurs ne peuvent pas être éligibles et si la liste électorale est établie pour les deux tours, il appartient à l'employeur d'actualiser la liste lorsque l'effectif se modifie après sa publication ».

(17) Cass. soc., 17 janv. 2001, n° 99-60.471 : *RJS* 2001, n° 469 : « L'organisation des élections des institutions représentatives du personnel à laquelle doit participer toute organisation syndicale représentative sur le plan national ou dans l'entreprise, comprend l'établissement de la liste des électeurs ; dès lors l'employeur est tenu de communiquer copie des listes électorales lorsqu'un syndicat représentatif lui en fait la demande ». En ce sens, V. également, Cass. soc., 20 mars 2002, n° 00-60.315 : *Bull. civ.* 2002, V, n° 95 ; *RJS* 2002, n° 702.

(18) Cass. soc., 20 mars 2002, n° 00-60.315 : *Bull. civ.* 2002, V, n° 95 ; *RJS* 2002, n° 702 : « Les seules mentions qui doivent figurer obligatoirement sur la liste électorale des salariés travaillant dans l'entreprise sont : l'âge, l'appartenance à l'entreprise et l'ancienneté dans celle-ci qui déterminent la qualité d'électeur et permettent le contrôle de la régularité de la liste électorale ». Les précisions apportées doivent uniquement permettre le contrôle de la régularité des opérations électorales ; elles sont ici limitativement énumérées (en ce sens, V. D. Boulmier, *Le domicile interdit de liste électorale : un revirement qui en cache un autre* : *Dr. soc.* 2002, p. 621 et s., spéc. p. 622).

(19) C. trav., art. L. 2314-15 : « Sont électeurs les salariés des deux sexes âgés de seize ans révolus, ayant travaillé trois mois au moins dans l'entreprise et n'ayant fait l'objet d'aucune interdiction, déchéance ou incapacité relative à leurs droits civiques ».

(20) Circ. DRT n° 93-10, 15 mars 1993, relative à l'application des dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles (titre V de la loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992 relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage).

grave et imminent pour la sécurité des personnes⁽²¹⁾, le législateur a octroyé aux délégués du personnel un droit d'enquête⁽²²⁾ lorsqu'ils constatent directement ou par l'intermédiaire d'un salarié une atteinte aux droits des personnes dans l'entreprise. Cette procédure a été étendue par une loi du 16 novembre 2006 aux mesures discriminatoires⁽²³⁾.

490. – Déroulement de l'enquête. Malgré les effets importants qu'elle y attache, « la loi ne prévoit pas les modalités de déroulement de l'enquête et [elle] se déroule de façon relativement peu formelle⁽²⁴⁾ ». Des recherches matérielles ne semblent pas nécessaires : la Cour de cassation adopte une « interprétation extensive⁽²⁵⁾ » de la notion d'enquête. L'investigation se résume parfois à la demande d'inscription d'une question à l'ordre du jour d'une réunion des délégués du personnel⁽²⁶⁾. Si l'employeur n'apporte pas de solution, ou si les délégués du personnel estiment les réponses de l'employeur insuffisantes, les délégués ou le salarié victime peuvent saisir directement le bureau de jugement du conseil de prud'hommes, sans se présenter préalablement devant le bureau de conciliation.

491. – Coopération forcée. De l'opportunité d'engager une enquête, les délégués du personnel sont seuls juges⁽²⁷⁾. L'employeur ne saurait s'y opposer et le juge peut le contraindre à coopérer dès lors que les représentants du personnel apportent des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination⁽²⁸⁾.

(21) Les articles L. 4132-1 et suivants du Code du travail organisent le droit d'alerte reconnu aux membres du CHSCT. Lorsque ce dernier constate « qu'il existe une cause de danger grave et imminent », il en informe l'employeur qui doit procéder à une enquête. En cas de divergence sur la réalité du danger ou la façon de le faire cesser, le CHSCT est réuni dans les vingt-quatre heures et l'inspecteur du travail en est averti. Ce dernier peut ensuite procéder à une mise en demeure ou mettre en œuvre la procédure de référé prévue aux articles L. 4732-1 et L. 4732-2 du Code du travail. Contrairement au droit d'enquête reconnu aux délégués du personnel, le droit d'alerte du CHSCT n'autorise pas les membres de cette instance à saisir directement le juge : cette responsabilité incombe à l'inspecteur du travail. Le droit d'enquête entraîne une réaction plus rapide que le droit d'alerte puisque moins d'acteurs sont sollicités.

(22) L. n° 92-1446, 31 déc. 1992, relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage.

(23) C. trav., art. L. 2313-2 : « Si un délégué du personnel constate, notamment par l'intermédiaire d'un salarié, qu'il existe une atteinte aux droits des personnes, à leur santé physique et mentale ou aux libertés individuelles dans l'entreprise qui ne serait pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnée au but recherché, il en saisit immédiatement l'employeur. Cette atteinte peut notamment résulter de toute mesure discriminatoire en matière d'embauche, de rémunération, de formation, de classification, de qualification, de promotion professionnelle, de mutation, de renouvellement de contrat, de sanction ou de licenciement.

L'employeur procède sans délai à une enquête avec le délégué et prend les dispositions nécessaires pour remédier à cette situation.

En cas de carence de l'employeur ou de divergence sur la réalité de cette atteinte, et à défaut de solution trouvée avec l'employeur, le salarié ou le délégué, si le salarié intéressé averti par écrit ne s'y oppose pas, saisit le bureau de jugement du conseil de prud'hommes qui statue selon la forme des référés.

Le juge peut ordonner toutes mesures propres à faire cesser cette atteinte et assortir sa décision d'une astreinte qui sera liquidée au profit du trésor ».

(24) A. Ronzier-Joly, *La seconde vie de l'article L. 422-1-1 du Code du travail* : JCP S 2006, 1664.

(25) P.-Y. Verkindt, *Mutation géographique et atteinte à la liberté fondamentale de choix du domicile* : JCP S 2006, 1381 : « Adoptant une interprétation extensive du texte, la Cour de cassation considère que le fait pour un délégué du personnel de solliciter l'organisation d'une réunion et de demander qu'à son ordre du jour soit inscrite la question [de la situation personnelle d'une salariée] entre bien dans les prévisions de l'article L. 422-1-1 du Code du travail ».

(26) En ce sens, V. Cass. soc., 28 mars 2006, n° 04-41.016 : *Bull. civ.* 2006, V, n° 126. La Cour de cassation a estimé que la demande d'un délégué du personnel d'organiser une réunion sur la situation personnelle d'un salarié lui permet de se prévaloir des dispositions de l'article L. 2313-2.

(27) Selon l'article L. 2313-2 du Code du travail, l'enquête est déclenchée dès lors que le délégué du personnel « constate qu'il existe une atteinte aux droits des personnes (...) qui ne serait pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnée au but recherché ».

(28) Cass. soc., 19 mai 2010, n° 09-40.713 : « C'est dans l'exercice du pouvoir qu'elle tient de l'article L. 2323-2 du Code du travail et sans méconnaître les règles d'administration de la preuve applicables en la matière que la cour

La pertinence de cette solution nous semble discutable : dès lors que les délégués du personnel produisent de tels éléments, la saisine du juge est possible⁽²⁹⁾ et l'enquête exigée n'a aucun intérêt pratique. Elle cause même un préjudice à la victime en retardant la réponse judiciaire.

492. – La procédure accélérée prévue par l'article L. 2313-2 du Code du travail est ouverte dès lors que les délégués du personnel sollicitent une enquête, nonobstant les suites qui y sont données. Ainsi, même en cas d'opposition de l'employeur, la saisine directe du bureau de jugement est possible. L'injonction faite à l'employeur de participer aux investigations perd alors son sens.

493. – La préservation des missions des représentants du personnel ne saurait également justifier la solution retenue : le droit de mener une enquête relève de leurs attributions générales et l'employeur qui s'y oppose sans raison pertinente s'expose à une condamnation sur le fondement du délit d'entrave⁽³⁰⁾.

494. – **Conséquence de l'enquête.** Si l'enquête diligentée⁽³¹⁾ débouche sur un désaccord⁽³²⁾, la formation de jugement du conseil de prud'hommes est directement saisie et statue en la forme des référés. La procédure de règlement judiciaire des litiges est accélérée et le rôle d'intercession du délégué du personnel renforcé : son intervention remplace la phase de conciliation du contentieux prud'homal. Les conditions d'intervention du juge des référés ne sont pas requises : le double constat de l'atteinte au droit de la personne et d'échec de l'enquête supplante⁽³³⁾ l'urgence et l'absence de contestation sérieuse de la demande⁽³⁴⁾. De cette filiation

d'appel a ordonné les mesures d'enquête prévues par ce texte, après avoir constaté que les délégués du personnel produisaient des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination (...) et que l'employeur ne justifiait pas de la différence de traitement ». Nous pouvons cependant regretter la formulation retenue. Calqués sur les dispositions de l'article L. 1134-1, les termes de l'arrêt pourraient laisser supposer qu'il est nécessaire que les délégués du personnel apportent les mêmes éléments de preuve pour déclencher une enquête. Si tel était le cas, la procédure de l'article L. 2323-2 du Code du travail serait dénuée d'intérêt. Les délégués du personnel qui disposent d'assez d'éléments pour entamer une action judiciaire n'ont pas d'intérêt à mener une enquête interne : ils s'adresseront directement au juge. L'enquête ne conserve un intérêt pratique que dans l'hypothèse où elle peut être ouverte sur des craintes sérieuses et justifiées. Son résultat doit permettre d'obtenir, au sens de l'article L. 1134-1 du Code du travail, des éléments de nature à laisser supposer l'existence d'une discrimination qui, celle-ci une fois avérée, permettront de saisir le juge.

(29) Les délégués du personnel devront transmettre les informations obtenues aux victimes des discriminations, qui mèneront l'action.

(30) C. trav., art. L. 2316-1.

(31) En ce sens, V. P. Adam, *Harcèlement moral : une affaire remarquable (ou l'occasion trop rare de mettre en lumière et en discussion l'article L. 422-1-1 du Code du travail)* : *Dr. ouvrier* 2006, p. 321 et s., spéc. p. 323. « L'article L. 422-1-1 du Code du travail instaure un processus en deux temps, le second (la saisine du conseil de prud'hommes selon une procédure dérogatoire du droit commun) ne pouvant être enclenché qu'une fois le premier (la phase d'enquête dont le délégué du personnel doit avoir pris l'initiative) terminé. Sans demande d'enquête formulée par le délégué du personnel, la voie contentieuse offerte par l'article L. 422-1-1 apparaît donc tout simplement impraticable ».

(32) Selon nous, l'employeur directement attiré devant le bureau de jugement pourrait se prévaloir d'une irrégularité de procédure si le salarié n'était pas en mesure soit de produire un constat de désaccord, soit une demande à laquelle il n'a pas été donné suite. Cette irrégularité est de nature à empêcher la mise en œuvre de la procédure accélérée.

(33) En ce sens, V. J.-E. Ray, *Une loi macédonienne ? Étude critique du titre V de la loi du 31 décembre 1992* : *Dr. soc.* 1993, p. 97 et s., spéc. p. 108. Le professeur Ray précise qu'au fond, « il n'est pas besoin d'invoquer un trouble manifestement illicite ». Dès lors, la formation des référés peut être amenée à traiter des discriminations qui s'établent sur plusieurs dizaines d'années. Même si elle perdure, une atteinte à la dignité telle qu'une discrimination ne constitue-t-elle pas nécessairement un cas d'urgence ? En ce sens, V. également M.-T. Lanquetin, *Discrimination : Rép. dr. trav.* Dalloz.

(34) C. trav., art. R. 1455-5 : « Dans tous les cas d'urgence, la formation de référé peut, dans la limite de la compétence des conseils de prud'hommes, ordonner toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend ».

avec la procédure classique du référé, la décision rendue à la suite de l'enquête n'hérite que d'un délai d'appel réduit⁽³⁵⁾.

495. – Le salarié inscrivant son action dans le cadre de l'article L. 2313-2 du Code du travail peut-il invoquer à l'encontre de l'employeur d'autres griefs que l'atteinte aux droits de la personne tout en bénéficiant de la procédure accélérée ? Exception à la procédure prud'homale de conciliation, les cas de recours à cette procédure devraient être interprétés restrictivement. Pourtant, le principe d'unicité de l'instance⁽³⁶⁾ et certains arrêts de la Cour de cassation⁽³⁷⁾ concourent à imposer une réponse affirmative⁽³⁸⁾ : l'enquête initiale ouvre la voie de la procédure accélérée et entraîne avec elle toutes les autres demandes⁽³⁹⁾. Des dérives sont concevables : à défaut d'encadrement du recours à l'enquête par les délégués du personnel, l'employeur se trouve démuné dans l'hypothèse où elle ne serait qu'un prétexte pour presser le traitement judiciaire d'un contentieux. À cet enjeu, le délégué du personnel doit être sensibilisé ; de sa réponse à la demande du salarié dépend la crédibilité de l'enquête menée.

496. – **Pouvoirs du délégué du personnel.** Le délégué du personnel engage-t-il sa responsabilité s'il refuse d'initier une enquête alors que les éléments apportés par un salarié la rendent légitime ? Le pouvoir est source de responsabilité : le délégué du personnel commet une faute s'il n'utilise pas des facultés dont le législateur lui attribue le monopole. Sa responsabilité civile est susceptible d'être engagée puisque « nul n'ayant le droit de nuire à autrui, en principe tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer⁽⁴⁰⁾ ». Mais le préjudice subi par le salarié demeure faible : l'absence d'enquête ne lui fait pas perdre le droit d'agir en justice. Toutefois, la carence du délégué du personnel entraîne, parfois, la disparition d'éléments de preuve et obstrue, toujours, la voie de la procédure prud'homale accélérée. Même limitées, les atteintes qui résultent de cette faute devraient donner lieu à réparation.

(35) Cass. soc., 17 juin 2009, n° 08-40.274 : *Bull. civ.* 2009, V, n° 153 : « Il se déduit de l'article L. 422-1-1, devenu L. 2313-2 du Code du travail que, le bureau de jugement statuant selon les formes applicables au référé, le délai d'appel contre sa décision est celui de 15 jours applicables en la matière ».

(36) C. trav., art. R. 1452-6.

(37) Dans le cadre d'une action en requalification d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, le salarié peut saisir directement le bureau de jugement. Dans cette hypothèse, la Cour de cassation a estimé que « le salarié qui porte sa demande de requalification du contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée directement devant le bureau de jugement peut présenter devant cette formation toute autre demande qui dérive du contrat de travail » (Cass. soc., 22 sept. 2010, n° 09-42.650 : *Bull. civ.* 2010, V, n° 187. Sur cet arrêt, V. F. Bousez, *Action en requalification et saisine du bureau de jugement* : *JCP S* 2010, 1562. Dans le même sens, V. Cass. soc., 4 déc. 2000, n° 00-40.255). Cette solution peut, à notre sens, être étendue à l'hypothèse de l'action exercée dans le cadre de l'article L. 2313-2 du Code du travail.

(38) En ce sens, V. également M. Keller, *La forme, sœur jumelle des libertés dans l'entreprise et devant le conseil de prud'hommes* : *Dr. ouvrier* 2007, p. 399 et s., spéc. p. 406. L'auteure estime que « l'exigence de simplicité et de rapidité du procès du travail » impose cette solution.

(39) C. Lefranc-Hamoniaux, *Saisine directe du bureau de jugement prud'homal* : *JCP S* 2010, 1000. L'auteure, en évoquant l'action en requalification, estime qu'elle « ouvre la voie de la procédure accélérée et entraîne, dans son sillon, toutes les autres demandes, même étrangères au contrat précaire ».

(40) Cons. const., déc. 22 oct. 1982, n° 82-144 DC : D. 1983, p. 1989, note F. Luchaire. Le Conseil précise également que « le droit français ne comporte, en aucune matière, de régime soustrayant à toute réparation les dommages résultant de fautes civiles imputables à des personnes physiques ou morales de droit privé, quelle que soit la gravité de ces fautes ».

497. – Outre la procédure accélérée, l'article L. 2313-2 du Code du travail offre au délégué du personnel une action en substitution pour engager les actions judiciaires « ayant pour objet de veiller à la protection des personnes et des libertés individuelles et collectives⁽⁴¹⁾ ». Sans opposition de la victime⁽⁴²⁾, il peut saisir directement le bureau de jugement qui statue en la forme des référés. Précisant le champ de cette disposition, la Cour de cassation décide que si le droit d'enquête reconnu au délégué du personnel ne lui permet pas d'agir en nullité d'un licenciement prononcé à la suite d'une atteinte au droit des personnes, il lui confère le pouvoir de réclamer le retrait d'éléments de preuve obtenus par des moyens frauduleux constituant une atteinte aux droits des personnes et aux libertés individuelles⁽⁴³⁾.

498. – La solution dégagée ne nous semble pas satisfaisante⁽⁴⁴⁾. La possibilité offerte au délégué du personnel de saisir le juge pour le compte du salarié victime n'est que le prolongement de la mission d'enquête qui lui a été confiée⁽⁴⁵⁾. Hors du cadre de cette investigation, la saisine du conseil de prud'hommes par le délégué, pour le compte du salarié, ne se justifie pas. Comme le précise le professeur Bossu, le législateur « [n'a pas donné] au délégué du personnel le droit d'agir au titre de la relation individuelle de travail mais le seul droit d'engager une procédure d'alerte⁽⁴⁶⁾ ». La solution inverse porterait une grave atteinte à l'interdiction de plaider par procureur.

499. – En tout état de cause, la portée de la solution retenue nous semble limitée, le salarié disposant également de la faculté de demander au juge d'écarter les modes de preuve contraires aux droits des personnes. L'intervention du délégué du personnel dans un contentieux auquel il n'est pas partie risque plus d'affecter la clarté des débats que d'aider le salarié dans sa démarche : une telle initiative ne saurait être encouragée.

500. – Malgré ses effets sur la procédure, le droit d'enquête et de saisine du juge ne sont que très peu utilisés⁽⁴⁷⁾. Le représentant du personnel ne disposant pas de budget propre pour mener ce type d'action, certains prédisaient l'oubli de cette disposition⁽⁴⁸⁾ :

(41) Cass. soc., 3 févr. 1998, n° 96-42.062 : *Bull. civ.* 1998, V, n° 63 ; *TPS* 1998, comm. 126 : « L'article L. 422-1-1 [recodifié sous l'article L. 2313-2] du Code du travail ne concerne que les actions ayant pour objet de veiller à la protection des personnes et des libertés individuelles et collectives ». N'entre pas dans ce domaine la demande en paiement de rappel de salaire concernant le délégué du personnel.

(42) Le délégué du personnel doit informer par écrit le salarié de son intention de saisir le bureau de jugement, qui ne doit pas s'opposer à cette initiative.

(43) Cass. soc., 10 déc. 1997, n° 95-42.661 : *Bull. civ.* 1997, V, n° 434.

(44) B. Bossu, *L'action du délégué du personnel pour la défense des droits fondamentaux des salariés* : *Dr. soc.* 1998, p. 127 et s. « La formulation de la décision [Cass. soc., 10 déc. 1997 : *Bull. civ.* 1997, V, n° 434, n° 95-42.661] engendre forcément un regret : la Cour de cassation ne donne pas de réponse globale à la problématique d'une éventuelle intervention du délégué du personnel au titre de la relation individuelle de travail ».

(45) L'action en substitution reconnue au délégué du personnel est limitée dans son objet : elle ne peut concerner que des actions visant à réparer une atteinte aux droits des personnes, à leur santé mentale ou aux libertés individuelles, ou intéressant des discriminations. L'action en substitution reconnue aux organisations syndicales est plus large. Sur cette action, V. *infra*, n°s 531 et s.

(46) B. Bossu, *L'action du délégué du personnel pour la défense des droits fondamentaux des salariés* : *Dr. soc.* 1998, p. 127 et s.

(47) M.-T. Lanquetin, *Discrimination* : *Rép. dr. trav.* Dalloz.

(48) J.-E. Ray, *Une loi macédonienne ? Étude critique du titre V de la loi du 31 décembre 1992* : *Dr. soc.* 1993, p. 97 et s., spéc. p. 109 : « Demandeur à l'instance, [le délégué du personnel] ne disposera pas des fonds des personnes morales habituellement demanderesse (budget du comité d'entreprise, fonds syndicaux) (...) on peut penser que cette

la concurrence de l'action de substitution des syndicats⁽⁴⁹⁾, voire d'associations⁽⁵⁰⁾, leur ont donné raison.

501. – Bénéficiaire de l'enquête. Même s'il apparaît acquis que le législateur a créé ce droit d'alerte pour répondre à des hypothèses où la victime de comportements illicites est l'un des salariés de l'entreprise⁽⁵¹⁾, un délégué du personnel peut-il user des moyens que lui confère son mandat pour révéler la discrimination dont il est l'objet ? Malgré le risque de dénigrement de la fonction et de son titulaire⁽⁵²⁾, la Cour de cassation répond par l'affirmative⁽⁵³⁾. Si, comme le professeur Radé, nous estimons qu'il serait anormal de priver le délégué du personnel d'une possibilité d'investigation ouverte aux autres salariés⁽⁵⁴⁾, nous doutons de la pertinence du caractère général de la solution retenue. Dans le dispositif de l'article L. 2313-2, le délégué du personnel s'assure, avant de déclencher l'enquête, que les faits rapportés par le salarié ne sont pas justifiés « par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnés au but recherché ». Il doit, autant que sa fonction de représentant du personnel le lui permet, analyser avec neutralité les faits invoqués⁽⁵⁵⁾ et n'engager des enquêtes que pour les faits qui le justifient⁽⁵⁶⁾. Cette sélection objective des demandes d'enquête n'est pas assurée lorsque le délégué du personnel traite de sa situation. Ainsi, pour garantir les droits du délégué du personnel, préserver l'esprit du texte et épargner à l'employeur des procédures inutiles, la possibilité d'user du droit

nouvelle action de substitution, subira le sort de sa sœur aînée : l'oubli ». Contrairement à ce qui ressort des écrits de M^{me} A. Ronzier-Joly, le professeur Ray ne prévoyait pas l'oubli de l'ensemble du droit d'enquête des délégués du personnel, mais uniquement de la possibilité qui leur est laissée d'engager personnellement une action judiciaire (A. Ronzier-Joly, *La seconde vie de l'article L. 422-1-1 du Code du travail* : JCP S 2006,1664).

(49) C. trav., art. L. 1134-2. Le délégué du personnel étant le plus souvent un membre d'une organisation syndicale, l'action en substitution des syndicats aura vocation à s'appliquer. Droit d'enquête du délégué du personnel et action en substitution du syndicat en matière de discrimination peuvent utilement se combiner. Le délégué du personnel initie l'enquête ; puis, pour bénéficier de la procédure accélérée prévue par l'article L. 2313-2 du Code du travail, le syndicat exerce, par substitution, le droit du salarié de saisir directement le bureau de jugement. Cependant, l'action syndicale en substitution n'est prévue que pour les dispositions du chapitre II du Titre III consacré aux discriminations, qui n'effectue aucun renvoi au profit du droit d'enquête des délégués du personnel. Cette difficulté pourrait être dépassée s'il était retenu que le salarié qui agit dans le cadre de l'article L. 2313-2 est avant tout une victime de discrimination. En cette qualité, il peut bénéficier de l'action en substitution d'une organisation syndicale représentative. Sur cette possibilité, V. M. Keller, *La forme, sœur jumelle des libertés dans l'entreprise et devant le conseil de prud'hommes* : Dr. ouvrier 2007, p. 399 et s., spéc. p. 404. Sur les actions en substitution des syndicats, V. *infra*, n^{os} 531 et s.

(50) C. trav., art. L. 1134-3. Sur les actions en substitution des associations, V. *infra*, n^{os} 537 et s.

(51) C. Radé, *Rémunération et discrimination syndicale : le droit du délégué du personnel à la légitime défense* : Dr. soc. 1999, p. 773 et s., spéc. 776 : « Il paraît *a priori* acquis que ce texte a été rédigé pour répondre à des hypothèses où la victime des comportements illicites est l'un des salariés de l'entreprise, et non le délégué du personnel lui-même, comme en témoigne la référence à "par l'intermédiaire d'un salarié" et à une atteinte constatée "dans l'entreprise" ».

(52) Plus que la manifestation d'un engagement sincère, l'exercice d'un mandat électif peut être perçu comme un moyen de se garantir contre les manifestations du pouvoir disciplinaire de l'employeur. La possibilité reconnue aux délégués du personnel d'user du droit d'enquête pour servir son cas en est une illustration.

(53) Cass. soc., 26 mai 1999, n^o 97-40.966 : *Bull. civ.* 1999, V, n^o 238 : « [Le délégué du personnel] était dans l'exercice de la mission qui lui a été confiée par le texte susvisé lorsqu'il a dénoncé devant le conseil de prud'hommes la discrimination dont il était l'objet » (sur cette décision, V. Dr. soc. 1999, p. 773 ; TPS 1999, comm. 269).

(54) C. Radé, *Rémunération et discrimination syndicale : le droit du délégué du personnel à la légitime défense* : Dr. soc. 1999, p. 773 et s., spéc. 776 : « Dans les entreprises où il n'existe qu'un seul délégué du personnel, il paraîtrait incongru d'interdire au salarié d'agir en justice sous prétexte qu'il n'existe par d'autre délégué pour le défendre ». Cette remarque nous semble toutefois excessive. Si le délégué du personnel ne pouvait pas exercer le droit d'enquête pour lui-même, il conserverait la possibilité de saisir directement un juge pour faire constater la discrimination dont il a été victime.

(55) Un risque d'atteinte à l'impartialité requise du délégué du personnel est également possible lorsqu'il constate directement les faits à l'origine de l'enquête. Ce risque demeure plus faible que lorsqu'il agit pour son propre compte.

(56) Dans le projet initial, l'intervention du délégué du personnel devait permettre d'écartier « les plaintes sans bases sérieuses ». En ce sens, V. J.-E. Ray, *Une loi macédonienne ? Étude critique du titre V de la loi du 31 décembre 1992* : Dr. soc. 1992, p. 97 et s., spéc. p. 107.

d'enquête pour son propre compte devrait être limitée à l'hypothèse où il n'existe pas d'autre délégué du personnel dans l'entreprise.

502. – Temps passé à l'enquête. Relevant des missions confiées par le législateur aux délégués du personnel⁽⁵⁷⁾, la jurisprudence impute le temps consacré à l'enquête sur leurs heures de délégation⁽⁵⁸⁾ : il doit être payé à l'échéance normale⁽⁵⁹⁾.

503. – La Cour de cassation étend cette solution à l'hypothèse où le représentant use des dispositions de l'article L. 2313-2 du Code du travail pour traiter de son cas personnel. Le professeur Radé adhère à la solution dégagée mais en réprovoque le fondement. Selon lui, l'obligation pour l'employeur de rémunérer le temps passé par le délégué du personnel à assurer sa défense ne devrait pas se fonder sur sa mission de représentation mais sur la responsabilité civile du chef d'entreprise⁽⁶⁰⁾. En se rendant coupable d'une discrimination à l'encontre de ce dernier, l'employeur commet une faute dont il doit réparer l'ensemble des conséquences ; le temps passé par le salarié à faire valoir ses droits est en lien direct avec le manquement constaté et doit être compensé.

504. – Si la solution proposée répare l'entier préjudice du délégué du personnel, puisqu'elle préserve ses heures de délégation⁽⁶¹⁾, nous ne pouvons y adhérer. Elle introduit des différences de traitement peu justifiées. D'une part, elle vide de son sens la notion d'heure de délégation puisqu'il est, dans la plupart des cas, possible de rattacher, au moins de manière artificielle, le temps passé par le délégué du personnel à l'exercice de son mandat à une faute de l'employeur⁽⁶²⁾. D'autre part, les autres membres du personnel seraient moins bien traités que les représentants du personnel ; le fondement proposé imposerait de prévoir une indemnisation spécifique pour le temps passé par le salarié à la défense de ses intérêts⁽⁶³⁾. À ces excès, la solution retenue par la Cour de cassation nous semble préférable.

B. – Le rôle de liaison avec l'inspection du travail

505. – Transmission des requêtes. Même important, le pouvoir propre des délégués du personnel en matière de discrimination se révèle parfois insuffisant

(57) Cette disposition est présente dans un chapitre du Code du travail traitant des attributions du délégué du personnel.

(58) Cass. soc., 26 mai 1999, n° 97-40.966 : *Bull. civ.* 1999, V, n° 238 : « Qu'en retenant que les heures passées par le délégué du personnel devaient s'imputer sur ses heures de délégation, le conseil de prud'hommes a légalement justifié sa décision ».

(59) C. trav., art. L. 2315-2.

(60) C. Radé, *Rémunération et discrimination syndicale : le droit du délégué du personnel à la légitime défense* : *Dr. soc.* 1999, p. 773 et s., spéc. p. 777 : « Une autre solution consisterait à fonder les droits du salarié à rémunération des heures consacrées à assurer sa défense non pas sur la qualification d'heures de délégation, mais directement sur la faute commise par l'employeur et l'obligation de réparer civilement toutes les conséquences de la discrimination ».

(61) C. Radé, *Rémunération et discrimination syndicale : le droit du délégué du personnel à la légitime défense* : *Dr. soc.* 1999, p. 773 et s., spéc. p. 776 : « La solution retenue aboutit à diminuer le crédit d'heures du salarié en imputant sur son forfait mensuel les heures passées pour assurer sa défense, réduisant d'autant le temps disponible pour défendre les intérêts des autres travailleurs dans l'entreprise ».

(62) À titre d'exemple, il pourrait être soutenu que l'utilisation par le délégué d'heures de délégation pour la défense d'un salarié victime de discrimination a pour origine la faute commise par l'employeur : il devrait réparation de ce préjudice au délégué du personnel, victime indirecte de la distinction illicite.

(63) Le temps passé est une conséquence de la faute commise par l'employeur ; il devrait donc être indemnisé. Le dédommagement du temps passé à la préparation de l'instance peut être contenu dans la condamnation prononcée sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile.

pour faire cesser les discriminations. « Informateurs privilégiés⁽⁶⁴⁾ » de l'inspecteur du travail, ils peuvent alors lui faire part des situations litigieuses face auxquelles ils demeurent impuissants⁽⁶⁵⁾. Un crédit supplémentaire sera accordé à cette demande si elle a été précédée de la mise en œuvre du droit d'enquête : l'opposition de l'employeur à toute investigation ou les éléments de fait recueillis par ce biais susciteront l'intérêt de l'administration. Lors de sa visite, l'inspecteur du travail est tenu d'informer le délégué du personnel qui l'a sollicité⁽⁶⁶⁾. L'information des représentants du personnel est facultative si l'inspecteur agit de sa propre initiative⁽⁶⁷⁾.

506. – Actions conjointes avec le comité d'entreprise. L'interaction entre les délégués du personnel et le comité d'entreprise est également favorisée : les premiers peuvent communiquer au second les suggestions et observations du personnel sur toutes les questions entrant dans son domaine de compétence⁽⁶⁸⁾. La coopération recherchée est renforcée par la place qui est réservée aux délégués du personnel au sein du comité élargi de la diversité. Le concours de ces deux instances de représentation du personnel doit permettre une traque efficace des discriminations. Le pouvoir d'investigation des délégués du personnel est utilement orienté par les informations générales d'ordre économique ou social dont le comité d'entreprise est destinataire.

§ 2. – La révélation par le comité d'entreprise

507. – Janus. Par les informations qui lui sont communiquées, le comité d'entreprise peut révéler les discriminations commises dans l'entreprise. Mais, en raison de son pouvoir propre de décision, il peut également se rendre coupable de distinctions illicites.

508. – Auteur. Disposant du monopole de gestion des activités sociales et culturelles de l'entreprise⁽⁶⁹⁾, le comité d'entreprise fixe les conditions d'accès à ces prestations. Comme pour tout décideur, pèse sur son action le risque de discrimination. Ont ainsi été sanctionnées les distinctions opérées par les comités d'entreprise se

(64) B. Teyssié, *Droit du travail, Relations collectives*, Litec, 7^e éd. 2010, n° 292.

(65) C. trav., art. L. 2313-1 : « Les délégués du personnel ont pour mission : 2° De saisir l'inspection du travail de toutes les plaintes et observations relatives à l'application des dispositions légales dont elle est chargée d'assurer le contrôle ».

(66) En ce sens, V. Circ. DRT n° 5, 28 juin 1984, relative à l'application des dispositions concernant les délégués du personnel dans la loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel (BOMT n° 84/31, p. 25 et s.) : « Lorsque l'inspecteur du travail se rend dans l'entreprise à la demande d'un délégué du personnel, il doit en avertir le délégué qui peut, s'il le désire, accompagner l'inspecteur du travail dans sa visite. Par ailleurs, lorsque l'inspecteur du travail intervient dans l'entreprise de sa propre initiative, il peut proposer au délégué du personnel de l'accompagner ».

(67) C. trav., art. L. 2313-11 : « Lors de ses visites, l'inspecteur du travail se fait accompagner par le délégué du personnel compétent, si ce dernier le souhaite ». Aucune règle ne permet de déterminer le « délégué du personnel compétent ». Si une enquête a été préalablement effectuée avant la saisine de l'inspecteur, le délégué compétent est, selon nous, celui qui l'a menée.

(68) C. trav., art. L. 2313-9 : « Lorsqu'il existe un comité d'entreprise, les délégués du personnel ont qualité pour lui communiquer les suggestions et observations du personnel sur toutes les questions entrant dans la compétence du comité ».

(69) C. trav., art. L. 2323-83.

fondant sur la participation à une grève⁽⁷⁰⁾ ou l'appartenance à un syndicat⁽⁷¹⁾. Dans cette hypothèse, l'article L. 2141-5 du Code du travail, qui ne vise que l'employeur, ne peut fonder les poursuites⁽⁷²⁾. À l'inverse, l'article L. 1132-1⁽⁷³⁾ de ce même code ne limite pas la répression aux chefs d'entreprise et permet d'appréhender les agissements du comité d'entreprise⁽⁷⁴⁾.

509. – Situation familiale du salarié. Si leur encadrement s'impose, les choix du comité d'entreprise n'en demeurent pas moins nécessaires. Ses ressources ne sont pas infinies et une répartition égalitaire de son budget entre l'ensemble des salariés interdit une intervention efficace ; des critères de distinction doivent être mis en œuvre.

510. – Le droit aux prestations sociales et culturelles du comité d'entreprise est souvent subordonné, ou proportionné, à la situation familiale du salarié. Les membres de la famille du salarié peuvent également prétendre au bénéfice des activités sociales et culturelles du comité d'entreprise⁽⁷⁵⁾. Le législateur autorise

(70) En ce sens, Cass. soc., 8 juin 1977, n° 75-13.681 : *Bull. civ.* 1977, V, n° 380 : « Les juges du fond ont pu déduire que les délibérations avaient institué un secours aux [salariés] nécessiteux et à leurs familles en difficultés du fait des événements de mai 1968, sans distinctions entre les salariés grévistes ou non dans l'entreprise ; que c'était une œuvre sociale non discriminatoire ». Et également, Cass. soc., 11 juin 1996, n° 94-14.988 : « Attendu que la cour d'appel qui a constaté que les secours n'avaient été alloués qu'aux salariés nécessiteux, sans distinction entre salariés grévistes et non grévistes a légalement justifié sa décision ». L'attribution de secours par le comité d'entreprise doit reposer sur des considérations objectives : les difficultés financières de la famille du salarié peuvent en être une. Il importe peu que la difficulté invoquée trouve ou non sa source dans l'exercice par un membre de l'entreprise du droit de grève.

(71) En ce sens, V. Cass. soc., 20 mai 1965, n° 63-13.144 : *Bull. civ.* 1965, V, n° 4. – Cass. soc., 16 avr. 2008, n° 06-44.839 : *Bull. civ.* 2008, V, n° 93 ; *RJS* 2008, n° 691. Un comité interentreprises décide de répartir entre les différents syndicats représentatifs dans l'entreprise, en fonction de leur représentativité, le budget global réservé au financement des congés de formation économique, sociale et syndicale. Des salariés se trouvent privés de financement en raison de leur choix de suivre cette formation auprès d'un syndicat dont le crédit est épuisé. La Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre l'arrêt qui avait annulé ce système. Elle estime « que le bénéfice des prestations servies aux salariés au titre des activités sociales et culturelles pour compenser les frais exposés par eux dans l'exercice d'un droit individuel à congé qu'ils tiennent du Code du travail dépendait de leur appartenance ou de leurs choix de nature syndicale, certains étant privés du remboursement de leurs frais lorsque le plafond de remboursement prévu pour le syndicat dont ils avaient suivi les formations était atteint, alors qu'il ne l'était pas pour les autres organisations, elle en a exactement déduit... que les délibérations subséquentes devaient être annulées ». Le professeur Kerbourc'h estime que cette solution ne se fonde pas sur l'interdiction des discriminations mais sur le fait que les salariés tiennent du Code du travail le droit d'obtenir un congé (J.-Y. Kerbourc'h, *Activités sociales et culturelles et congé de formation économique, sociale ou syndicale* : *JCP S* 2008, 1378). Nous ne partageons pas cette analyse : la solution retenue par le comité interentreprises ne privait pas les salariés du droit de bénéficier d'un congé de formation, mais uniquement du remboursement des frais exposés à cette occasion. Si la Cour de cassation ne vise aucun texte relatif à la prohibition des discriminations dans cette décision, la solution dégagée repose sur les conséquences de l'appartenance ou des choix syndicaux des salariés, qui les privaient d'un financement. La cour sanctionne donc le fait que l'appartenance syndicale des salariés leur cause un préjudice. La discrimination est ici indirecte puisqu'elle n'est pas fondée explicitement sur l'appartenance syndicale des salariés mais est une conséquence de la mesure prise (en ce sens, V. S. Brissy, *Comité d'entreprise : Activités sociales et culturelles* : *JCl. Travail Traité*, Fasc. 15-30, n° 21).

(72) C. trav., art. 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 ».

(73) L'article L. 1132-1 du Code du travail s'attache à la victime de l'agissement discriminatoire (« Aucune personne ») et non à son auteur. Il peut s'agir du comité d'entreprise. La notion de « mesure discriminatoire » est suffisamment vague pour appréhender l'ensemble de ses activités.

(74) Rapp. C. cass. 2008, *Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La Documentation française, 3^e partie, spéc. p. 92 : « Ce texte, en tant qu'il protège l'exercice d'une liberté individuelle permet de sanctionner les discriminations syndicales quel que soit leur auteur ou l'acte dont elles résultent ». Dégagée au bénéfice de la liberté syndicale, cette solution doit, à notre sens, être étendue à l'ensemble des motifs discriminatoires. Protéger la dignité de l'individu, nul ne saurait y porter atteinte.

(75) C. trav., art. L. 2323-83 : « Le comité d'entreprise assure, contrôle ou participe à la gestion de toutes les activités sociales et culturelles établies dans l'entreprise prioritairement au bénéfice des salariés ou de leur famille ».

fréquemment⁽⁷⁶⁾ le recours aux critères de distinction empruntés aux nombre d'enfants à charge⁽⁷⁷⁾ ou aux revenus du ménage : le montant de l'aide auquel le salarié est en droit de prétendre peut en dépendre.

511. – Certains seront tentés d'y déceler une discrimination en raison de la situation de famille en se fondant sur une approche subjective de ce critère de distinction illicite⁽⁷⁸⁾. Cette position ne saurait prospérer. L'attribution d'aides a pour objet de compenser des inégalités économiques ; la famille du salarié est le cadre d'appréciation pertinent. La différence de traitement est, à notre sens, objectivement justifiée. La solution inverse conduit à un égalitarisme néfaste qui prive d'effet toute action sociale du comité d'entreprise. Nous ne pouvons dès lors que regretter l'interdiction faite au comité d'entreprise d'exiger la production de la fiche d'imposition du ménage du salarié pour déterminer ses droits aux activités sociales et culturelles. La Cour de cassation estime que cette information porte atteinte à la vie privée des salariés et n'est pas librement consentie⁽⁷⁹⁾. Pourtant, s'il est admis que la situation de famille fonde des différences de traitement, doit être reconnue au comité d'entreprise la faculté de demander et de vérifier des informations sur cet aspect de la vie privée du personnel.

512. – **Révéléateur.** Au-delà de ce constat, en confiant au comité d'entreprise la charge de contrôler les méthodes et les procédures de recrutement mises en œuvre dans l'entreprise, le législateur lui permet de participer à la prévention des discriminations à l'embauche (A). Les informations économiques et sociales qui lui sont communiquées en font également une source de renseignements importante pour révéler les différences de traitement entre les salariés (B).

A. – La révélation du risque à l'embauche

513. – **Nécessité du contrôle des procédures de recrutement.** Lors du recrutement, le candidat à l'emploi est dans une position de faiblesse par rapport à l'entreprise. Malgré l'interdiction des discriminations dès le stade précontractuel, l'absence d'obligation faite à l'employeur de justifier les refus d'embauche ne met pas le postulant à l'emploi en mesure de se prévaloir des dispositions législatives protégeant sa dignité. Non intégré à la communauté de travail, il ne bénéficie pas, en

(76) L'article L. 1233-5 prévoit la prise en compte « des charges de famille, en particulier celles des parents isolés » lors de la détermination des critères d'ordre de licenciement en cas de licenciement économique. L'article L. 3122-37 reconnaît au salarié le droit de s'opposer au travail de nuit, sans encourir une sanction disciplinaire lorsque ce dernier « est incompatible avec des obligations familiales impérieuses ». La situation de famille des salariés permet à l'employeur de fixer la répartition des demandes de contrepartie obligatoire en repos qui lui sont présentées simultanément (C. trav., art. D. 3121-12. Selon cette disposition, « les demandeurs sont départagés selon l'ordre de priorité suivant : 1° Les demandes déjà différées, 2° La situation de famille ; 3° L'ancienneté dans l'entreprise »).

(77) Les prestations du comité d'entreprise ne peuvent être réservées aux enfants « directs » du salarié. Elles doivent également bénéficier aux enfants dont il a la charge effective et notamment à ceux de sa concubine. En ce sens, V. Délib. HALDE n° 2009-131, 16 mars 2009.

(78) Sur le critère de la situation de famille, V. *supra*, n°s 340 et 5.

(79) En ce sens, V. Cass. 1^{re} civ., 29 mai 1984, n° 82-12.232 : *Bull. civ.* 1984, I, n° 176. La Cour de cassation estime que dès lors que l'attribution d'une prime est subordonnée à la communication de la déclaration de revenus des personnes appelées à percevoir cette prime, une telle communication ne peut être considérée comme faite volontairement. À défaut d'être librement consentie, la communication exigée constitue une atteinte illégitime à la vie privée du salarié, au sens de l'article 9 du Code civil. La solution dégagée peut être utilement contournée en ne demandant pas la production de la fiche d'imposition dans sa totalité, mais une version qui ne présenterait que les informations pertinentes en vue de l'octroi du bénéfice recherché (par ex., uniquement le montant des revenus déclarés).

pratique⁽⁸⁰⁾, du soutien des représentants du personnel. Exclu de l'entreprise avant même de l'avoir intégrée, il tend naturellement à s'adresser à des institutions extérieures pour établir la discrimination dont il aurait été victime.

514. – Le législateur charge néanmoins le comité d'entreprise de contrôler, préalablement à leur mise en œuvre, les méthodes et techniques de recrutement utilisées dans l'entreprise⁽⁸¹⁾, garantissant aux représentants du personnel un droit de regard sur un aspect des relations de travail qui aurait pu, faute d'intérêt direct, échapper à leur vigilance⁽⁸²⁾. « L'information préalable exigée se veut essentiellement dissuasive⁽⁸³⁾ » et vaut, à notre sens, contrôle : la pression des représentants du personnel contraint le chef d'entreprise à adopter des tests d'embauche licites.

515. – Générale, l'obligation d'information s'applique à toutes les méthodes utilisées par l'employeur afin de s'assurer⁽⁸⁴⁾ « de l'adaptation des candidats aux emplois proposés ou de leurs aptitudes professionnelles⁽⁸⁵⁾ ». Elle s'impose également aux recrutements effectués par le biais d'entreprises spécialisées⁽⁸⁶⁾.

516. – **Limite du contrôle.** Le contrôle des représentants du personnel sur les procédures de recrutement est limité par son domaine : il ne s'applique qu'aux procédures officielles et collectives. Restent en dehors de son champ les pratiques individuelles et officieuses de certains recruteurs alors même qu'elles sont la principale source de discrimination à l'embauche. L'obligation d'information édictée⁽⁸⁷⁾, qui n'existe que dans les entreprises dotées d'un comité d'entreprise⁽⁸⁸⁾, demeure alors insuffisante.

(80) L'article L. 2313-2 du Code du travail reconnaît cependant aux délégués du personnel la possibilité de mener une enquête lorsqu'ils constatent « une mesure discriminatoire en matière d'embauche ».

(81) C. trav., art. L. 2323-32 : « Le comité d'entreprise est informé, préalablement à leur utilisation, sur les méthodes ou techniques d'aide au recrutement des candidats à un emploi ainsi que sur toute modification de celle-ci ».

(82) Avant l'introduction de cette disposition par l'article 28 de la loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992 relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage, le comité d'entreprise n'était destinataire que d'informations quantitatives sur le recrutement pratiqué par l'entreprise.

(83) J.-E. Ray, *Comité d'entreprise, transparence et dissuasion, étude critique de l'article L. 432-2-1* : *Dr. soc.* 1993, p. 215 et s. Le professeur Ray précise que « cette information préalable se veut essentiellement dissuasive : quel chef d'entreprise osera avouer à ses délégués que les Scorpions et autres Gémeaux sont systématiquement écartés des procédures, ou que la numérogie lui interdit d'embaucher M^{me} Y ou M. X ? La peur du ridicule peut en effet se révéler plus dissuasive qu'une amende ou une astreinte ». Ces remarques s'appliquent *a fortiori* dans le cadre de procédures de recrutement discriminatoires. Outre les atteintes à l'image de l'entreprise évoquées, la révélation de telles procédures fait encourir des sanctions pénales.

(84) En ce sens, V. Circ. DRT n° 93-10, 15 mars 1993, relative à l'application des dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles (titre V de la loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992 relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage).

(85) C. trav., art. L. 1221-6 : « Les informations demandées, sous quelque forme que ce soit, au candidat à un emploi ne peuvent avoir comme finalité que d'apprécier sa capacité à occuper l'emploi proposé ou ses aptitudes professionnelles ».

(86) En ce sens, V. Circ. DRT n° 93-10, 15 mars 1993, relative à l'application des dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles (titre V de la loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992 relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage). L'administration précise que la protection édictée « intervient quel que soit le mode de recrutement du candidat, direct ou indirect. Autrement dit, la loi est applicable aux employeurs qui recrutent directement ainsi qu'à tous les organismes intermédiaires d'aide au recrutement et en particulier aux conseils en recrutement ». La circulaire ne précise pas comment l'entreprise peut exiger de son prestataire la communication des éléments à soumettre au comité d'entreprise.

(87) Contrairement aux souhaits de certains, si l'article L. 2323-32 du Code du travail impose à l'employeur d'informer le comité d'entreprise des méthodes de recrutement mises en œuvre, il n'impose pas qu'elles soient pertinentes et scientifiquement éprouvées (sur cet aspect, V. G. Lyon-Caen, *Les libertés publiques et l'emploi*, La Documentation française, 1992, cité par L. Darracq, *La protection de la vie personnelle du salarié au travail : Semaine sociale Lamy* 1990, suppl. n° 940, spéc. p. 15). Les méthodes de recrutement doivent faire l'objet d'une information du comité d'entreprise, et non d'une consultation.

(88) Certains regrettent que cette obligation d'information ne soit pas étendue aux délégués du personnel dans les entreprises de moins de cinquante salariés (en ce sens, V. J. Grinsnir, *Les dispositions nouvelles relatives au recrutement*

B. – La révélation du risque après l'embauche

517. – « L'information est la clé de l'action⁽⁸⁹⁾ » : destinataire de nombreux éléments économiques et financiers, le comité d'entreprise dispose, directement ou par le biais de commissions spécialisées⁽⁹⁰⁾, de données pertinentes dans la traque des discriminations. Celles-ci ont vocation à servir de base à des négociations d'entreprise destinées à lutter contre les distinctions illicites⁽⁹¹⁾.

518. – **Bilan social.** Apparu dans la pratique des entreprises au cours des années 1970⁽⁹²⁾, le bilan social a été rendu obligatoire par une loi de 1977⁽⁹³⁾. Constat statique, il offre « dans un document unique et chiffré, une image claire de la situation sociale de l'entreprise⁽⁹⁴⁾ ». Dans une optique dynamique, il permet « de mesurer les changements intervenus au cours de l'année écoulée et des deux années précédentes⁽⁹⁵⁾ ». Soumis pour avis aux délégués du personnel, il est transmis dans les quinze jours de son adoption à l'inspection du travail⁽⁹⁶⁾. Exigeant un important travail préparatoire, même si l'employeur qui communique de fausses informations n'encourt aucune sanction spécifique⁽⁹⁷⁾, il n'est obligatoire⁽⁹⁸⁾ que dans les entreprises d'au moins trois cents salariés⁽⁹⁹⁾.

individuel et aux libertés individuelles (Loi du 31 décembre 1992) : Dr. ouvrier 1993, p. 237 et s., spéc. p. 239 : « [L'obligation d'information sur les méthodes de recrutement mises en œuvre dans l'entreprise] mérite d'être appréciée, tout en déplorant une fois encore, que les entreprises disposant d'un comité d'entreprise, dont les salariés bénéficient déjà de nombreux pouvoirs de contrôle (...) verront se creuser l'écart qui les sépare de ceux qui ne disposent pas de ce comité d'entreprise ».

(89) B. Teyslié, *Droit du travail, Relations collectives*, Litec, 7^e éd. 2010, n° 236.

(90) L'article L. 2325-34 rend obligatoire, dans les entreprises de plus de 200 salariés, la création d'une commission de l'égalité professionnelle. À défaut de missions limitativement énumérées par le législateur, elle pourrait, à notre sens, traiter des questions de discrimination. Cette commission peut comprendre des membres de l'entreprise n'appartenant pas au comité (C. trav., art. R. 2325-4). La création de commissions spécialisées par le comité d'entreprise est libre (C. trav., art. L. 2325-22), et rien ne s'oppose, à notre sens, à la mise en œuvre d'une commission consacrée à la discrimination.

(91) C. trav., art. L. 2242-5 : « L'employeur engage chaque année une négociation sur les objectifs d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes dans l'entreprise (...) cette négociation s'appuie sur les éléments figurant dans le rapport de situation comparée prévue par l'article L. 2323-57, complété éventuellement par des indicateurs tenant compte de la situation particulière de l'entreprise ». Sur ces négociations, V. *infra*, n°s 766 et s.

(92) La pratique du bilan social est apparue dans les entreprises européennes à cette période sous l'influence du « modèle américain », qui vise à afficher un comportement social et une image de l'entreprise favorables. En ce sens, V. X. Carsin, *Comité d'entreprise : fonctionnement, bilan social : JCl. Travail Traité*, Fasc. 15-19.

(93) L'obligation d'établir un bilan social de l'entreprise est issue d'une loi n° 77-769 du 12 juillet 1977 relative au bilan social. Certaines entreprises avaient devancé cette obligation légale en créant leur propre bilan social (en ce sens, V. A. Di Maggio, J.-J. Pascaud, R. Penalva et J. Pruneaux, *Le bilan social des entreprises : Dr. soc. 1977*, p. 147 et s.). Tous les indicateurs issus de la pratique n'ont pas été consacrés par la loi.

(94) M. Aubry, *Le bilan social, une innovation ? : Dr. soc. 1978*, p. 265 et s., spéc. p. 266.

(95) C. trav., art. L. 2323-70 : « Le bilan social récapitulatif en un document unique les principales données chiffrées permettant d'apprécier la situation de l'entreprise dans le domaine social, d'enregistrer les réalisations effectuées et de mesurer les changements intervenus au cours de l'année écoulée et des deux années précédentes ».

(96) C. trav., art. L. 2323-73 : « Les bilans sociaux des entreprises (...) ainsi que le procès-verbal de la réunion de ce comité, sont adressés à l'inspection du travail dans un délai de quinze jours à compter de cette réunion ».

(97) M. Aubry, *Le bilan social, une innovation ? : Dr. soc. 1978*, p. 265 et s., spéc. p. 267 : « Il n'a pas été prévu de pénalités pour diffusion d'informations incomplètes ou fausses mais si ces cas se produisaient, les représentants du personnel pourraient saisir la juridiction particulièrement adaptée pour saisir ce type de problème. L'idée d'un contrôle formel des calculs des indicateurs par les experts-comptables, un corps de contrôle social ou l'inspecteur du travail, a été rejetée (...). Le bilan social doit rester autant que possible un outil interne à l'entreprise, sans intervention de personnes extérieures ». Ne concernant pas un litige individuel, « la juridiction particulièrement adaptée pour saisir ce type de problème » est, à notre sens, le tribunal de grande instance, en raison de sa compétence générale.

(98) C. trav., art. L. 2328-2 : « Le fait, dans une entreprise de plus de trois cents salariés (...) de ne pas établir et soumettre annuellement au comité d'entreprise [le bilan social] est puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 € ».

(99) C. trav., art. L. 2323-68 : « Dans les entreprises et organismes mentionnés au premier alinéa de l'article L. 2321-1 ainsi que dans les entreprises mentionnées à l'article L. 2323-77, l'employeur établit et soumet annuellement au comité d'entreprise un bilan social lorsque l'effectif habituel de l'entreprise est au moins de trois cents salariés ».

519. – Des dispositions de l'article R. 2323-17 du Code du travail qui en fixent le contenu légal⁽¹⁰⁰⁾, de substantielles informations pour la révélation des discriminations peuvent être dégagées. Doivent notamment y figurer les rémunérations mensuelles moyennes par catégorie professionnelle⁽¹⁰¹⁾ et la grille des rémunérations. Confrontant ces données brutes⁽¹⁰²⁾ à sa situation personnelle, chaque salarié est incité à prendre conscience de la différence de traitement dont il est l'objet. L'obligation de discrétion⁽¹⁰³⁾ ne saurait être opposée aux membres du comité d'entreprise qui transmettent au personnel les données du document définitif⁽¹⁰⁴⁾ puisque telle est sa vocation⁽¹⁰⁵⁾. Sur le plan collectif, la publicité donnée par le bilan social à des informations autrefois tenues secrètes encourage un débat interne à l'entreprise. L'obligation de consultation⁽¹⁰⁶⁾ impose au chef d'entreprise de dévoiler, donc de justifier, les critères de distinction qu'il met en œuvre. Si la consécration du bilan social n'a pas « entamé la substance même du pouvoir de l'employeur » comme certains pouvaient l'espérer⁽¹⁰⁷⁾, la révélation d'éléments auparavant dissimulés le contraint à la transparence.

520. – En dépit de l'indéniable intérêt qui s'y attache, certains reprochent aux indicateurs du bilan social d'être mal conçus et de ne pas permettre d'apprécier la situation réelle de l'entreprise⁽¹⁰⁸⁾. Le recours à des rémunérations moyennes sur des catégories trop larges de salariés, qui n'effectuent pas un travail de valeur comparable, ne permet pas au principe d'égalité de traitement de s'épanouir et à la discrimination d'être mise en lumière. Malgré ces critiques, ces informations présentent le mérite d'exister et constituent un outil utile dans la lutte contre les distinctions illicites.

(100) Le socle légal constitue un minimum et rien n'empêche une entreprise de prévoir d'autres indicateurs dans son bilan (en ce sens, V. X. Carsin, *Comités d'entreprise : fonctionnement, bilan social* : JCl. Travail Traité, Fasc. 15-19, n° 20).

(101) L'information contenue dans le bilan social pourra se révéler insuffisante car peu précise. La qualification retenue doit être détaillée en cinq postes au minimum. Une analyse plus fine est exigée pour établir une situation comparable, préalable à la démonstration de la différence de traitement.

(102) Le salarié de l'entreprise peut avoir directement accès aux informations contenues dans le bilan social sans l'entremise des représentants du personnel (en ce sens, V. C. trav., art. L. 2323-72).

(103) C. trav., art. L. 2325-5.

(104) M. Carsin estime que l'obligation de discrétion pourrait être opposée par l'employeur sur le projet de document soumis au comité puisque seul le bilan social définitif a vocation à être diffusé. Selon lui, la discrétion pourrait également être invoquée « à l'égard des informations complémentaires ou contenues dans des documents justificatifs joints au projet de bilan et destinées à l'éclairer » (X. Carsin, *Comités d'entreprise : fonctionnement, bilan social* : JCl. Travail Traité, Fasc. 15-19, n° 20).

(105) Selon l'article L. 2323-72 du Code du travail, le bilan social est mis à la disposition de tout salarié qui en fait la demande.

(106) C. trav., art. L. 2323-72 : « Le comité d'entreprise ou d'établissement émet chaque année un avis sur le bilan social ». Le bilan social est adopté en deux temps : établi par l'employeur, un projet est soumis au comité d'entreprise. Au cours de la réunion pour avis, l'institution représentative du personnel formule ses propositions de modification. Le projet peut alors, si l'employeur le souhaite, être modifié en tenant compte des remarques des membres du comité d'entreprise. Si l'employeur use de cette faculté, le comité d'entreprise n'est, *in fine*, pas consulté sur le bilan social finalement adopté ; aucune nouvelle consultation n'est, en effet, prévue.

(107) Pour certains, le bilan social peut aller au-delà de la simple information, et serait un élément favorisant la cogestion de l'entreprise. Le professeur Dumont estime que si « le bilan social est suffisamment précis et détaillé, on peut affirmer que le caractère absolu du pouvoir du chef d'entreprise sera entamé dans sa substance même » (J. Dumont, *Le bilan social* : Dr. soc. 1978, p. 137 et s., spéc. p. 139). Cette prophétie ne s'est pas réalisée ; le bilan social n'est qu'une information parmi d'autres délivrée au comité d'entreprise. La comparaison des résultats qu'il présente avec des cas individuels permet de révéler des ruptures d'égalité illicites.

(108) C. Morel, *Le droit et le réel à travers une radioscopie de la législation sur le bilan social* : Dr. soc. 1985, p. 20 et s., spéc. p. 22. L'auteur reproche le recours à l'indicateur sur les moyennes de rémunération. Il estime que « leur signification est réduite car elles sont perverties par les effets de structure, c'est-à-dire par les mouvements d'effectifs d'une catégorie à l'autre qui modifient la moyenne globale, sans changer les salaires individuels ».

521. – Dilution de l'information. La réalisation d'un bilan social annuel ne dispense pas l'employeur de ses autres obligations en matière d'information et de consultation du comité d'entreprise⁽¹⁰⁹⁾. Au détriment des efforts de l'employeur⁽¹¹⁰⁾ et de la cohérence de la consultation des représentants du personnel, est expressément consacrée la redondance des renseignements exigés au titre des différents documents obligatoires. À cette répétition superflue⁽¹¹¹⁾, participe le rapport d'information annuelle mentionné aux articles L. 2323-47⁽¹¹²⁾ et L. 2323-55⁽¹¹³⁾ du Code du travail. Selon nous, son unique avantage réside dans son seuil de mise en place : il est obligatoire dans toutes les entreprises dotées d'un comité d'entreprise⁽¹¹⁴⁾. Son étude par la commission économique⁽¹¹⁵⁾ du comité d'entreprise pouvant donner lieu à l'audition de tout cadre supérieur ou dirigeant de l'entreprise⁽¹¹⁶⁾ impliqué dans la gestion des ressources humaines, des informations complémentaires sur les politiques de rémunération et d'évaluation des salariés peuvent, à cette occasion, être obtenues.

522. – Dans les entreprises d'au moins cent salariés⁽¹¹⁷⁾, doit également être transmis au comité d'entreprise, directement ou par l'intermédiaire de la commission de l'égalité professionnelle⁽¹¹⁸⁾, « un rapport écrit sur la situation comparée des condi-

(109) C. trav., art. L. 2323-68 : « Ces obligations [d'établir un bilan social] ne se substituent à aucune des obligations d'information et de consultation du comité d'entreprise ou d'établissement qui incombent à l'employeur en application, soit de dispositions légales, soit de stipulations conventionnelles ».

(110) La préparation et la conception des différents documents exigent un important travail. Leur présentation aux représentants du personnel mobilise un temps précieux.

(111) Dans les entreprises de moins de 300 salariés, le rapport annuel doit comporter « une analyse des données chiffrées par catégorie professionnelle de la situation respective des femmes et des hommes en matière d'embauche, de formation, de promotion professionnelle, de qualification, de classification, de conditions de travail et de rémunération effective » (C. trav., art. R. 2323-9). Ces informations peuvent s'avérer pertinentes pour révéler une rupture d'égalité préalable au contentieux de la discrimination. Les données moyennes qu'il présente peuvent servir dans le cadre d'une discrimination autre que sexuelle.

Dans les entreprises de plus de 300 salariés, déjà tenues d'établir un bilan social, l'article R. 2323-11 impose que le rapport annuel adressé au comité d'entreprise contienne des éléments chiffrés sur « l'évolution de la structure et des montants des salaires ». En vertu de l'article D. 2323-12, le chef d'entreprise est également tenu de présenter des indicateurs chiffrés sur la situation entre les femmes et les hommes ; ces derniers reprennent la majorité des chiffres déjà présentés dans le bilan social en les ventilant selon le sexe des salariés.

(112) Pour les entreprises de moins de 300 salariés, ce rapport doit notamment comprendre des données chiffrées sur « l'évolution de l'emploi, des qualifications, de la formation et des salaires, la situation comparée des conditions générales d'emploi et de formation des femmes et des hommes et les actions en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés dans l'entreprise ».

(113) Pour les entreprises de plus de 300 salariés, ce rapport doit notamment comporter « un état faisant ressortir l'évolution de la rémunération moyenne horaire et mensuelle par sexe, par catégorie telles qu'elles sont prévues à la convention de travail applicable » mais également « les rémunérations minimales et maximales horaires et mensuelles, au cours de l'exercice et par rapport à l'exercice précédent ».

(114) L'accès aux informations pertinentes en partie contenues dans le bilan social est ainsi garanti aux représentants du personnel des entreprises de moins de 300 salariés.

(115) C. trav., art. L. 2325-23 : « Dans les entreprises de mille salariés et plus, une commission économique est créée au sein du comité d'entreprise ou du comité central d'entreprise. Cette commission est chargée notamment d'étudier les documents économiques et financiers recueillis par le comité d'entreprise et toute question que ce dernier lui soumet ». Au titre de cette compétence, la commission économique pourrait être amenée à connaître du rapport d'information annuelle mentionné aux articles L. 2323-55 du Code du travail.

(116) C. trav., art. L. 2325-25 : « [La commission économique] peut demander à entendre tout cadre supérieur ou dirigeant de l'entreprise après accord de l'employeur ».

(117) Dans les entreprises de moins de 300 salariés, les données sur « la situation comparée des conditions générales d'emploi et de formation des femmes et des hommes » sont incluses dans le rapport annuel sur la situation économiques et les perspectives de l'entreprise (en ce sens, V. C. trav., art. L. 2323-47 et R. 2323-8). Contrairement aux entreprises de plus de 300 salariés, les données chiffrées que doit contenir ce rapport sur la situation comparée des hommes et des femmes ne sont pas fixées par décret.

(118) C. trav., art. L. 2325-34. Dans les entreprises de 200 salariés et plus, une commission de l'égalité professionnelle doit être créée au sein du comité d'entreprise. Elle est « notamment chargée de préparer les délibérations du comité

tions générales d'emploi et de formation des femmes et des hommes dans l'entreprise⁽¹¹⁹⁾ » dont le contenu a été précisé par un décret du 22 août 2008⁽¹²⁰⁾. Est ainsi porté à trois le nombre de documents annuels obligatoires traitant des conditions d'emploi remis au comité d'entreprise⁽¹²¹⁾.

523. – Proposition. À défaut d'harmonisation des informations demandées, le bilan social n'est pas le document unique souhaité. L'exigence de transparence et d'information est inutilement affectée par la multiplication des rapports à transmettre au comité d'entreprise. À ce constat, une réponse pourrait être apportée. Le bilan social, rendu obligatoire dans les entreprises d'au moins cinquante salariés⁽¹²²⁾, devrait devenir l'unique vecteur des informations sur les conditions de travail dans l'entreprise : le rapport sur la situation comparée des hommes et des femmes de l'entreprise devrait y être fondu, comme les informations sociales contenues dans le rapport d'information annuel. La rédaction actuelle des textes ne permet cependant pas de mettre en œuvre ce document synthétique⁽¹²³⁾ qui serait, à notre sens, plus pertinent que les informations morcelées actuellement exigées.

SECTION 2

LA RÉVÉLATION PAR LES REPRÉSENTANTS DES SYNDICATS

524. – Implantées dans l'entreprise par l'intermédiaire des délégués syndicaux et disposant de l'expérience nécessaire à la traque des discriminations⁽¹²⁴⁾, les organisations de salariés s'avèrent être un soutien précieux de la victime qui souhaite établir l'illicéité de la distinction dont elle est l'objet. Leur intérêt pour la lutte contre

d'entreprise [sur le rapport de la situation comparée des hommes et des femmes dans l'entreprise] ». Il est regrettable que le seuil de mise en place de cette commission ne soit pas aligné sur celui d'élaboration de ce rapport. Dans les entreprises dont l'effectif est compris entre 200 et 300 salariés, la commission de l'égalité professionnelle est obligatoire ; mais le législateur ne lui assigne aucune mission spécifique.

(119) C. trav., art. L. 2323-57. Ce document n'est pas qu'un simple constat, il doit également prévoir un plan d'action pour l'avenir puisqu'il contient une description des « mesures prises au cours de l'année écoulée en vue d'assurer l'égalité professionnelle, les objectifs prévus pour l'année à venir et la définition qualitative et quantitative des actions à mener à ce titre ainsi que l'évaluation de leur coût ». Le législateur organise un suivi des objectifs ainsi définis. Ainsi, « lorsque les actions prévues par le rapport sur la situation comparée des femmes et des hommes de l'année précédente ou demandées par le comité n'ont pas été réalisées, le rapport de l'année écoulée donne les motifs de cette inexécution » (C. trav., art. L. 2323-58). L'effort de justification de l'employeur est consacré.

(120) D. n° 2008-838, 22 août 2008, relatif aux indicateurs figurant dans le rapport annuel sur la situation comparée des conditions générales d'emploi et de formation des femmes et des hommes dans l'entreprise.

(121) Le bilan social, le rapport annuel et le rapport de situation comparée des hommes et des femmes dans l'entreprise.

(122) Le détail des informations exigées pourrait être modulé en fonction de l'effectif de l'entreprise.

(123) Si rien ne s'oppose à ce qu'une entreprise mentionne l'ensemble des indicateurs dans son bilan social, le contenu impératif du rapport annuel et du rapport de la situation comparée des hommes et des femmes interdit que des informations prévues par le Code du travail n'y figurent pas (en ce sens, V. également A. Chevillard, *Négociation collective d'entreprise et suppression des écarts de rémunérations entre les femmes et les hommes* : Dr. soc. 2009, p. 923 et s., spéc. p. 926 : « On peut toutefois supposer que, dès lors que le rapport contient les indicateurs réglementaires, l'employeur a satisfait à son obligation, même s'il en ajoutait d'autres »).

(124) Les délégués syndicaux ont accès au bilan social (C. trav., art. L. 2323-72), au rapport sur la situation comparée des hommes et des femmes dans l'entreprise (C. trav., art. L. 2323-57).

les discriminations est pourtant récent : la baisse de leur effectif les a contraints à faire de cet objectif une priorité de leur action (§ 1) ; le législateur leur offre des moyens d'action (§ 2).

§ 1. – La position des syndicats en matière de discrimination

525. – **Évolution de la position des syndicats.** Avant de prétendre au rôle de révélateur des discriminations dans l'entreprise, les membres des organisations syndicales en ont souvent été les victimes conscientes. Bien que formellement interdites depuis 1956⁽¹²⁵⁾, les distinctions fondées sur l'appartenance syndicale étaient perçues et acceptées comme la conséquence « logique » de cet engagement ; dès lors, les organisations de salariés ont longtemps considéré la lutte contre les discriminations comme un combat illégitime. Subir les mesures de rétorsion de l'employeur était même une preuve de la pertinence et de l'efficacité des actions menées⁽¹²⁶⁾.

526. – Cette position de principe traduisait une logique d'affrontement dans les rapports sociaux de l'entreprise. Or celle-ci a été abandonnée au profit d'une dynamique de dialogue. Ce nouveau paradigme implique de garantir aux représentants du personnel une évolution de carrière identique à celle offerte aux autres salariés. Les syndicats ont donc délaissé « leur logique de victimisation au profit d'une logique de dénonciation⁽¹²⁷⁾ ». La traque et la réparation des distinctions illégitimes résultant de l'engagement syndical sont érigées en condition de survie des organisations de salariés⁽¹²⁸⁾ puisqu'elles contribuent à enrayer la baisse de leur effectif. Ces dernières ont développé des méthodes spécifiques pour révéler les discriminations syndicales qui⁽¹²⁹⁾, si elles peuvent résulter d'une mesure ponctuelle⁽¹³⁰⁾, ne s'apprécient le plus souvent qu'à l'échelle de la carrière du salarié concerné⁽¹³¹⁾.

(125) La loi n° 56-416 du 27 avril 1956 tendant à assurer la liberté syndicale et la protection du droit syndical prohibe tant la discrimination d'un salarié en raison de son appartenance ou de son activité syndicale que les moyens de pression en faveur ou à l'encontre d'une organisation syndicale.

(126) R. Spire, *Agir contre la discrimination syndicale au travail : le droit en pratique* : Dr. ouvrier 2006, p. 170 et s., spéc. p. 182. L'auteur précise que « la tradition du sacrifice était tellement ancrée dans les esprits que le fait d'être discriminé était considéré comme une preuve de sa valeur syndicale, de son caractère combatif ».

(127) R. Spire, *Agir contre la discrimination syndicale au travail : le droit en pratique* : Dr. ouvrier 2006, p. 170 et s., spéc. p. 184.

(128) En ce sens, V. M. Mine, note ss Cons. prud'h. Moulins, 27 nov. 2001 : Dr. ouvrier 2002, p. 326 et s., spéc. p. 330 : « La discrimination dans la vie professionnelle était perçue comme la conséquence "naturelle" de l'engagement syndical. Ceci explique en partie que l'action syndicale fut réelle contre le licenciement des délégués syndicalistes mais fut globalement très réduite contre la discrimination dans l'emploi. Cette attitude s'est avérée, de plus en plus, dissuasive à l'égard des jeunes salariés et pour certaines catégories (cadres notamment) ».

(129) Sur la réparation des discriminations syndicales et la méthode développée par le syndicat CGT, V. *La méthode Clerc* : *Semaine sociale Lamy* 2004, 15 nov. 2004, n° 1190, p. 9.

(130) En ce sens, V. Cass. crim., 27 mars 1990, n° 88-85.155 : RJS 1990, n° 594. À la suite de leurs engagements syndicaux, des salariés avaient vu leur notation subitement baisser, ce qui avait eu pour effet de les priver de certaines primes.

(131) L. Bonnard-Plancke et P.-Y. Verkindt, *La lutte contre la discrimination syndicale, millésime 2005* : Dr. soc. 2006, p. 393 et s., spéc. p. 395 : « C'est le cas lorsqu'un salarié constate, après plusieurs mois ou plusieurs années, un ralentissement de sa carrière ou de la progression de sa rémunération et que certains indices le conduisent à corréliser cet état de fait avec l'accès à un mandat ou avec son investissement dans l'action syndicale ».

527. – Bien que les victimes ne semblent pas s’orienter en premier lieu vers elles⁽¹³²⁾, l’expérience acquise par les centrales dans la lutte contre les discriminations syndicales pourrait être mobilisée au bénéfice des autres motifs de distinction illicites.

528. – **Sécurité juridique.** L’évolution de la position des organisations syndicales porte-t-elle atteinte à la sécurité juridique ? Les distinctions aujourd’hui condamnées étaient, lors de leur mise en œuvre, tolérées par les victimes. Ce n’est qu’*a posteriori* que des décisions qui constituaient la norme sont considérées par le juge comme illégitimes. Certains pourraient soutenir que la nouvelle acception de la lutte contre les discriminations entraîne l’application rétroactive de normes répressives. Ce raisonnement ne saurait prospérer : même si la discrimination syndicale était acceptée par les partenaires sociaux, elle n’en demeurerait pas moins illicite. Le consentement de la victime à l’acte illégal ne peut justifier l’atteinte portée à sa dignité et à l’intérêt collectif des salariés⁽¹³³⁾.

§ 2. – L’action des syndicats en matière de discrimination

529. – Craignant l’inertie de la victime de discrimination⁽¹³⁴⁾, le législateur a offert aux syndicats représentatifs la possibilité d’engager une action de substitution pour son compte (A). Ces derniers peuvent néanmoins souffrir de la concurrence de certaines associations à qui sont accordées des compétences similaires (B).

A. – Le syndicat, auteur des poursuites pour le compte de la victime

530. – L’initiative de l’organisation syndicale (1°) doit s’articuler avec le principe d’unicité de l’instance prud’homale (2°).

1° L’action de substitution

531. – **Initiatives du syndicat.** À la constatation par le représentant du syndicat dans l’entreprise d’une distinction illicite, répond la faculté qui lui est reconvenue de saisir le juge pour le compte de la victime. Introduit par la loi du 16 novembre 2001⁽¹³⁵⁾, le pouvoir octroyé à l’organisation de salariés l’autorise à exercer

(132) Selon un sondage CSA/HALDE de décembre 2010, les victimes de discriminations en réfèrent principalement à la direction (43 %) puis aux syndicats ou représentants du personnel (40 %). Sur ce sondage, V. JCP S 2011, act. 90 « Discrimination : les travailleurs favorables aux sanctions ».

(133) Le consentement de la victime n’est pas un fait justificatif en droit pénal (en ce sens, V. J. Pradel, *Droit pénal général*, Cujas, 17^e éd. 2009, n° 547 : « Le consentement de la victime n’est pas un fait justificatif et n’efface donc pas le caractère délictueux de l’infraction. La répression a, en effet, pour but d’assurer la satisfaction de l’intérêt général, non celle des intérêts particuliers. Elle ne saurait donc être sous la dépendance d’une volonté individuelle »).

(134) En ce sens, V. B. Teyssié, *Droit civil. Les personnes*, Litec, 12^e éd. 2010, spéc. n° 855 : « Craignant l’inertie de salariés qui, victimes de la violation de droits individuels, hésitent cependant à agir contre leur employeur, le législateur a donné, en certains cas, aux syndicats, la faculté de mettre en œuvre, sans avoir à justifier d’un mandat en ce sens, l’action personnelle des intéressés ».

(135) L. n° 2001-1066, 16 nov. 2001, relative à la lutte contre les discriminations. La loi 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 hommes et les femmes avait introduit dans le Code du travail une action de substitution uniquement au bénéfice des victimes de discriminations sexistes.

« en justice toutes les actions résultant de l'application des dispositions du [chapitre du Code du travail consacré à la non-discrimination⁽¹³⁶⁾] ». Spectatrice du litige engagé pour son compte, la victime serait moins exposée aux mesures de rétorsion de l'employeur⁽¹³⁷⁾.

532. – Le législateur offre également aux organisations syndicales la possibilité d'agir en défense de l'intérêt collectif de la profession⁽¹³⁸⁾. Cette action ne se confondant pas avec les dispositions de l'article L. 1134-2 du Code du travail, puisqu'elles n'ont pas le même objet⁽¹³⁹⁾, l'exercice de l'une ne s'oppose pas à la mise en œuvre de l'autre⁽¹⁴⁰⁾.

533. – À l'inverse, le droit suisse ne conçoit pas l'action d'un syndicat sans intérêt pour la collectivité des salariés. Pour qu'un syndicat puisse engager une action pour le compte d'une victime, il faut que « l'issue du procès affecte un nombre considérable de rapports de travail⁽¹⁴¹⁾ ». La défense de l'intérêt particulier du salarié n'est pas l'objectif : elle n'est qu'un moyen de promouvoir l'intérêt collectif de la profession. Telle n'est pas la solution retenue par les dispositions internes : peu important l'enjeu collectif de l'action individuelle projetée, est reconnu aux syndicats le droit d'agir pour le compte de certains salariés en raison de leur état de faiblesse présumé.

534. – **Implication du salarié.** Si le syndicat n'a pas à se prévaloir d'un mandat, l'information formelle et préalable du salarié est une condition à l'exercice d'une action de substitution⁽¹⁴²⁾. Cet écrit fixe les limites de l'action que le syn-

(136) C. trav., art. L. 1134-2.

(137) Un auteur estime que l'action en substitution du syndicat « peut servir de bouclier au salarié en litige avec son employeur » (en ce sens, V. M. Keller, *L'autonomie des actions en justice du salarié et du syndicat et la règle de l'unicité de l'instance* : RDT 2008, p. 404 et s., spéc. p. 405). Cette position peut néanmoins être discutée. La victime, même passive, conserve la faculté de mettre un terme à l'instance et elle est donc susceptible de faire l'objet de pression de la part de l'employeur.

(138) C. trav., art. L. 2132-3 : « [Les syndicats professionnels] peuvent, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent ».

(139) Le professeur Gauriau précise que l'action de substitution ne fait pas obstacle à l'exercice par le syndicat de son action en défense de l'intérêt collectif de la profession puisque ces deux actions ont des finalités différentes (en ce sens, V. B. Gauriau, *Syndicat professionnel : Moyens d'actions* : JCl. Travail Traité, Fasc. 12-20). À notre sens, ces deux actions peuvent même être engagées simultanément, un acte unique de l'employeur pouvant porter atteinte à ces deux intérêts distincts.

(140) En ce sens, V. Cass. soc., 28 nov. 1995, n° 93-85.806 : Bull. civ. 1995, V, n° 361. La chambre sociale pose que le droit reconnu aux organisations syndicales d'exercer les actions individuelles qui naissent des dispositions régissant le licenciement pour motif économique, aux lieu et place des salariés concernés par cette mesure, n'apporte aucune restriction au droit qui leur est accordé pour agir en justice dans le cadre de la défense des intérêts collectifs des professions qu'ils représentent. Le mécanisme d'action en substitution étant identique, cette solution est transposable à l'hypothèse des discriminations.

(141) R. Wyler, *Droit du travail*, Stämpfli Éd. SA Berne, 2^e éd. 2008, p. 641. Selon l'auteur, « les organisations qui sont constituées depuis deux ans au moins et qui ont pour tâche, en vertu de leurs statuts, de promouvoir l'égalité entre hommes et femmes ou de défendre les intérêts des travailleurs, ont qualité pour agir en leur propre nom, en vue de faire constater une discrimination, lorsqu'il paraît vraisemblable que l'issue du procès affectera un nombre considérable de rapports de travail ». M. Wyler précise « que le droit d'action des organisations est indépendant du consentement de la ou des personnes concernées ».

(142) L'organisation syndicale qui souhaite ester en justice doit informer le salarié par écrit de son intention. À défaut de réponse du salarié dans les quinze jours suivant la notification de la demande du syndicat, son consentement à l'action engagée est présumé. Il conserve le droit d'intervenir à l'instance initiée par le syndicat. Ce délai de quinze jours n'est pas édicté sous peine de nullité : l'information du salarié peut intervenir le jour de l'introduction de l'instance dès lors que le juge se prononce après le délai de réflexion permettant au salarié de s'opposer à l'action (en ce sens, V. Cass. soc., 1^{er} févr. 2000, n° 98-41.624 : Bull. civ. 2000, V, n° 52).

dicat engage et seules les revendications qu'il mentionne pourront être poursuivies en justice⁽¹⁴³⁾. Si des demandes nouvelles sont introduites en cours d'instance, elles devront faire l'objet d'une information du salarié dans les mêmes formes⁽¹⁴⁴⁾. L'opposition de la victime fait obstacle à l'exercice des voies de recours par l'organisation syndicale⁽¹⁴⁵⁾ : elle conserve la faculté d'interrompre à tout moment le contentieux engagé pour son compte⁽¹⁴⁶⁾. « Parce que l'action a pour but d'obtenir la réalisation de ses droits⁽¹⁴⁷⁾ », et même s'il n'en a pas l'initiative, le salarié demeure l'un des maîtres du procès ; sa liberté d'agir en justice est préservée⁽¹⁴⁸⁾.

535. – Critiques infondées. En prolongeant les moyens d'action du syndicat sur le terrain judiciaire, l'action en substitution présente un intérêt indéniable. Pourtant, certains en critiquent le principe même. Elle « [accolerait] une étiquette autoritaire aux syndicats » qui n'ont pas à solliciter l'accord des salariés pour agir. Ils seraient incités à délaissier les véritables préoccupations du personnel pour « faire de la procédure sans besoin véritable⁽¹⁴⁹⁾ ». Les arguments développés ne sauraient emporter la conviction puisque la liberté du syndicat s'oppose aux effets dénoncés. L'organisation syndicale n'est jamais contrainte de s'engager dans cette voie : si elle estime que les répercussions engendrées sont supérieures aux bénéfiques escomptés⁽¹⁵⁰⁾, son libre arbitre la conduira à s'abstenir. Comme il a pu être précisé, « il n'est dans l'intérêt d'aucune organisation de former des recours abusifs, qui feraient perdre tout crédit à leurs auteurs⁽¹⁵¹⁾ ».

(143) Cass. soc., 1^{er} févr. 2000, n° 98-46.201 : *Bull. civ.* 2000, V, n° 53 ; *RJS* 2000, n° 381. L'envoi d'un courrier pour informer le salarié de l'action projetée par le syndicat est une formalité substantielle protectrice du consentement de ce dernier à l'instance envisagée. Il en ressort que le syndicat ne peut présenter des demandes autres que celles mentionnées dans cette lettre. Si l'information écrite fixe les termes du litige, le syndicat n'a pas à préciser les demandes qui vont être effectuées dès lors qu'il précise les motifs de la demande (en ce sens, V. Cass. soc., 3 mars 2009, n° 07-44.676 : *RJS* 2009, n° 450). Une cour d'appel a pu estimer qu'un courrier indiquant aux salariés qu'un syndicat souhaitait engager une action pour faire respecter le droit de grève était suffisant dès lors qu'il précisait la nature de la demande (faire juger que la mesure de l'employeur était discriminatoire) et son objet (faire sanctionner l'employeur). Les demandes de dommages et intérêts formées par le syndicat, mais non mentionnées dans le courrier adressé aux salariés, n'étaient que la mise en œuvre de la sanction réclamée et pour laquelle les salariés avaient été informés.

(144) En ce sens, V. Cass. soc., 1^{er} févr. 2000, n° 98-46.201 : *Bull. civ.* 2000, V, n° 53 ; *RJS* 2000, n° 381.

(145) F. Petit, *L'action de substitution, un cadeau promis à un avenir meilleur* : *Dr. soc.* 2004, p. 262 et s., spéc. p. 270 : « Dès lors qu'on reconnaît au salarié la possibilité de mettre un terme à tout moment à l'action, il est nécessaire de lui reconnaître aussi la faculté de faire obstacle aux voies de recours que le syndicat voudrait exercer ».

(146) Il résulte d'une décision du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1989 (n° 89-257 DC) que dans le cadre d'une action de substitution exercée pour son compte par une organisation syndicale, le salarié dispose du droit de mettre un terme à l'action à tout moment.

(147) F. Petit, *L'action de substitution, un cadeau promis à un avenir meilleur* : *Dr. soc.* 2004, p. 262 et s., spéc. p. 270.

(148) B. Teysié, *Droit civil Les personnes*, Litec, 12^e éd. 2010, spéc. n° 855.

(149) Sur la critique du principe même de l'action en substitution, V. M. Cohen, *Le droit de substitution, cadeau empoisonné aux syndicats* : *Dr. soc.* 1990, p. 790 et spéc. p. 792. L'auteur remarque que « pour mener à bien une demande aux prud'hommes, une étude préalable du dossier avec le salarié intéressé est indispensable. À supposer qu'il connaisse l'existence de ce dernier et son adresse, comment un syndicat pourrait-il mener cette étude avec lui s'il se substitue à l'intéressé et ne prend pas contact avec lui ? Cela confine à l'utopie ».

(150) E. Jeuland, *Modalités de l'action en substitution d'un syndicat devant la juridiction prud'homale* : *JCP G* 2001, II, 10451. Le professeur Jeuland estime qu'il est excessif de qualifier les actions de substitution de « cadeau empoisonné fait aux syndicats » puisqu'ils demeurent libres de ne pas les engager. Selon lui, elles ne portent pas atteinte à la liberté des salariés, qui peuvent s'y opposer. Ces actions de substitution « seraient la marque de l'interdépendance des individus en matière de droit du travail (...) qui signifierait que le syndicat intéressé par un contrat de travail litigieux a la possibilité d'agir à la place du salarié concerné et resté inactif ».

(151) J.-P. Soisson, *La loi du 2 août 1989 relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion* : *Dr. soc.* 1989, p. 621 et s., spéc. p. 627.

2° L'articulation des actions

536. – Unicité de l'instance. L'information préalable du salarié permet de concilier l'initiative syndicale et le principe d'unicité⁽¹⁵²⁾ de l'instance prud'homale. La possibilité d'agir de l'organisation de salariés ne saurait priver la victime, titulaire de l'action, d'un recours qu'elle aurait souhaité exercer à un moment qu'elle estimait plus opportun⁽¹⁵³⁾. La Cour de cassation précise que l'opposition du salarié à l'action en substitution ne vaut pas renonciation à son droit d'action. Il conserve la possibilité d'engager personnellement un contentieux sur le même fondement que l'action en substitution qu'il a refusée⁽¹⁵⁴⁾. L'opposition manifestée par le salarié le rend étranger à l'action engagée par le syndicat ; l'unicité de l'instance, faute d'identité des parties⁽¹⁵⁵⁾, ne pourra lui être ultérieurement opposée.

537. – Au salarié qui est préalablement informé de l'action qui va être engagée, une stratégie d'attente peut être recommandée⁽¹⁵⁶⁾. En sa position de spectateur, il tire profit des arguments invoqués et des réponses apportées par le juge. Si l'action échoue, le salarié passif ne s'est pas exposé inutilement à des mesures de rétorsion. Si elle se révèle fructueuse, il dispose d'éléments pertinents pour faire valoir ses droits.

538. – Mise en échec de l'action de substitution par les règles procédurales. Les organisations de salariés ne sauraient porter un différend au profit d'une victime qui a été, ou est encore, en litige avec son employeur. L'unicité de l'instance constitue un obstacle dirimant à leur initiative. Par ailleurs, l'action de substitution ne saurait permettre de contourner les règles de la prescription. L'action prescrite pour la victime l'est également pour le syndicat.

539. – Aux associations bénéficiant également d'une action de substitution en faveur des salariés est offerte la possibilité de mettre en échec le principe d'unicité de l'instance. La jurisprudence estime que ce dernier ne s'oppose pas au droit reconnu à la partie civile par les articles 2 et 3 du Code de procédure pénale d'engager des poursuites devant la juridiction répressive pour faire reconnaître l'existence d'une infraction et obtenir la réparation du préjudice personnel qu'elle a subi⁽¹⁵⁷⁾. Or, l'article 2-1 de ce même code permet aux associations⁽¹⁵⁸⁾ se proposant dans leur sta-

(152) Sur une critique de la règle de l'unicité de l'instance, V. notamment D. Boulmier, *Unicité d'instance à propos d'un non-revirement...* publié : *Dr. ouvrier* 2008, p. 453 et s.

(153) L'article R. 1452-6 du Code du travail exige que toutes les demandes liées au contrat de travail entre les mêmes parties, qu'elles émanent du demandeur ou du défendeur, fassent l'objet d'une seule instance. Le salarié peut être conscient d'être victime d'une discrimination, mais ne souhaiter agir qu'au terme de la relation contractuelle, en même temps que d'autres griefs qu'il pourrait formuler à l'encontre de son employeur. L'action d'un syndicat pour son compte en cours de contrat s'oppose à cette stratégie. L'information obligatoire dont elle doit faire l'objet et la possibilité pour le salarié de s'y opposer préservent de cet effet néfaste.

(154) Cass. soc., 12 févr. 2008, n° 06-45.397 à 06-45.401 : *Bull. civ.* 2008, V, n° 36 ; *JCP E* 2009, 1257, obs. F. Bousez.

(155) P. Bailly, *Vertus et périls de l'unicité de l'instance prud'homale* : *RJS* 2005, p. 327 et s., spéc. p. 328 : « Il n'est pas porté atteinte [à la règle de l'unicité de l'instance] lorsque deux actions successives ne reposent pas sur le même contrat de travail ou lorsque les parties au litige ne sont pas les mêmes ».

(156) Cette stratégie n'est envisageable que dans l'hypothèse où le syndicat est en mesure d'exercer une action ; elle implique que l'un des collègues du salarié en position de spectateur ne s'oppose pas à la proposition d'action de l'organisation de salariés.

(157) En ce sens, V. Cass. crim., 28 avr. 2009, n° 07-82.901 : *Bull. crim.* 2009, n° 74 ; *RTD com.* 2009, p. 816 et 817, obs. B. Bouloc.

(158) L'article 2-6 du Code de procédure civile reconnaît un droit similaire à exercer les actions reconnues à la partie civile dans le cadre des articles 225-2 et 432-7 du Code pénal aux « associations régulièrement déclarées depuis au

tut « de combattre le racisme ou d'assister les victimes de discrimination fondée sur leur origine nationale, ethnique ou religieuse » d'exercer les droits « reconnus à la partie civile en ce qui concerne les discriminations réprimées par les articles 225-2 et 432-7 du Code pénal ». Sous réserve de l'accord des victimes⁽¹⁵⁹⁾, ces associations peuvent saisir la juridiction pénale pour obtenir réparation d'un préjudice alors même que les mesures discriminatoires dénoncées auraient été connues lors d'une précédente instance prud'homale. Cette voie est fermée aux organisations syndicales : le législateur ne leur reconnaît pas la possibilité d'exercer les droits accordés aux parties civiles lorsqu'est commise une infraction consécutive à quelque discrimination⁽¹⁶⁰⁾.

B. – La concurrence de l'action des associations

540. – Légitimité défaillante. Selon le professeur Petit, l'action en substitution, qui sert autant l'intérêt individuel du salarié que l'intérêt général, ne doit revenir qu'« aux seuls groupements disposant d'une influence auprès des collectivités de travail⁽¹⁶¹⁾ ». Or, dans les relations de travail, les associations ne disposent ni de la légitimité, ni de l'intégration des organisations de salariés. Elles ne devraient donc pas pouvoir prétendre à un tel pouvoir. Pourtant, aux associations régulièrement constituées depuis au moins cinq ans « pour la lutte contre les discriminations ou œuvrant dans le domaine du handicap⁽¹⁶²⁾ », le législateur octroie, même si elles en usent peu, une action de substitution dans l'intérêt des salariés⁽¹⁶³⁾. Contrairement

moins cinq ans à la date des faits, se proposant dans leurs statuts de combattre les discriminations fondées sur le sexe ou les mœurs ».

(159) Selon l'article 2-1 du Code de procédure pénale, cette autorisation de la personne intéressée n'est exigée que lorsque l'infraction « aura été commise envers une personne considérée individuellement ».

(160) Le salarié, s'il ne s'est pas opposé au moment opportun à l'action de substitution exercée pour son compte par le syndicat, demeure libre de saisir postérieurement le juge pénal. Seuls les manquements de son employeur constitutifs d'une infraction pourront alors être évoqués.

(161) F. Petit, *L'action de substitution, un cadeau promis à un avenir meilleur* : *Dr. soc.* 2004, p. 262 et s., spéc. p. 266.

(162) Outre la condition d'ancienneté de cinq ans, pour prétendre à l'action de substitution étudiée, l'association doit œuvrer dans le domaine du handicap ou dans celui de la lutte contre les discriminations. L'un de ces deux objets doit-il être expressément mentionné dans ses statuts, ou le juge doit-il uniquement vérifier que l'association œuvre, en pratique, dans un de ces domaines ? Au soutien de la première position, deux arguments concourent. La jurisprudence se montre rigoureuse : elle estime qu'une association dont l'objet social est de lutter contre le racisme, l'antisémitisme et les discriminations ne peut pas se porter partie civile pour des faits de contestation ou d'apologie des crimes contre l'humanité (en ce sens, V. Cass. crim., 28 nov. 2006, n° 06-80.340 : *Bull. crim.* 2006, n° 300. Sur cette décision, V. M. Véron, *Action civile des associations : peut-on assimiler déportation et racisme ?* : *Dr. pén.* 2007, comm. 33. M. Véron estime que les statuts « doivent très précisément établir que l'association poursuit un but qui correspond à l'objet de l'infraction constatée ». M. le Doyen Guerdier estime que « pour que l'action d'une association soit recevable, il est indispensable que son objet statutaire entre dans les prévisions du texte spécial qui l'habilite à agir. À cet égard, les juges ont un pouvoir d'interprétation des statuts, sous le contrôle de la Cour de cassation » (en ce sens, V. P. Guerdier, *La poursuite et la répression pénales des discriminations en droit du travail* : *Dr. soc.* 1995, p. 447 et s., spéc. p. 449).

L'article 2-1 du Code de procédure pénale autorise uniquement les associations qui se proposent, dans leur statut, de combattre le racisme ou d'assister les victimes de discriminations fondées sur leur origine nationale, ethnique, raciale ou religieuse, à engager des actions sur le fondement de l'article 225-2 du Code pénal. Pour exercer l'action civile devant une juridiction répressive, l'objet social de l'association doit expressément mentionner la lutte contre les discriminations. Cette solution doit être étendue, à notre sens, aux dispositions de l'article L. 1134-3 du Code du travail.

Certains députés souhaitent rendre obligatoire un agrément de ces associations par la HALDE pour les autoriser à exercer une action en substitution (en ce sens, V. C. Hummel dans le rapport d'information n° 252 remis au Sénat, spéc. p. 48). Cette proposition n'a pas été retenue devant le faible nombre des actions engagées par les associations sur le fondement de ces dispositions.

(163) Contrairement aux organisations syndicales (C. trav., art. L. 1144-2), le législateur n'a pas prévu la possibilité pour des associations d'exercer les actions issues des dispositions relatives à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. Cependant, en vertu des dispositions de l'article 2-6 du Code de procédure pénale, « toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits, se proposant dans ses statuts de combattre

aux organisations syndicales, elles doivent justifier d'un accord écrit de la victime. Celui-ci n'est pas irrévocable : titulaire de l'action⁽¹⁶⁴⁾, elle conserve le droit d'y mettre un terme à tout moment⁽¹⁶⁵⁾.

541. – Des associations remplissant les conditions posées par l'article L. 1134-3 du Code du travail peuvent-elles engager une action pour discrimination syndicale ? Même si le législateur les y autorise expressément, des auteurs estiment qu'elles n'ont pas la légitimité nécessaire pour l'engager. Pour ce motif de distinction illicite, l'action de substitution reviendrait, par nature, aux organisations de salariés⁽¹⁶⁶⁾. Si le texte n'impose pas une telle interprétation, en pratique la solution ne peut qu'être approuvée. Les syndicats semblent les plus à même de défendre les intérêts de leurs membres lorsque le dommage qui leur a été infligé résulte de cette seule qualité⁽¹⁶⁷⁾.

542. – Pourtant, le législateur octroie aux associations une action de substitution au champ plus vaste que celle reconnue aux syndicats. Contrairement à ces dernières, elles peuvent mettre en mouvement l'action publique⁽¹⁶⁸⁾.

543. – L'appui d'une association s'avère pertinent pour le salarié victime d'une distinction illicite opérée par le comité d'entreprise : l'indépendance de ce groupement à l'égard des institutions représentatives du personnel garantit sa liberté d'action. À l'inverse, il est peu probable qu'un syndicat accepte de soutenir une action contre un organe au sein duquel il dispose d'élus. La faculté d'intervention des associations intéresse également les salariés qui n'ont jamais ressenti d'attrait particulier pour le mouvement syndical ou qui travaillent dans des entreprises où celles-ci ne sont pas implantées.

544. – Au regard de ces éléments, certains estiment que l'option offerte contribue au recul de la syndicalisation puisqu'elle vient concurrencer les pouvoirs propres

les discriminations fondées sur le sexe ou sur les mœurs, peut exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les discriminations réprimées par les articles 225-2 et 432-7 du Code pénal ». La cohérence d'ensemble du dispositif de lutte contre les discriminations exigerait que cette faculté soit également consacrée par le Code du travail.

(164) Le professeur Jeuland estime que dans le cadre de l'action de substitution des organisations de salariés, « l'action du salarié est exercée par le syndicat et le salarié est en position passive, tout en restant titulaire de son action » (E. Jeuland, *Modalités de l'action en substitution d'un syndicat devant la juridiction prud'homale* : JCP G 2001, II, 10451). Cette position peut être étendue à l'action en substitution dont sont titulaires les associations.

(165) C. trav., art. L. 1134-3.

(166) L. Bonnard-Plancke et P.-Y. Verkindt, *La lutte contre la discrimination syndicale, millésime 2005* : Dr. soc. 2006, p. 393 et s., spéc. p. 397 : « En matière de discrimination syndicale, on ne voit guère de quel type d'association il pourrait s'agir, l'innovation concernant vraisemblablement les autres cas de discrimination (sexuelle, relatives aux mœurs, à la situation de famille, etc.) ». S'il semble illégitime qu'une association s'intéresse à des discriminations syndicales, nous estimons que les organisations de salariés ont intérêt à s'engager dans la lutte contre les autres formes de distinction illicite. Elles éviteraient ainsi un risque de discrédit sur l'engagement syndical.

(167) Dans l'hypothèse où l'organisation de salariés refuse son soutien à la victime de discrimination syndicale, l'action d'une association serait légitimée. Nous pouvons cependant nous interroger sur l'opportunité d'un tel recours à une association puisque le salarié dispose du droit d'agir personnellement.

(168) L'article L. 2132-3 du Code du travail accorde aux syndicats professionnels le droit d'agir en justice « devant toutes les juridictions » « pour exercer les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt de la profession qu'ils représentent ». Dans le cadre de cette action, les syndicats peuvent agir devant une juridiction répressive dans l'intérêt collectif de la profession, et non pour le compte de la victime de l'infraction. L'article L. 1134-2 du Code du travail ne reconnaît pas non plus aux syndicats une action en substitution devant les juridictions répressives. À notre sens, seules les discriminations en raison du sexe peuvent donner lieu à une action en substitution des syndicats intentée devant la juridiction répressive. En effet, l'article L. 1144-2 du Code du travail reconnaît aux organisations syndicales une action en substitution pour les dispositions issues des articles L. 3221-2 à L. 3221-7, qui sont réprimées pénalement.

des organisations de salariés. D'autres prétendront que la reconnaissance du rôle des associations dans le cadre des entreprises traduit un réel besoin et permet d'offrir une assistance à des salariés qui n'auraient, en tout état de cause, pas sollicité les syndicats. Le peu d'entrain manifesté par les salariés pour l'action de substitution des associations⁽¹⁶⁹⁾ nous fait douter de la portée de la seconde proposition.

545. – Détournement des moyens de leur finalité initiale. Hormis le droit d'enquête reconnu aux délégués du personnel, aucun moyen spécifique à la révélation des discriminations n'est offert aux représentants du personnel. Ils ne peuvent qu'user de leur compétence générale pour satisfaire cet objectif particulier. Si les informations nécessaires sont disponibles, un effort de compilation et de recouplement est exigé de celui qui veut révéler le caractère illicite de la distinction dont il est l'objet.

546. – Insuffisance de la révélation interne. Deux voies sont offertes au salarié : la révélation des discriminations bénéficie du concours tant de l'action des représentants du personnel que des syndicats ; la multiplication des interlocuteurs permet, en principe, de passer outre les difficultés relationnelles qui pourraient exister entre la victime et les titulaires de ces fonctions. Pourtant, la possibilité de cumuler les mandats autorise une même personne à détenir l'ensemble des moyens d'action analysés⁽¹⁷⁰⁾. Si ce représentant n'est pas disposé, même pour des motifs illégitimes, à user des prérogatives d'investigation que la loi lui confère, la victime peut se trouver démunie. Au-delà de l'hypothèse d'une querelle de personnes, les mécanismes de révélation interne peuvent s'avérer insuffisants pour mettre en lumière les discriminations auxquelles les représentants du personnel ne sont pas sensibilisés.

547. – La révélation interne à l'entreprise des distinctions illicites ne suffit pas pour garantir l'efficacité du dispositif. Des solutions s'offrent au salarié pour s'extraitre de cette impasse. Les moyens reconnus aux associations est une réponse. La possibilité laissée au salarié de saisir des institutions externes à l'entreprise en est une autre.

(169) En ce sens, V. L. Schweitzer, dans le rapport d'information n° 252 remis au Sénat, spéc. p. 48, qui estime que peu d'associations usent de cette faculté.

(170) J.-P. Bonafé-Schmitt, *L'action du délégué du personnel en matière de réclamations individuelles : Dr. soc.* 1981, p. 637, spéc. p. 642 : « Les délégués du personnel, de par la loi, sont les représentants des salariés auprès des employeurs, mais dans les faits il faut tenir compte des relations existantes entre l'élu du personnel et l'organisation syndicale (...). Dans la majorité des cas, c'est le syndicat, en raison du monopole de candidature dont il dispose au premier tour, qui présente les candidats, ce qui fait de l'élu du personnel un militant de l'organisation syndicale ». Ce constat doit être étendu aux membres du comité d'entreprise.

LA RÉVÉLATION EXTERNE

548. – Les pouvoirs reconnus aux représentants du personnel sont parfois insuffisants pour révéler les ruptures d'égalité illicites ; la pression interne à l'entreprise n'est pas toujours de nature à faire cesser les discriminations. L'intervention d'un organe extérieur s'avère alors nécessaire pour permettre à la victime de recueillir les éléments lui permettant de saisir un juge.

549. – Chargée de veiller « à l'application des dispositions du Code du travail et des autres dispositions légales relatives au régime du travail⁽¹⁾ », l'inspection du travail est un interlocuteur habituel de l'entreprise ; elle peut user des pouvoirs d'enquête et de contrainte que lui attribue le législateur pour lutter contre les discriminations (Section 1). « Compétente pour connaître de toutes les discriminations, directes ou indirectes prohibées par la loi ou par un engagement international auquel la France est partie⁽²⁾ », le domaine d'intervention spécifique hier reconnu à la HALDE et aujourd'hui au Défenseur des droits donne vocation à ces Hautes autorités d'intervenir auprès des entreprises⁽³⁾ (Section 2).

550. – L'employeur doit prêter une attention particulière à l'action de ces deux institutions : pouvant proposer ou prononcer des sanctions, leur intervention est souvent l'ultime étape avant le contentieux et le règne de l'aléa judiciaire.

S E C T I O N 1

LA RÉVÉLATION DES DISCRIMINATIONS PAR L'INSPECTION DU TRAVAIL

551. – **Rôle historique de l'inspection du travail.** Historiquement, a été dévolu à l'inspection du travail un rôle de protection des salariés particulièrement vul-

(1) C. trav., art. L. 8112-1.

(2) L. n° 2004-1486, 30 déc. 2004, portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, art. 1^{er}.

(3) Le domaine de l'emploi concerne 49 % des saisines de cette institution. Parmi ces saisines, deux tiers concernent les entreprises privées (en ce sens, V. *Rapport annuel 2009 de la HALDE* : JCP S 2010, act. 127).

néables⁽⁴⁾. Même si le pouvoir exécutif n'usa pas de cette disposition⁽⁵⁾, la loi du 22 mars 1841 réglementant le travail des enfants prévoyait la possibilité pour le gouvernement d'établir un corps d'inspecteurs « pour surveiller et s'assurer⁽⁶⁾ » de son exécution. Il fallut attendre les lois du 19 mai 1874⁽⁷⁾ et du 2 novembre 1892⁽⁸⁾, concernant également le travail des enfants, pour que soit créé un corps de fonctionnaires spécialisés dans le contrôle de l'application de la législation du travail. Leur compétence fut étendue aux établissements commerciaux par un texte du 29 décembre 1900⁽⁹⁾.

552. – Le rôle dévolu aux inspecteurs du travail dans la lutte contre les discriminations s'inscrit dans leur mission historique de protection des salariés les plus exposés aux excès du pouvoir de direction de l'employeur. Leur compétence dans ce domaine (§ 1) demeurerait vaine si aucun moyen d'action ne leur était accordé (§ 2).

§ 1. – La compétence de l'inspection du travail

553. – L'inspecteur du travail porte une attention particulière à la prohibition des discriminations lorsqu'il est saisi d'une demande d'autorisation de licenciement d'un salarié protégé (A). Sa compétence générale pour le contrôle de l'application de la réglementation du travail lui donne vocation à connaître de toutes les ruptures d'égalité illicites constatées dans l'entreprise (B).

A. – Une compétence spécifique

554. – **Contrôle obligatoire.** Lorsqu'il est saisi d'une demande d'autorisation de licenciement d'un salarié visé à l'article L. 2142-1 du Code du travail, l'inspecteur du travail s'assure que la mesure n'est « pas en rapport avec le mandat détenu, sollicité ou antérieurement exercé par l'intéressé⁽¹⁰⁾ ». De même, il incombe à l'agent de

(4) En ce sens, V. F. Saramito, *La naissance de l'Inspection du travail : Dr. ouvrier* 1992, p. 431 et s., spéc. p. 431 : « C'est donc pour assurer l'effectivité d'application [d'une] réglementation naissante tendant à la protection contre une trop grande exploitation des salariés les plus faibles sur le plan de la résistance physique qu'est née l'inspection du travail ».

(5) Le professeur Pic estimait que « l'institution d'un service de contrôle, chargé de veiller spécialement à l'application des lois protectrices de travail est le corollaire logique de toute réglementation légale sérieuse ». P. Pic, *Traité élémentaire de législation ouvrière*, 1922, n° 157.

(6) L. n° 9203, 22 mars 1841, réglementant le travail des enfants : *Bulletin des lois* 1841, n° 795. Cette loi interdisait le travail des enfants de moins de huit ans « dans les manufactures, usines et ateliers à moteurs mécaniques ou à feu continu et dans leurs dépendances » et « dans toute fabrique occupant plus de vingt ouvriers réunis ». Elle limitait également la journée de travail à huit heures pour les enfants de huit à douze ans et à douze heures pour les enfants de douze à seize ans.

(7) L. 19 mai 1874 sur le travail des enfants et des filles mineures dans l'industrie. Pour s'assurer de son application, la loi prévoit la création d'un corps « d'inspecteur divisionnaire du travail des enfants », nommé et rétribué par l'État. Cependant, leur nombre insuffisant ne leur permettait pas d'exercer pleinement leur compétence.

(8) L. 2 nov. 1892 sur le travail des enfants, des filles et de femmes dans les établissements industriels.

(9) C'est par le biais de la protection des femmes que les inspecteurs du travail ont reçu le droit de pénétrer dans des établissements purement commerciaux. La loi du 29 décembre 1900 obligeait les magasins de vente à disposer d'un nombre de siège égal à celui des femmes qui y étaient employées. Le professeur Pic estime que cette loi est socialement très importante malgré son objet très spécial puisqu'elle a eu « pour résultat d'étendre aux établissements purement commerciaux le droit de contrôle des inspecteurs du travail » auparavant limité aux seuls établissements industriels (P. Pic, *Traité élémentaire de législation ouvrière*, 1922, n° 760).

(10) Pour la procédure applicable en cas de licenciement d'un délégué syndical, d'un salarié mandaté et d'un conseiller du salarié, V. C. trav., art. R. 2421-7. Pour la procédure applicable en cas de licenciement d'un délégué du personnel, d'un membre du comité d'entreprise ou du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, V. C. trav., art. R. 2421-16.

contrôler l'absence de « mesure discriminatoire » quand il doit autoriser le non-renouvellement du contrat d'un salarié protégé⁽¹¹⁾.

555. – S'il constate un lien entre la mesure envisagée et le mandat occupé, l'inspecteur du travail se trouve en compétence liée et le refus d'autorisation s'impose⁽¹²⁾. Quelle que soit la gravité des fautes imputées au salarié⁽¹³⁾, l'agent n'a pas à examiner les autres éléments du dossier⁽¹⁴⁾. Confirmant le caractère indisponible des motifs discriminatoires, le consentement du représentant du personnel ne saurait permettre à l'inspecteur du travail d'autoriser un licenciement en lien avec l'exercice de son mandat⁽¹⁵⁾. Certains estiment que la présentation d'une demande d'autorisation de licenciement motivée par la qualité de représentant du personnel du salarié suffirait à consommer le délit d'entrave⁽¹⁶⁾.

556. – La loi du 11 juillet 1979 soumettant les actes administratifs à une obligation de motivation⁽¹⁷⁾, l'autorisation de licenciement délivrée doit, sous peine d'annulation, comporter un considérant sur la discrimination⁽¹⁸⁾. La décision doit formellement mentionner le mandat exercé par le salarié concerné⁽¹⁹⁾ et préciser que la mesure envisagée n'a pas de lien avec l'exercice d'une fonction représentative⁽²⁰⁾. La séparation des ordres juridiques confère une importance particulière au contrôle de l'inspection du travail : le juge judiciaire ne saurait retenir l'existence d'une discrimination si l'agent, sous le contrôle du juge administratif, n'en a pas relevé⁽²¹⁾.

(11) C. trav., art. L. 2421-8.

(12) En ce sens, V. CE, 20 mai 1994, n° 106197, mentionné aux tables du *Recueil Lebon*. Comme pour la lettre de licenciement qui ne peut ne faire référence à aucun motif discriminatoire sous peine d'entraîner la nullité du licenciement, même s'il était justifié par d'autres éléments objectifs, cette solution conforte l'indisponibilité des critères discriminatoires.

(13) En ce sens, V. CE, 16 juin 1995, n° 139337, mentionné aux tables du *Recueil Lebon* ; RJS 1995, n° 913.

(14) En ce sens, V. CE, 18 déc. 1996, n° 161109 ; RJS 1996, n° 174.

(15) En ce sens, V. CE, 15 déc. 1997, n° 170134 : « [Il ressort de la procédure] que l'inspecteur du travail s'est en réalité fondé sur l'acquiescement de M. X... à son licenciement pour écarter les indices de discrimination syndicale relevés lors de son enquête et autoriser ainsi le licenciement de l'intéressé ; que, dès lors, la décision de l'inspecteur du travail [est illégale] ». Investi d'un mandat dans l'intérêt de la collectivité des salariés, le représentant du personnel ne peut y renoncer dans son intérêt personnel. La rigueur de cette solution pourrait être remise en cause par l'évolution de la jurisprudence et de la législation qui reconnaît au salarié mandaté la possibilité de prendre acte de la rupture de son contrat de travail et de conclure une rupture conventionnelle.

(16) En ce sens, V. H. Rose et Y. Struillou, *Droit du licenciement des salariés protégés*, Economica, 3^e éd. 2007, spéc. n° 760.

(17) L. n° 79-587, 11 juill. 1979, relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public. Son article 1^{er} précise que « les personnes physiques ou morales ont le droit d'être informées sans délai des motifs des décisions administratives individuelles défavorables qui les concernent ». Les demandes d'autorisation de licenciement des salariés protégés entrent dans le champ d'application de cette disposition.

(18) En ce sens, V. Circ. DRT n° 93-23, 4 oct. 1993, sur les décisions administratives en matière de licenciement des salariés protégés et au traitement des recours hiérarchiques formés contre ces décisions. Selon l'administration, « la décision doit comporter un considérant sur la discrimination ; en cas d'autorisation, l'absence de considérant sur ce point donne lieu à une annulation sur recours hiérarchique pour défaut de motivation ».

(19) En ce sens, V. CE, 20 mars 2009, n° 309195.

(20) En ce sens, V. CE, 19 févr. 1997, n° 141167. Il ressort de cet arrêt que doit être considérée comme insuffisamment motivée l'autorisation de licenciement qui ne précise pas si la « procédure de licenciement est en rapport avec le mandat exercé ».

(21) La Cour de cassation retient, selon une jurisprudence constante, que « lorsqu'une autorisation administrative de licenciement a été accordée à l'employeur, le juge judiciaire ne peut sans violer le principe de la séparation des pouvoirs apprécier le caractère réel et sérieux des motifs du licenciement » (en ce sens, V. notamment Cass. soc., 25 avr. 1990, n° 87-44.069 ; *Bull. civ.* 1990, V, n° 189. – Cass. soc., 26 nov. 1996, n° 93-44.811 ; *Bull. civ.* 1996, V, n° 406. – Cass. soc., 13 juill. 2004, n° 02-43.538 ; *Bull. civ.* 2004, V, n° 210 ; RJS 2004, n° 1064).

557. – Malgré la décision de l'autorité administrative, la juridiction pénale, qui n'est pas liée par les motifs des décisions de refus de licenciement⁽²²⁾, pourra souverainement prononcer une relaxe au titre du délit de discrimination alors même que l'inspection du travail s'était opposée au licenciement. Inversement, l'autorisation du licenciement par l'autorité administrative n'interdit pas au juge répressif de condamner l'employeur pour discrimination syndicale.

558. – Nonobstant la gravité des faits qu'il aurait commis, l'intérêt général impose parfois le maintien du représentant du personnel dans l'entreprise. L'exigence de représentation du personnel prime alors sur la prohibition des discriminations positives puisque le sort du salarié dépend uniquement du mandat qu'il exerce. Cette notion est cependant entendue de plus en plus restrictivement par l'autorité administrative⁽²³⁾. À l'inverse, l'intérêt général ne saurait être invoqué pour justifier le licenciement du salarié protégé⁽²⁴⁾.

B. – Une compétence générale

559. – La pertinence de l'intervention de l'inspection du travail résulte notamment du possible prolongement de sa mission de contrôle sur le terrain judiciaire⁽²⁵⁾ : s'il peut tenter de concilier les parties⁽²⁶⁾, le pouvoir de déclencher des poursuites lui est également reconnu. La spécificité du droit pénal du travail et le peu d'entrain manifesté par les forces de police pour se saisir des discriminations dans l'entreprise font de ce corps administratif spécialisé le principal vecteur des dispositions de l'article 225-2 du Code pénal⁽²⁷⁾.

(22) Cass. crim., 1^{er} oct. 1991, n° 90-84.891 : « S'agissant d'une question dont dépendait l'application de la loi pénale, il appartenait [à la juridiction pénale] d'apprécier elle-même la valeur des griefs faits au salarié et le bien-fondé des décisions prises par l'employeur ; qu'à cet égard elle n'était aucunement liée par les motifs des décisions administratives refusant l'autorisation de licenciement du salarié et qui ne constituaient qu'un élément de discussion dans le débat contradictoire ». Dans le même sens, V. également Cass. crim., 8 oct. 1991, n° 90-86.628 : *Bull. crim.* 1991, n° 335 : *RJS* 1992, n° 51.

(23) Dans ses conclusions au sujet de l'arrêt du 5 mars 1976, le commissaire du gouvernement Dondoux estimait que devait être relevé au titre de l'intérêt général, « l'intérêt des salariés, c'est-à-dire l'intérêt de l'ensemble des salariés de l'entreprise au maintien des garanties que leur apporte la présence de représentants et aussi l'intérêt desdits représentants », mais également « l'intérêt de l'entreprise, c'est-à-dire à la fois celui de l'entrepreneur en tant que responsable de l'entreprise et celui de l'unité de production ». M. Dondoux mentionnait également « l'intérêt général au sens large, c'est-à-dire politique et étatique qui correspond le plus souvent aux nécessités de conserver une certaine paix sociale et d'un certain ordre public » (P. Dondoux : *Dr. soc.* 1976, p. 346 et s., spéc. p. 354). Cette solution entraînait des excès : la notion d'intérêt général légitimait notamment le refus d'autorisation du licenciement de salariés protégés qui s'étaient rendus coupables de vol et de détournement de marchandise au préjudice de leur employeur (en ce sens, V. CE, 9 oct. 1987, n° 71788, publié au *Recueil Lebon*). La doctrine administrative estime dorénavant que le motif d'intérêt général ne peut justifier le refus de l'autorisation de licenciement que si l'opération projetée « entraîne la disparition de l'institution » (en ce sens, V. Circ. DRT n° 96/11, 3 déc. 1996, relative aux décisions administratives en matière de licenciement des représentants des salariés).

(24) En ce sens, V. CE, 4 mai 1988, n° 84237 : « Si l'autorité administrative peut refuser le licenciement en retenant des motifs d'intérêt général, elle n'a pas la faculté de retenir de tels motifs pour autoriser, en dehors de toute faute, le licenciement de ce salarié ».

(25) Certains s'interrogent sur la compatibilité de ces missions. En ce sens, V. Y. Gaudemet, *Les limites des pouvoirs des inspecteurs du travail* : *Dr. soc.* 1984, p. 446 et s., spéc. p. 457 : « Les fonctions de conciliation, de conseil, voire d'observations n'affectent-elles pas la mission première de surveillance et de contrôle qui est celle [de l'inspection du travail] ? ». Selon le professeur Gaudemet, « c'est certainement la conjonction de ces pouvoirs d'action contradictoires qui donne son vrai visage à l'inspection du travail française et qui lui confère autorité et crédit dans chacune de ses missions ».

(26) C. trav., art. R. 8112-2.

(27) En ce sens, V. V. Bouchard, *Des pouvoirs de police judiciaire de l'inspecteur du travail* : *Rev. sc. crim.* 2005, p. 273 et s., spéc. p. 274 : « L'inspection du travail voit ses prérogatives corroborées et prolongées par des compétences judiciaires. Mais les pouvoirs ainsi conférés s'exercent concurremment avec ceux reconnus à la police judiciaire, ce qui signifie que

560. – Compétence de l'inspection du travail. Initialement dotée d'une compétence d'attribution⁽²⁸⁾, l'inspection du travail dispose dorénavant d'une compétence générale⁽²⁹⁾. Du législateur, elle détient la charge de veiller « à l'application des dispositions du Code du travail et des autres dispositions relatives au régime du travail, ainsi qu'aux stipulations des conventions et accords collectifs de travail⁽³⁰⁾ ». Elle doit notamment s'assurer du respect des dispositions générales prohibant les discriminations. Spécifiquement, l'article L. 8112-2 du Code du travail donne à l'inspecteur du travail le droit de constater les refus d'embauche, les sanctions et les licenciements discriminatoires tels que réprimés par l'article 225-2, 3° du Code pénal⁽³¹⁾.

561. – Faute de renvoi exprès à la notion de « mesure discriminatoire », l'inspecteur du travail est-il incompétent pour demander à l'employeur de retirer une décision discriminatoire qui ne pourrait pas être qualifiée de sanction, au sens de l'article 225-2, 3° du Code pénal ? Plusieurs éléments justifient de retenir une réponse négative. Les dispositions de l'article L. 8112-2 du Code du travail traitent des compétences de l'inspection du travail pour la constatation d'infractions pénales ; elles ne sauraient préjuger de ses compétences en matière civile. En outre, l'acceptation de la notion de « sanction discriminatoire » par le juge répressif est si large qu'elle permet, à notre sens, d'appréhender l'ensemble des mesures prises par l'employeur⁽³²⁾. De surcroît, la constatation des « mesures discriminatoires » visées par l'article L. 1132-1 du Code du travail relève de la compétence générale de l'inspection du travail au titre de sa mission de contrôle de l'application des dispositions de ce même code⁽³³⁾. Cette position est renforcée par la possibilité offerte aux inspecteurs du travail de se faire communiquer « tout document utile à la constatation des faits susceptibles de vérifier le respect de l'application des dispositions des articles L. 1132-1 à L. 1132-4 du Code du travail⁽³⁴⁾ ».

§ 2. – Les moyens de l'inspection du travail

562. – Si les pouvoirs d'investigation reconnus à l'inspection du travail sont étendus (A), ses moyens de contraintes demeurent limités (B).

les compétences de l'inspection du travail ne sont pas exclusives. Pour autant la complexité et la technicité du droit pénal du travail placent d'une certaine manière ce corps administratif en situation de monopole ».

(28) La loi du 2 novembre 1892 sur le travail des enfants, des filles et de femmes dans les établissements industriels confiait aux inspecteurs du travail la charge de veiller au respect de ses dispositions mais également « d'assurer l'exécution de la loi du 9 septembre 1848 ». Concurrément avec les commissaires de police, ils devaient veiller à l'application de la loi du 7 septembre 1874.

(29) Antérieurement à la loi n° 72-617 du 5 juillet 1972 relative aux pénalités applicables en matière d'infractions au droit du travail, les inspecteurs du travail ne pouvaient agir que dans le domaine limité des dispositions législatives ou réglementaires pénalement sanctionnées.

(30) C. trav., art. L. 8112-1.

(31) L'article L. 8112-2 du Code du travail donne également compétence aux inspecteurs du travail pour constater les refus d'accorder l'un des stages visés au 2° de l'article L. 412-8 du Code de la sécurité sociale. La constatation des offres d'embauche discriminatoires ne relève pas de leurs attributions.

(32) En ce sens, V. *supra*, n° 94.

(33) C. trav., art. L. 8112-1.

(34) C. trav., art. L. 8113-5.

A. – Les investigations

563. – Connaissance par l'inspection du travail des discriminations. Puisqu'il est destinataire des principales informations sur « la situation sociale » de l'entreprise⁽³⁵⁾, l'agent administratif peut décider, de sa propre initiative, d'enquêter si les données qu'il reçoit font présumer l'existence de discriminations⁽³⁶⁾. Il sera particulièrement attentif à toute demande d'intervention précédée d'une enquête diligentée par les délégués du personnel sur le fondement de l'article L. 2313-2 du Code du travail⁽³⁷⁾. À défaut d'initiative des représentants du personnel, le salarié qui s'estime victime d'une distinction illicite peut lui-même solliciter l'intervention de l'autorité administrative.

564. – Étude de documents. Pour dissiper le doute entourant la situation portée à sa connaissance, l'inspecteur du travail procède à un contrôle dans l'entreprise. À cette occasion, l'ensemble des livres, registres et documents rendus obligatoires par le législateur doivent lui être présentés⁽³⁸⁾. L'interprétation stricte de ce texte conduisait la jurisprudence à lui refuser l'accès aux fiches d'évaluation des salariés puisque l'employeur n'est pas tenu à la réalisation ni à la conservation de ces documents⁽³⁹⁾.

565. – En offrant aux inspecteurs du travail la possibilité de se faire communiquer « tout document ou tout élément d'information, quel qu'en soit le support, utile à la constatation des [faits de discrimination visés aux articles] L. 1132-1 à L. 1132-4 du Code du travail⁽⁴⁰⁾ », la loi du 16 novembre 2001 a remis en cause cette solution. Le droit de consultation de l'inspecteur du travail résulte non plus du caractère obligatoire du document mais de son objet. Les fiches d'évaluation des salariés étant des éléments pertinents pour révéler les discriminations⁽⁴¹⁾, l'agent doit pouvoir les consulter. Il est d'ailleurs le seul juge de la pertinence des documents qu'il réclame ; l'employeur qui s'oppose à sa demande⁽⁴²⁾ s'expose au délit d'obstacle à contrôle⁽⁴³⁾.

(35) Sur la communication du bilan social à l'inspecteur du travail, dans les quinze jours de son adoption, éventuellement modifié pour tenir compte de l'avis du comité d'entreprise, V. C. trav., art. L. 2323-73. Sur la communication dans le même délai, du rapport annuel sur la situation de l'entreprise, V. C. trav., art. L. 2323-56. Les rapports sur la situation comparée des hommes et des femmes dans l'entreprise et le rapport annuel dans les entreprises de moins de 300 salariés n'ont pas à être communiqués à l'inspection du travail. Certains seraient tentés d'y voir une prise de conscience du législateur sur la vacuité de ces communications, l'administration ne disposant pas de suffisamment de moyens pour les étudier et opérer un véritable contrôle.

(36) Au regard du faible nombre d'inspecteurs du travail pour effectuer les nombreuses missions qui leurs sont confiées, cette possibilité demeure le plus souvent théorique.

(37) Dans cette hypothèse, l'inspecteur du travail doit demander si un délégué du personnel veut l'accompagner lors de sa visite de l'entreprise (en ce sens, V. Circ. DRT n° 5, 28 juin 1984 : « Lorsque l'inspecteur du travail se rend dans l'entreprise, à la demande d'un délégué du personnel, il doit en avertir le délégué qui peut, s'il le désire, accompagner l'inspecteur du travail dans sa visite. Par ailleurs, lorsque l'inspecteur du travail intervient dans l'entreprise de sa propre initiative, il peut proposer au délégué du personnel de l'accompagner »).

(38) C. trav., art. L. 8113-4.

(39) Cass. crim., 17 mars 1992, n° 90-86.492 : *Bull. crim.* 1992, n° 116 ; *JCP E* 1993, II, 385, note O. Godard.

(40) C. trav., art. L. 8113-5.

(41) Sur la preuve de la discrimination par le contenu des fiches d'évaluation des salariés, V. notamment, Cass. soc., 17 oct. 2006, n° 05-40.393 : *Bull. civ.* 2006, V, n° 306.

(42) En ce sens, V. Cass. crim., 28 avr. 1987, n° 86-93.236. La chambre criminelle estime le délit d'obstacle constitué lorsqu'un employeur refuse de communiquer des documents à un inspecteur du travail. Dès lors que l'inspecteur du travail est tenu à une obligation de discrétion professionnelle, le fait qu'il consulte des documents auxquels il ne devrait pas avoir accès n'expose pas l'entreprise à des risques de divulgation d'information.

(43) C. trav., art. L. 8114-1 : « Le fait de faire obstacle à l'accomplissement des devoirs d'un inspecteur ou d'un contrôleur du travail est puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 € ».

566. – Dans le cadre des dispositions visant à assurer l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes, l'inspecteur du travail peut également exiger la communication des différents éléments qui concourent à la détermination des rémunérations dans l'entreprise⁽⁴⁴⁾. Des critères que l'entreprise souhaitait garder secrets devront alors être révélés.

567. – **Audition.** La mesure discriminatoire est souvent dissimulée derrière l'apparence du licite. Plus que la simple étude de documents, seuls les témoignages des membres de l'entreprise révèlent alors les véritables motivations des décisions arrêtées⁽⁴⁵⁾. En complément du droit d'enquête, est reconnue à l'inspecteur du travail la faculté d'auditionner les salariés⁽⁴⁶⁾ ; l'employeur qui s'oppose à cette audition commet le délit d'obstacle à contrôle⁽⁴⁷⁾. Il ne saurait se réfugier derrière l'obligation de confidentialité qui pèse sur l'agent. Celle-ci n'ayant vocation qu'à protéger le salarié qui sollicite une intervention de l'inspecteur, elle ne s'applique pas lorsque l'agent agit de sa propre initiative et sollicite le témoignage d'un membre de l'entreprise⁽⁴⁸⁾.

568. – L'audition est retranscrite dans un procès-verbal qui précise l'identité du déposant. Ce dernier est informé de la possible utilisation judiciaire de ses déclarations⁽⁴⁹⁾. Le salarié dispose également du droit au silence : s'il refuse d'être auditionné, il ne peut être poursuivi sur le fondement de l'obstacle à contrôle⁽⁵⁰⁾. S'il se rétracte, l'administration estime qu'il ne peut pas être poursuivi pour faux témoignage⁽⁵¹⁾.

569. – Reposant sur les déclarations des témoins ou des victimes des discriminations, ces attestations n'ont pas la force probante reconnue aux procès-verbaux⁽⁵²⁾ relatant « les constatations personnellement opérées par les inspecteurs du travail⁽⁵³⁾ ». Conformément aux dispositions de l'article 429 du Code de procédure pénale⁽⁵⁴⁾, elles n'ont que la valeur de simples renseignements⁽⁵⁵⁾. Une interprétation téléologique de ces dispositions conduit à accorder au salarié témoignant auprès de l'inspecteur du travail la protection édictée par l'article L. 1132-3 du Code du travail⁽⁵⁶⁾ : sauf si son intention de nuire est démontrée, son initiative ne saurait justifier une sanction.

(44) C. trav., art. R. 3221-1.

(45) En ce sens, V. Instr. technique n° 2002/03, 28 mars 2002, « Procès-verbaux de l'Inspection du travail ». L'administration reconnaît que « dans certains domaines – tels que la discrimination, le harcèlement (sexuel ou moral), (...) le recueil des déclarations des salariés concernés ou témoins des faits peut s'avérer indispensable ».

(46) Ce droit d'audition résulte tant de l'article L. 8113-1 du Code du travail qui prévoit les enquêtes de l'inspection du travail, que de l'article 12-1 de la Convention n° 81 de l'OIT de 1947. Cette convention, ratifiée par la France le 16 décembre 1950, en vertu de la loi n° 50-927 du 11 août 1950, dispose que l'inspecteur du travail est autorisé « à interroger, soit seuls, soit en présence de témoins, l'employeur ou le personnel de l'entreprise sur toutes les matières relatives à l'application des dispositions légales ».

(47) En ce sens, V. Cass. crim., 22 juill. 1981, n° 81-90.167 : *Bull. crim.* 1981, n° 237.

(48) En ce sens, V. Instr. technique n° 2002/03, 28 mars 2002, « Procès-verbaux de l'Inspection du travail ».

(49) La mention de cet avertissement doit être portée dans le procès-verbal.

(50) Sur les modalités de recueil des témoignages des salariés, V. Instr. technique n° 2002/03, 28 mars 2002, « Procès-verbaux de l'Inspection du travail ».

(51) En ce sens, V. Instr. technique n° 2002/03, 28 mars 2002, « Procès-verbaux de l'Inspection du travail ». Selon l'administration, « la sincérité des déclarations, recueillies et consignées dans le procès-verbal, peut être discutée, et la personne qui se rétracte ne peut être poursuivie pour faux témoignages ».

(52) C. trav., art. L. 8113-7 : « Les inspecteurs du travail, les contrôleurs du travail et les fonctionnaires de contrôle assimilés constatent les infractions par des procès-verbaux qui font foi jusqu'à preuve contraire ».

(53) J.-F. Cesaro, *Preuve de l'outrage : le procès-verbal ne fait pas foi jusqu'à preuve du contraire* : JCP S 2007, 1925.

(54) CPP, art. 429.

(55) En ce sens, V. Cass. crim., 28 avr. 1975, n° 75-90.167 : *Bull. crim.* 1975, n° 111 et Cass. crim., 4 avr. 1991, n° 90-82.040.

(56) C. trav., art. L. 1132-3. Sur cette protection, V. *supra*, n°s 375 et s.

B. – Les contraintes

570. – Absence de coercition. Au-delà de la simple constatation, quels sont les moyens d'action dont dispose l'inspection du travail dans la lutte contre les discriminations ? Bien qu'en plein essor et renforcée par l'obligation de confidentialité qui protège les auteurs des plaintes adressées à l'inspection du travail⁽⁵⁷⁾, la saisine par le biais de demandes individuelles de salariés ne correspond pas aux missions premières de cette administration⁽⁵⁸⁾. Chargée de veiller au respect des dispositions législatives et conventionnelles en vigueur, elle ne dispose pas de moyens de coercition en cas de litige individuel. Seul le juge, pénal ou prud'homal, dispose d'un tel pouvoir⁽⁵⁹⁾. Si l'agent peut inciter formellement l'employeur à faire cesser la discrimination qu'il constate, il ne peut l'y contraindre matériellement.

571. – Dans le domaine de la lutte contre les discriminations, la force de persuasion de son intervention est néanmoins renforcée. Une fois l'infraction constatée⁽⁶⁰⁾, il peut dresser un procès-verbal⁽⁶¹⁾ qui sera transmis au procureur de la République, seul juge de l'opportunité des poursuites. Les limites de l'intervention de l'inspection du travail sont, à notre sens, atteintes : faute de pouvoir de coercition, ne lui revient que le rôle secondaire de révéler les distinctions illicites. Le rôle principal, qui consiste à sanctionner et réparer l'atteinte portée à la dignité du salarié, incombe à l'autorité judiciaire et, dans une moindre mesure, à la HALDE naguère et au Défenseur des droits aujourd'hui.

S E C T I O N 2

LA RÉVÉLATION PAR DE HAUTES AUTORITÉS

572. – Précision. Ayant succédé à la HALDE le 1^{er} mai 2011, le Défenseur des droits n'a pas encore eu le temps nécessaire pour faire la preuve de son action. La filiation directe entre ces deux institutions rend pertinente l'analyse des compétences autrefois dévolues à la Haute autorité (Sous-section 1). Les jalons de l'activité du Défenseur des droits sont posés ; nous pouvons espérer qu'il sache parfois s'en écarter (Sous-section 2).

(57) Convention sur l'Inspection du travail, n° 81, 1947. L'article 15 de cette convention énonce que « sous réserve des exceptions que la législation nationale pourrait prévoir, les inspecteurs du travail : devront traiter comme absolument confidentielle la source de toute plainte leur signalant un défaut dans l'installation ou une infraction aux dispositions légales et devront s'abstenir de révéler à l'employeur ou à son représentant qu'il a été procédé à une visite d'inspection comme suite à une plainte ».

(58) En ce sens, V. T. Kapp, *L'inspection du travail face à la demande individuelle* : Dr. ouvrier 2002, p. 563 et s., spéc. p. 565 : « La demande individuelle ne constitue pas l'un des cœurs de métier de l'inspection du travail ».

(59) C. trav., art. L. 1411-4.

(60) C. trav., art. L. 8113-7.

(61) En raison de la garantie d'indépendance que l'article 17-2 de la Convention 81 de l'OIT leur reconnaît, les inspecteurs du travail ne sont jamais tenus de poursuivre les infractions qu'ils constatent. Il résulte de ce texte « qu'il est laissé à la libre décision des inspecteurs du travail de donner des avertissements ou des conseils au lieu d'intenter ou de recommander des poursuites ». Cette autonomie s'exerce dans les limites des articles 434-1 et suivants du Code pénal.

S O U S - S E C T I O N 1

LA HAUTE AUTORITÉ DE LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS ET POUR L'ÉGALITÉ (HALDE)

573. – **Composition de la HALDE.** Exigée par les dispositions européennes⁽⁶²⁾ et réclamée par certains rapports⁽⁶³⁾, la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité⁽⁶⁴⁾ avait été instituée en 2004⁽⁶⁵⁾ ; ses pouvoirs furent renforcés par la loi sur l'égalité des chances du 31 mars 2006⁽⁶⁶⁾. Composée d'un collège de onze membres dont le mandat de cinq ans ni révocable ni renouvelable assurait l'indépendance réclamée par les dispositions européennes⁽⁶⁷⁾, elle était assistée par un comité consultatif⁽⁶⁸⁾ de dix-huit membres⁽⁶⁹⁾. Son activité était en constante augmentation⁽⁷⁰⁾ : ses modes de saisine peu contraignants⁽⁷¹⁾ et l'instauration de représentants locaux⁽⁷²⁾ participaient à son succès en la rendant facilement accessible.

(62) Dir. n° 76/207/CEE du Conseil, 9 févr. 1976, relative à la mise en œuvre 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, art. 6 : « Les États membres introduisent dans leur ordre juridique interne les mesures nécessaires pour permettre à toute personne qui s'estime lésée par la non-application à son égard du principe de l'égalité de traitement au sens des articles 3, 4 et 5 de faire valoir ses droits par voie juridictionnelle après, éventuellement, le recours à d'autres instances compétentes ». – Dir. n° 2000/43/CE du Conseil, 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, art. 13 : « Les États membres désignent un ou plusieurs organismes chargés de promouvoir l'égalité de traitement entre toutes les personnes sans discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique. Ils peuvent faire partie d'organes chargés de défendre à l'échelon national les droits de l'homme ou de protéger les droits des personnes. Les États membres font en sorte que ces organismes aient pour compétence : – sans préjudice des droits des victimes et des associations, organisations (...), d'apporter aux personnes victimes d'une discrimination une aide indépendante pour engager une procédure pour discrimination, – de conduire des études indépendantes concernant les discriminations, – de publier des rapports indépendants et d'émettre des recommandations ».

(63) B. Stasi, *Vers la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, rapport au Premier ministre*, La Documentation française, 2004.

(64) La Haute autorité était ainsi dénommée puisque « l'association des deux termes "discrimination" et "égalité" exprime clairement l'ambition de la nouvelle institution » (en ce sens, V. B. Stasi, *Vers la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, rapport au Premier ministre*, La Documentation française, 2004).

(65) L. n° 2004-1486, 30 déc. 2004, portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité.

(66) L. n° 2006-396, 31 mars 2006, pour l'égalité des chances. Au sein d'un titre II relatif aux mesures relatives à l'égalité des chances et à la lutte contre les discriminations, la loi consacre une section 2 au « renforcement des pouvoirs de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité et diverses dispositions relatives à l'égalité ».

(67) L. n° 2004-1486, 30 déc. 2004, portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, art. 2. Il résulte de cette disposition que le Président de la République, de l'Assemblée nationale et du Sénat désignait chacun deux membres. Les trois autres membres du collège étaient désignés par le vice-président du Conseil d'État, le premier président de la Cour de cassation et le président du Conseil économique, social et environnemental.

(68) Le collège demeurait l'organe délibérant de la Haute autorité. Le décret n° 2005 du 4 mars 2005 relatif à la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité prévoyait qu'il délibérait sur toutes les questions relatives à l'exercice des pouvoirs et des missions de la Haute autorité, notamment sur les actions en justice, les observations que la Haute autorité envisageait de faire devant les tribunaux, les avis et les recommandations. Les délibérations du collège étaient adoptées à la majorité des voix des membres présents.

(69) Selon l'article 10 du décret n° 2005-215 du 4 mars 2005, « le comité consultatif se prononce sur toute question qui lui est soumise par le collège », qui était seul destinataire des avis émis.

(70) Selon le rapport d'activité de la HALDE de 2009, elle a été saisie de 1 410 réclamations en 2005 contre 10 545 en 2009.

(71) Il résultait de l'article 4 de loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 et de l'article 20 du décret n° 2005-215 du 4 mars 2005 que la HALDE pouvait être saisie directement par toute personne physique ou morale qui s'estime victime d'une discrimination, soit indirectement par l'intermédiaire d'un député, d'un sénateur ou d'un représentant français au Parlement européen. Le plaignant faisait connaître, par écrit, à la Haute autorité toutes précisions utiles sur les faits qu'il estimait constitutifs d'une discrimination directe ou indirecte.

(72) L'article 14 du décret n° 2005-215 du 4 mars 2005 reconnaissait à la HALDE la possibilité de « disposer de correspondants locaux ». Ces derniers avaient pour mission de « représenter la HALDE et assurer la promotion de son activité auprès des partenaires publics et privés, à l'échelle départementale et régionale, mettre en œuvre sur le terrain les actions de la HALDE, recenser et valoriser les bonnes pratiques locales en matière de promotion de l'égalité et de lutte

Elle avait « su s'imposer comme un acteur incontournable de la lutte contre les discriminations⁽⁷³⁾ » et était devenue l'interlocuteur principal des victimes, souvent au détriment des compétences du juge.

574. – Autorité administrative indépendante. Garantie de l'impartialité réclamée par les directives européennes et permettant un traitement rapide des dossiers, la formule de l'autorité administrative indépendante s'était imposée en France⁽⁷⁴⁾, comme dans de nombreux pays européens⁽⁷⁵⁾. Tous n'ont cependant pas doté ces organes de compétences étendues. Le Luxembourg a institué un Centre pour l'égalité de traitement (CET)⁽⁷⁶⁾ dont « les attributions et les compétences ne sont en rien comparables avec les importants pouvoirs d'investigation et d'intervention qui ont été confiés à la HALDE⁽⁷⁷⁾ ». Comme son homologue français, le CET peut publier des rapports, émettre des avis ou des recommandations sur toutes questions liées aux discriminations. L'aide qu'il peut apporter aux personnes s'estimant victimes d'une discrimination est plus restreinte : s'il met à leur disposition un service de conseil et d'orientation visant à les informer de leurs droits⁽⁷⁸⁾, il ne peut pas « intervenir directement au profit des victimes de discriminations » ni dans les procédures judiciaires en cours⁽⁷⁹⁾. L'interdiction édictée assure au CET l'objectivité et la distance nécessaires à la réalisation de sa mission consultative⁽⁸⁰⁾. Ces qualités pouvaient faire défaut à la HALDE.

contre les discriminations, participer à l'instruction des réclamations dans les départements d'outremer, coordonner le réseau de correspondants locaux » (www.halde.fr).

(73) N. Grenet, *La HALDE, mode d'emploi : Semaine sociale Lamy* 2007, n° 1317, p. 7 et s.

(74) B. Stasi, *Vers la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, rapport au Premier ministre*, La Documentation française, 2004, p. 63 : « Le recours à la formule de l'autorité indépendante paraît s'imposer. D'abord, parce qu'elle offre une garantie renforcée d'impartialité et assure une participation élargie de personnes d'origines et de compétences diverses au traitement de la question particulièrement sensible des discriminations, conformément aux objectifs d'indépendance et de diversité des missions énoncés par les directives. Ensuite, parce qu'elle autorise plus de souplesse et de rapidité de réaction, en raison du raccourcissement de la chaîne hiérarchique et de l'adaptation des règles de fonctionnement régissant les administrations classiques ». À notre sens, l'instauration d'une autorité administrative indépendante traduisait également une défiance à l'encontre de l'autorité judiciaire qui aurait été incapable de rendre le droit effectif. Au lieu de la faire évoluer ou de la doter de moyens suffisants, la réponse à ce constat résidait dans la création d'une structure nouvelle, délivrée des règles de procédure qui entravaient « l'efficacité » de la justice. Ces règles, qui étaient perçues comme des entraves, participaient néanmoins à la satisfaction des objectifs assignés.

(75) L'Irlande a institué en 1999 l'*Equality Authority*, organisme indépendant qui a pour mission de promouvoir et de défendre l'égalité de traitement dans tous les secteurs de la société et de lutter contre toutes les formes de discriminations, directes comme indirectes. La Commission pour l'égalité de traitement (*Commissie Gelijke Behandeling*) a été créée en 1994 aux Pays-Bas. Des commissions indépendantes similaires existent notamment en Belgique et au Royaume-Uni.

(76) Le Centre pour l'égalité de traitement a été créé par une loi du 28 novembre 2006, au *Journal officiel* du Grand-Duché du Luxembourg, A-n° 207, 6 déc. 2007.

(77) J.-L. Putz, *Discrimination au travail*, Promoculture, 2010, n° 669.

(78) L. 28 nov. 2006, art. 10 : « Dans l'exercice de sa mission, le Centre peut notamment : publier des rapports, émettre des avis ainsi que des recommandations et conduire des études sur toutes les questions liées aux discriminations (...), produire et fournir toute information et toute documentation utiles dans le cadre de sa mission, apporter une aide aux personnes qui s'estiment victimes d'une discrimination (...) en mettant à leur disposition un service de conseil et d'orientation visant à informer les victimes sur leurs droits individuels, la législation, la jurisprudence et les moyens de faire valoir leurs droits ».

(79) L. 28 nov. 2006, art. 12 (3) : « Les membres du Centre exercent leurs fonctions sans intervenir dans les procédures judiciaires en cours ».

(80) « Le Centre n'est pas censé intervenir directement au profit des victimes d'une discrimination, mais représente pour celles-ci un interlocuteur important à travers ses fonctions de conseil et d'orientation de façon à assurer sa mission de manière consultative et avec la distance requise pour apprécier avec objectivité les dispositifs, les structures et les procédures en place » (présentation du CET disponible sur le site Internet du Centre : <http://cet.lu>).

575. – Conçue pour devenir « le pourfendeur des discriminations⁽⁸¹⁾ », la Haute autorité dépassait parfois sa mission. Si « l'institution d'une structure indépendante compétente en matière de discriminations constitue une avancée en la matière⁽⁸²⁾ », l'antinomie des missions qui lui avaient été confiées (§ 1) et l'absence d'encadrement de ses pouvoirs (§ 2) conduisaient à des dérives qui ont eu un rôle important dans sa disparition⁽⁸³⁾.

§ 1. – Des missions antinomiques

576. – La HALDE avaient reçu mission d'assister toute personne s'estimant victime de discrimination (A) et de conseiller les autorités (B). Sa première fonction exigeait implication et prise en compte des caractéristiques personnelles de la victime ; la seconde réclamait objectivité et réflexion : ces impératifs antagonistes étaient difficilement conciliables.

A. – L'assistance de la victime

577. – La HALDE proposait une assistance individualisée à toute personne qui s'estimait victime d'une discrimination (1°) ; elle tentait par ailleurs d'accroître son domaine d'intervention (2°).

1° Une assistance individualisée

578. – **Défense d'un intérêt privé et pouvoirs dans l'intérêt général.** L'action de la Haute autorité avait pour objet la protection d'un intérêt privé : à toute personne qui s'estimait victime d'une discrimination, la possibilité de la saisir était offerte⁽⁸⁴⁾. Mais le législateur lui confiait également des missions « de prévention, de conseil et de participation à la défense de l'intérêt général⁽⁸⁵⁾ » pour lesquelles elle se voyait conférer des pouvoirs exorbitants du droit commun. Faute de séparation hermétique entre ses missions relevant de la promotion d'un intérêt privé ou la promotion de l'intérêt commun, le risque de confusion était réel. Selon le professeur Loiseau, sa réalisation pouvait entraîner le dérèglement du traitement ordinaire des litiges entre employeurs et salariés⁽⁸⁶⁾ : cette crainte a, à certains égards, été vérifiée.

579. – **Intervention uniquement dans l'intérêt du salarié ?** Selon certains, l'intervention de la Haute autorité avait pour unique bénéficiaire le salarié ; si ses

(81) T. Guillemin, *La HALDE : halte aux discriminations ?* : D. 2006, p. 1625. L'auteur précise que « l'idée du législateur est bien de faire de cette autorité le pourfendeur des discriminations, notamment sur le lieu de travail ». Il qualifie également la Haute autorité de « gendarme des rapports sociaux ».

(82) R. Graeffly, *Vers une unification des politiques publiques de lutte contre les discriminations* : AJDA 2005, p. 934 et s., spéc. p. 939.

(83) Sur les craintes issues de l'intégration de la HALDE à l'institution du « Défenseur des droits », V. B. Khiari et A. Anziani, *La HALDE cannibalisée* : *Le Monde* 2 juin 2010. Des doutes sur la pérennité de l'institution avaient émergé également en raison de son coût. La Cour des comptes s'inquiétait de l'augmentation constante du budget de la HALDE et un amendement visant à le geler fut déposé à l'Assemblée nationale le 9 novembre 2010.

(84) Selon l'article 4 de la loi n° 2004-1486, « toute personne qui [s'estimait] victime de discrimination peut saisir la Haute autorité ».

(85) F. Burnier, *La HALDE et l'entreprise, pouvoirs et enjeux* : *Dr. soc.* 2008, p. 1042 et s.

(86) G. Loiseau, *La HALDE : quelle autorité ?* : *Dr. soc.* 2009, p. 142 et s.

investigations préliminaires la conduisaient à retenir l'absence de discrimination, l'employeur était irrecevable à solliciter son intervention devant une juridiction⁽⁸⁷⁾.

580. – La solution proposée ajoutait une condition à la loi du 30 décembre 2004 et devait, à notre sens, être écartée. La révélation d'une discrimination par la HALDE n'était pas une condition de son audition par les juridictions. Aux termes de l'article 13 de la loi, son intervention dépendait uniquement de l'objet du litige. Dès lors que la discussion judiciaire portait sur des « faits relatifs à des discriminations », la participation de la HALDE au débat judiciaire se justifiait : tant l'employeur que le salarié pouvait la réclamer⁽⁸⁸⁾. En témoignant, si les faits le justifiaient, au profit d'employeurs, la Haute autorité aurait participé à créer un sentiment d'impartialité autour de son intervention. Sa légitimité et l'objectivité de ses décisions en auraient été renforcées.

581. – **Absence de coordination.** Quand bien même elle aurait pu y trouver un important soutien, aucune coopération n'était prévue entre la Haute autorité et les représentants du personnel. Contrairement aux associations⁽⁸⁹⁾, la faculté de saisir cette institution ne leur était pas reconnue. Lorsqu'ils procédaient à des vérifications dans les locaux de l'entreprise, les agents de la Haute autorité n'étaient pas tenus d'informer les représentants des salariés ; il n'était d'ailleurs pas prévu que ces derniers puissent les accompagner. Le législateur n'avait envisagé l'interaction de la HALDE avec les élus du personnel que dans une optique de sanction des employeurs : la transmission, pour information, d'un communiqué au comité d'entreprise ou aux délégués du personnel était une modalité d'exécution de la transaction pénale proposée par la Haute autorité⁽⁹⁰⁾.

582. – À notre sens, plus qu'une défiance envers ces institutions, l'ignorance par la HALDE de la représentation collective des salariés traduisait la vision de la lutte contre les discriminations véhiculée par cette autorité. Le plaignant était perçu comme une victime isolée, non comme un membre d'une communauté de travail. La Haute autorité visait à promouvoir le respect de la dignité de l'individu et non la protection des droits des salariés. L'ignorance des mécanismes de représentation propres au droit du travail n'était qu'une conséquence de cet objectif.

2° Une extension de l'assistance

583. – **Domaine d'intervention à objet défini.** La compétence d'attribution de la Haute autorité l'amenait à « connaître de toutes les discriminations, directes ou

(87) G.-P. Quétant, *La HALDE, « bonne amie » du salarié demandeur devant le conseil de prud'hommes* : JSL 2007, n° 223 : « Si l'instruction de l'affaire conduisait [la HALDE] à écarter le grief de discrimination, l'employeur défendeur se trouverait dans l'impossibilité de lui demander de venir défendre à l'audience l'absence de faits relevant de discrimination ».

(88) L. n° 2004-1384, 30 déc. 2004, art. 13 : « 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 ».

(89) Selon l'article 4 de la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004, les associations régulièrement constituées depuis au moins cinq ans à la date des faits, et qui se proposaient dans leurs statuts de combattre les discriminations ou d'assister les victimes de discriminations, pouvaient saisir la HALDE conjointement avec la victime, sous réserve de son accord.

(90) L'article 11-2 de la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 précisait que la transaction pénale infligée par les agents de la HALDE pouvait consister en « la transmission, pour information, d'un communiqué au comité d'entreprise ou au délégué du personnel ».

indirectes, prohibées par la loi ou un engagement international auquel la France est partie⁽⁹¹⁾ » ; son domaine d'intervention⁽⁹²⁾ était vaste mais son activité se concentrait principalement autour de l'emploi⁽⁹³⁾ et près d'une saisine sur trois concernait une entreprise privée⁽⁹⁴⁾.

584. – Si aucun aspect de la relation contractuelle n'échappait à sa compétence, le contrôle qu'elle effectuait se devait d'être circonscrit à la recherche des discriminations. Dans l'hypothèse où elle constatait des illégalités sans lien avec un comportement discriminatoire, sa compétence d'attribution lui interdisait de se prononcer sur leurs éventuelles conséquences juridiques. Soumis au secret professionnel⁽⁹⁵⁾, les agents de la Haute autorité ne pouvaient informer l'auteur de la saisine des manquements constatés, étrangers aux discriminations⁽⁹⁶⁾. Dès lors, la HALDE n'aurait pu conclure à l'illicéité du recours à des contrats à durée déterminée dans une entreprise lorsque cette pratique était généralisée et sans lien avec les caractéristiques spécialement protégées des salariés⁽⁹⁷⁾. Cette digression, hors de son champ d'intervention, traduisait une extension injustifiée de ses compétences et perturbait le futur contentieux prud'homal.

585. – La mission d'assistance⁽⁹⁸⁾ dévolue à la Haute autorité ne se concevait que dans le cadre de la lutte contre les distinctions illicites ; elle ne pouvait user de ses pouvoirs exorbitants du droit commun, et de son influence auprès des juges, pour faciliter des actions sans rapport avec ce domaine. Si une association de lutte contre les discriminations peut mobiliser ses compétences pour assister des victimes dans un autre domaine que celui de son objet social, cette faculté ne saurait être recon-

(91) L. n° 2004-1486, 30 déc. 2004, art. 1. Si le législateur avait consacré de nouveaux critères discriminatoires, la compétence de la HALDE s'en serait trouvée élargie. Tel n'aurait pas été le cas si le champ d'intervention de la Haute autorité avait été fixé selon une liste limitative de motifs discriminatoires.

(92) La Haute autorité intervenait dans le domaine de l'éducation, de l'accès aux biens, aux services et au logement, et dans le fonctionnement du service public. Elle était également saisie sur tout aspect de la réglementation qui aurait été discriminatoire.

(93) En 2009, 48,5 % de ses saisines concernaient l'emploi. Seulement 6 % traitaient de l'éducation et 5,5 % de l'accès au logement (Rapport annuel d'activité de la HALDE, 2009, p. 16).

(94) En 2009, 31,5 % des saisines de la HALDE concernaient une entreprise privée (Rapport annuel d'activité de la HALDE, 2009, p. 16).

(95) L. n° 2004-1486, 30 déc. 2004, art. 10 : « Les membres et les agents de la Haute autorité ainsi que les personnalités qualifiées auxquelles il est fait appel sont astreints au secret professionnel pour les faits, actes ou renseignements dont ils ont pu avoir connaissance en raison de leurs fonctions, sous réserve des éléments nécessaires à l'établissement des avis, des recommandations et des rapports ».

(96) Selon nous, il convenait de distinguer deux hypothèses. Si l'illégalité constatée par les agents de la HALDE résultait de la consultation de documents qui échappaient à la victime, le secret professionnel s'opposait à leur révélation. À l'inverse, la victime pouvait disposer des éléments probatoires nécessaires mais ignorer l'étendue de ses droits. L'intervention informelle des agents de la Haute autorité, en marge d'un contrôle de l'absence de discrimination, consistant à faire connaître à la victime les fondements et les moyens d'action à sa disposition, ne pouvait, à notre sens, être condamnée. En tout état de cause, l'illégalité constatée hors du champ des discriminations ne devait pas faire l'objet d'une intervention officielle de la Haute autorité.

(97) Délib. HALDE n° 2010-56, 1^{er} mars 2010 : *JCP S* 2010, act. 252. Une salariée s'était vu refuser le renouvellement de son contrat à durée déterminée ; elle s'estimait victime d'une discrimination en raison de son état de grossesse. Alors que la motivation illicite du refus de renouvellement semblait établie, la Haute autorité se prononce également sur les pratiques de l'entreprise concernant le recours au contrat à durée déterminée. La seconde illégalité relevée était sans lien avec la situation de la salariée : elle traduisait une pratique constante de l'entreprise, appliquée à l'ensemble du personnel, sans distinction de sexe ou d'état de santé. Si le non-renouvellement du contrat à durée déterminée procédait d'une discrimination en raison de l'état de grossesse, la violation des règles relatives au recours à ce type de contrat était indépendante de cette caractéristique. L'intervention de la HALDE était justifiée sur le premier point ; elle était infondée sur le second.

(98) L. n° 2004-1486, 30 déc. 2004, art. 7 : « La Haute autorité assiste la victime de discrimination dans la constitution de son dossier. Elle aide la victime à identifier les procédures adaptées à son cas ».

nue à une autorité administrative indépendante. Son acceptation par les entreprises en dépendait. L'autorégulation de ses actions, à défaut d'encadrement de ses pouvoirs, devait l'y inciter. Le risque d'un recours pour excès de pouvoir lorsqu'elle dépassait sa compétence d'attribution aurait pu l'y contraindre.

586. – Influence des termes. Sur la base de l'instruction qu'elle menait, la Haute autorité rendait des avis ou des recommandations qui ne liaient ni le juge ni les parties⁽⁹⁹⁾ ; leur valeur reposait uniquement sur l'autorité morale de l'institution⁽¹⁰⁰⁾. Pourtant, si elle en estimait les conditions remplies, la HALDE considérait l'auteur de la saisine comme « victime », alors même qu'aucune décision judiciaire n'était intervenue en ce sens.

587. – Cette terminologie traduisait la volonté de la HALDE de jouer un rôle propre dans le champ de compétences traditionnellement dévolu au juge judiciaire⁽¹⁰¹⁾. Pourtant, dans l'hypothèse où l'intervention de la Haute autorité ne permettait pas de trouver une issue amiable au litige, il convenait de préserver la neutralité du procès qui allait s'engager. Celle-ci n'était pas garantie lorsque le demandeur était qualifié de « victime », donc le défendeur de « coupable », avant même que l'instance ne fût introduite. Comme le Conseil d'État le lui rappelait incidemment⁽¹⁰²⁾, les termes qu'elle employait auraient dû être adaptés à la portée de ses propos et à l'influence qui s'y attachait. Pour préserver la place du juge, à qui incombe la charge d'interpréter et de qualifier les faits⁽¹⁰³⁾, il aurait été pertinent que la HALDE usât d'un vocable neutre⁽¹⁰⁴⁾. Ces précautions lui auraient évité d'être considérée par les salariés comme un degré de juridiction spécifique à la lutte contre les discriminations.

B. – Le conseil de l'autorité

588. – Sur la base des cas particuliers portés à sa connaissance, la Haute autorité pouvait intervenir auprès des juridictions (1°) mais également auprès des pou-

(99) Même si la délibération de la Haute autorité ne liait pas les parties, la HALDE pouvait imposer au mis en cause de l'informer sur les suites qu'il lui donnait. Selon l'article 11 de la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 : « la Haute autorité [pouvait] formuler des recommandations tendant à remédier à tout fait ou à toute pratique qu'elle estime être discriminatoire, ou à en prévenir le renouvellement ». Si le mis en cause ne donnait pas suite à la recommandation, « la Haute autorité [pouvait] établir un rapport spécial qui est publié au Journal officiel de la République française ».

(100) En ce sens, V. L. Derepas, *Le régime contentieux des décisions prises par la HALDE* : AJDA 2007, p. 2145 et s., spéc. p. 2147 : « La qualification d'acte discriminatoire que la HALDE [pouvait] retenir dans ses recommandations n'[avait] d'autre portée que celle qui [découlait] de l'autorité morale de l'institution. Elle n'[était] pas en elle-même susceptible de modifier la situation juridique de la victime ou de l'auteur de l'acte incriminé ».

(101) En ce sens, V. G. Loyseau, *La HALDE : quelle autorité ?* : Dr. soc. 2009, p. 142 et s. : « La HALDE intervient dans un champ de compétence traditionnellement dévolu au juge judiciaire, dans lequel elle entend d'ailleurs exercer son propre rôle. Ce chevauchement de compétence suscite alors, fatalement, un risque de discordance dans la compréhension des règles prohibant les discriminations ».

(102) Dans sa décision n° 297742 du 13 juillet 2007, le Conseil d'État avait estimé que la Haute autorité n'énonçait pas, par principe, des décisions susceptibles de faire grief. Il en aurait été autrement si elle avait émis des recommandations « de portée générale, qui [auraient été] rédigées de façon impérative » (sur cet arrêt, V. notamment S. Deygas, *Est-on recevable à agir contre des recommandations de la HALDE ?* : Procédures 2007, comm. 231).

(103) En ce sens, V. P. Waquet, *Qu'est-ce que juger ?* : Dr. soc. 2010, p. 1015 et s., spéc. p. 1022 : « La qualification est le moment essentiel du jugement où le fait et le droit se rejoignent. Après avoir constaté quels étaient les faits établis, après un débat contradictoire, après avoir déterminé la loi applicable, son sens et sa portée, il faut encore joindre ces deux univers par une qualification juridique des faits, dont on déduira la solution juridique qui s'impose ».

(104) L'enquête de la HALDE aurait transformé l'auteur de la saisine en plaignant, étape intermédiaire avant d'être reconnu victime par un juge.

voirs publics et recommander toute modification législative et réglementaire qui lui semblait pertinente (2°).

1° Les interventions auprès du pouvoir judiciaire

589. – Les modalités selon lesquelles la HALDE intervenait auprès des juridictions (a), contrairement à ce qu'estimait la Cour de cassation, portaient atteinte aux exigences d'un procès équitable (b).

a) Les modalités de l'intervention

590. – **Articulation de l'intervention avec les recours judiciaires.** La pleine portée des enquêtes menées par la Haute autorité supposait qu'elle pût en faire valoir les résultats devant les juridictions. Elle pouvait « continuer à apporter son soutien au salarié⁽¹⁰⁵⁾ » malgré la saisine d'un juge. À la demande de celui-ci ou des parties, lui était reconnue la faculté de présenter ses observations devant les juridictions civiles, pénales et administratives. Dès 2006, son audition était de droit⁽¹⁰⁶⁾. Soumettant au juge les éléments obtenus par le biais de ses investigations⁽¹⁰⁷⁾, elle défendait ses délibérations à la barre et dans ses écritures. Mais devant le juge répressif, les observations de la Haute autorité ne constituaient « ni un témoignage, ni une expertise et [n'avaient] la valeur probante que de simple renseignements⁽¹⁰⁸⁾ ».

591. – **Prescription.** La saisine de la HALDE n'interrompait ni ne suspendait les délais relatifs à la prescription des actions en matière civile et pénale. Une solution identique était retenue concernant les recours administratifs hiérarchiques et contentieux⁽¹⁰⁹⁾. Seuls les actes tendant à la mise en œuvre d'une transaction pénale étaient interruptifs de la prescription de l'action publique⁽¹¹⁰⁾.

b) Les effets de l'intervention

592. – L'intervention de la HALDE portait atteinte aux exigences d'un procès équitable (1) et entraînait parfois des distorsions de solutions dommageables (2).

1) Le risque d'inéquité

593. – **Intervention et égalité des armes.** Estimant que l'intervention de la Haute autorité devant les juridictions violait les exigences de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la cour d'appel

(105) G. Loyseau, *La HALDE : quelle autorité ? : Dr. soc.* 2009, p. 142 et s., spéc. p. 143 : « Lorsque le litige relatif à une discrimination est porté devant le juge judiciaire, la Haute autorité n'est pas tenue à l'écart et peut continuer à apporter son soutien au salarié ».

(106) Selon l'article 13 de la loi n° 2004-1384 du 30 décembre 2004, modifié par l'article 42 de la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 : « La Haute autorité peut elle-même demander à être entendue par ces juridictions ; dans ce cas, cette audition est de droit ».

(107) En ce sens, V. P. Henriot, *La HALDE dans le débat judiciaire : une « intervention » qui suscite bien des questions : LPA* 9 juill. 2008, n° 137, p. 10 et s., spéc. p. 12 : « La communication de pièces à l'initiative de la HALDE tendrait moins à prouver des faits au soutien d'une prétention, au sens de l'article 9 du Code de procédure civile, qu'à mettre dans le débat, au sens de l'article 7, celles dont le juge aura besoin pour apprécier la situation de fait ».

(108) Circ. portant sur les relations entre la HALDE et l'autorité judiciaire, 3 oct. 2005 : *BO min. Justice* n° 100. L'administration précise que ces observations, formulées par écrit ou oralement lors des audiences de jugement, doivent respecter le principe du contradictoire.

(109) L. n° 2004-1486, 30 déc. 2004, art. 4.

(110) L. n° 2004-1486, 30 déc. 2004, art. 11-3.

de Nîmes avait refusé de l'entendre⁽¹¹¹⁾. Saisie de la question, la Cour de cassation avait tranché dans un sens différent. Elle avait estimé que les dispositions de l'article 13 de la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 ne méconnaissaient pas, en elles-mêmes, les exigences du procès équitable et de l'égalité des armes « dès lors que les parties [étaient] en mesure de répliquer par écrit et oralement à ces observations et que le juge [appréciait] la valeur probante des pièces qui lui [étaient] fournies et qui [avaient] été soumises au débat contradictoire⁽¹¹²⁾ ». La présentation de ses observations ne faisait pas de la HALDE l'une des parties intervenantes au procès⁽¹¹³⁾ ; elle ne pouvait exercer les voies de recours réservées à celle-ci. Répondant à une question prioritaire de constitutionnalité, la Cour de cassation avait également précisé que l'intervention de la Haute autorité ne violait pas la norme suprême en ce qu'elle ne portait pas atteinte aux exigences du procès équitable ni à l'indépendance de l'autorité judiciaire⁽¹¹⁴⁾.

594. – Pour atténuer les effets de l'enquête inquisitoriale menée par la HALDE, la solution entendait garantir le respect du principe du contradictoire au stade du jugement. Les délibérations de la Haute autorité, ainsi que les faits sur lesquels elle s'était fondée pour les arrêter, ne devaient pas échapper à la discussion des parties⁽¹¹⁵⁾. Elle était contrainte de produire ces éléments auparavant tenus secrets.

595. – Procédant par la voie d'une affirmation contestable, la Cour de cassation avait également décidé que l'intervention de la Haute autorité ne contrevient pas au principe d'égalité des armes. Alors que ce principe commande « qu'une partie ait la possibilité raisonnable d'exposer sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire⁽¹¹⁶⁾ »,

(111) CA Nîmes, 25 avr. 2007, n° 06/03377. La cour d'appel précisait que « pour les mêmes faits, la HALDE dispose de la possibilité de rassembler des éléments au profit de la victime, de l'assister, par des moyens exorbitants du droit commun et d'orienter le choix de la procédure à diligenter sans pour autant justifier d'un intérêt distinct de l'intérêt général, dont la défense incombe au ministère public, et qui fonderait la proportionnalité de cette dérogation » ; elle en déduisait « que les dispositions [de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme] font obstacle à ce que la HALDE puisse, à l'égard d'une même personne physique et morale, et s'agissant des mêmes faits, exercer tout à la fois les pouvoirs de recommandation et la faculté de demander son audition en justice ». Dans le même sens, CA Nîmes, 13 oct. 2009, n° 08/03535. – *Contra*, CA Lyon, 13 mars 2009, n° 08/03450. Les juges n'avaient pas estimé que l'intervention de la Haute autorité ne violait pas l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Ils avaient posé qu'elle ne lui était pas applicable (« L'article 6, § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'est pas applicable à cette Haute autorité qui n'agit pas en tant que juridiction ni comme instance disciplinaire »).

(112) Cass. soc., 2 juin 2010, n° 08-40.628 : *Bull. civ.* 2010, n° 124. Sur cet arrêt, V. G. Loyseau, *Les armes de la HALDE ne blessent pas le principe du procès équitable* : *JCP S* 2010, 1241. Dans le même sens, V. Cass. soc., 16 nov. 2010, n° 09-42.956.

(113) Cass. soc., 2 juin 2010, n° 08-40.628 : *Bull. civ.* 2010, V, n° 124 : « 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 ». La limitation de son pouvoir dans le cadre d'un contentieux n'entravait, à notre sens, en rien sa capacité d'action. Elle aurait pu intervenir, de la même manière, auprès de la juridiction du second degré si un appel était relevé.

(114) En ce sens, V. Cass. soc., 2 févr. 2011, n° 10-20.415. Ce recours était possible puisque la loi du 30 décembre 2004 instituant la HALDE n'a pas été soumise au Conseil constitutionnel. Mais ses chances de succès étaient faibles, au regard de la position arrêtée par la chambre sociale le 2 juin 2010.

(115) En ce sens, V. également P. Henriot, *La HALDE dans le débat judiciaire : une « intervention » qui suscite bien des questions* : *LPA* 9 juill. 2008, n° 137, p. 10 et s., spéc. p. 12 : « Il serait finalement contraire aux intérêts du défendeur lui-même que soient tenus hors des débats les éléments de preuve que la HALDE a réunis et sur lesquels elle fonde les conclusions défavorables à ce dernier, dès lors que ces conclusions sont, elles, dans le débat ».

(116) CEDH, 27 oct. 1993, *Dombo Beheer B. V. c/ Pays-Bas*.

l'intervention de la Haute autorité conduisait au résultat proscrit. Le seul respect du contradictoire ne suffit pas à garantir un procès équitable.

596. – Le défendeur devait répondre à deux contradicteurs « dont l'un [disposait] de pouvoirs exorbitants⁽¹¹⁷⁾ ». La Haute autorité n'avait pas pour seul objectif d'assister la victime : elle visait également à obtenir un jugement conforme à la délibération qu'elle avait arrêtée⁽¹¹⁸⁾. Le professeur Bugada estimait que la Haute autorité était passée « d'une logique de collaboration sur demande à une logique de lutte judiciaire offensive⁽¹¹⁹⁾ ». Elle ne pouvait donc prétendre au rôle d'*amicus curiae*⁽¹²⁰⁾ et endossait le costume de « second contradicteur⁽¹²¹⁾ », nonobstant ses importantes prérogatives⁽¹²²⁾. Par les efforts déployés pour démontrer les faits qu'elle alléguait, la HALDE permettait au demandeur, dont la situation personnelle était pourtant l'objet du litige, de demeurer passif.

597. – Pour justifier cette solution, certains prétendaient que l'inégalité des armes permettait de compenser « l'inégalité fondamentale d'informations entre les parties⁽¹²³⁾ ». L'argument peinait à convaincre. Cette mission était déjà assurée par la répartition de la charge de la preuve organisée par l'article L. 1134-1 du Code du travail. La position privilégiée de la Haute autorité remettait en cause le précaire équilibre obtenu par le jeu combiné de ces dispositions et des pouvoirs d'investigation du juge.

598. – **Proposition.** Le principe de l'égalité des armes aurait imposé de restreindre les possibilités d'intervention de la Haute autorité auprès des juridictions ; deux hypothèses auraient dû être distinguées. Lorsque la HALDE instruisait un dossier au bénéfice d'une « victime », elle n'aurait pas dû pouvoir intervenir dans le débat judiciaire. La délibération qu'elle arrêterait, ainsi que les documents recueillis auraient pu être produits par la partie intéressée, et discutés, comme n'importe quelle preuve, dans le respect des exigences du procès contradictoire. La position de la HALDE étant exprimée dans sa délibération, son audition par la juridiction, alors qu'elle rompait le principe d'égalité des armes, n'apportait aucune plus-value. Elle aurait dû être prohibée⁽¹²⁴⁾.

(117) S. Petit et C. Cohen, *La HALDE a-t-elle sa place devant les juridictions ?* : D. 2008, p. 1519 et s., spéc. p. 1520.

(118) En ce sens, le site Internet de la Haute autorité contenait une rubrique où la HALDE répertoriait les « procès qu'elle [avait] gagnés ».

(119) A. Bugada, *Constitution et droit de la défense : Procédures 2011*, comm. 138. – Dans le même sens, V. P. Rozec et V. Manigot, *L'intervention de la HALDE : une égalité des armes en trompe l'œil ?* : JCP S 2011, 1070 : « À l'occasion de ses interventions en justice, et pour des affaires qu'elle a par ailleurs instruites, la HALDE défend les motifs de sa délibération. Sa position est en ce sens partisane. (...) Elle vise à obtenir une décision de justice conforme à sa position, qui appuiera nécessairement celle d'une des parties ».

(120) Selon l'article 27 du Code de procédure civile, le juge « a la faculté d'entendre sans formalités les personnes qui peuvent l'éclairer ». Dès lors que la Haute autorité instruisait un dossier, elle perdait la neutralité indispensable à la réalisation de cette mission.

(121) J. Mouly, note ss l'arrêt du 2 juin 2010 : *Dr. soc.* 2010, p. 992 et s., spéc. p. 993.

(122) J. Mouly, note ss l'arrêt du 2 juin 2010 : *Dr. soc.* 2010, p. 992 et s., spéc. p. 993 : « Au fond, plus que l'audition de la HALDE en elle-même, c'est cette mise à disposition, au profit d'une partie, de pouvoirs exorbitants en matière de preuve, qui engendre le déséquilibre caractéristique d'une violation du principe d'égalité des armes ».

(123) E. Serverin et T. Grumbach, *Le statut procédural de la HALDE devant les juridictions civiles après l'arrêt de la chambre sociale du 2 juin 2010 : ni juge, ni partie, mais représentant de l'intérêt public* : RDT 2010, p. 457 et s., spéc. p. 458.

(124) En ce sens, V. également S. Petit et C. Cohen, *La HALDE a-t-elle sa place devant les juridictions ?* : D. 2008, p. 1519 et s., spéc. p. 1521 : « Il nous semble cependant important de prendre en considération le moment où intervient la HALDE. La solution retenue par la Cour d'appel de Nîmes [refusant sa demande d'audition] suppose que la Haute autorité exerce l'ensemble de ses droits et pouvoirs au cours d'une même instance. Dès lors que l'autorité ne fait qu'exer-

599. – La faculté d'audition de la HALDE aurait dû être réservée aux dossiers dans lesquels elle n'était pas intervenue ; le juge aurait été éclairé par l'expertise de la Haute autorité. Cette position avait d'ailleurs été retenue par certaines juridictions du fond⁽¹²⁵⁾.

2) Le risque de distorsion

600. – **Contradiction.** En se prononçant sur les mêmes faits mais dans des cadres procéduraux différents⁽¹²⁶⁾ et dans un domaine propice aux interprétations divergentes⁽¹²⁷⁾, la Haute autorité « [concurrent] ouvertement l'autorité judiciaire sur son propre terrain⁽¹²⁸⁾ ». Les distorsions de solutions⁽¹²⁹⁾ étaient source d'insécurité juridique, néfaste à la gestion des entreprises⁽¹³⁰⁾.

601. – Contrairement à une décision d'appel (qui fait disparaître le jugement de première instance qu'elle réforme), la position divergente de la HALDE subsistait malgré le prononcé d'une solution judiciaire contraire. La Haute autorité pouvait même se prononcer sur des faits déjà tranchés par une décision passée en force de chose jugée. L'écho médiatique des avis de la Haute autorité était souvent supérieur à celui accordé aux décisions des tribunaux : la solution judiciaire n'absolvait pas, dans l'opinion publique, le comportement de l'employeur.

602. – Les distorsions de solution étaient encouragées par l'absence d'encadrement de l'action de la HALDE. Le contrôle exercé par la Cour de cassation permet d'harmoniser et de guider les décisions rendues par les juges du fond ; il assure également une juste application de la règle de droit. Dispensée de ces contraintes⁽¹³¹⁾ et

cer son pouvoir de recommandation ou d'investigation, il semble que les garanties qui entourent le procès soient respectées. Les différentes observations et recommandations de la HALDE pouvant être discutées lors de l'audience, le principe du contradictoire est donc respecté ».

(125) CA Nîmes, 9 févr. 2010, n° 08/03582. Les juges estimaient que lorsqu'était en cause dans l'affaire qui leur était soumise non pas un litige purement individuel mais une difficulté tirée de l'application d'une jurisprudence « est recevable la demande d'audition de la HALDE, dont l'expertise est telle qu'elle peut apporter un approfondissement certain et indiscutable quant aux circonstances de fait et quant à la portée exacte en la cause de la jurisprudence ».

(126) En ce sens, V. Y. Tarasewicz, *Débat sur la montée en puissance de la HALDE : Semaine sociale Lamy* 2007, n° 1317, p. 10 et s. M^{me} Tarasewicz estimait que la création de la HALDE introduisait une confusion des genres, notamment pour les salariés, qui ne savaient pas appréhender la portée de leur recours devant la HALDE ; l'auteur estimait qu'il n'était pas souhaitable que se multiplient les instances aux pouvoirs concurrents et aux régimes juridiques distincts.

(127) L'appréciation des éléments de fait revêt une importance particulière dans la qualification d'une discrimination. Les notions de situation identique et de motifs objectifs et pertinents justifiant la différence de traitement autorisent des interprétations différentes.

(128) Y. Mayaud, *La HALDE, une trop « haute » autorité ? Propos hétérodoxes sur un transfert de répression : Dr. soc.* 2007, p. 930 et s., spéc. p. 932.

(129) Cette possibilité n'était pas que théorique. La Cour de cassation a décidé que le versement d'une prime d'expatriation dont le versement était réservé à des salariés étrangers en vue de la création d'un pôle scientifique d'excellence n'était pas discriminatoire (Cass. soc., 9 nov. 2005, n° 03-47.720 : *Bull. civ.* 2005, V, n° 312). Sollicitée par le même salarié, pour des faits identiques, la HALDE prenait une position contraire à l'autorité judiciaire et estimait « que la clause litigieuse présente un caractère discriminatoire » (Délib. HALDE n° 2002-282, 22 oct. 2002, sur cette décision, V. H. Tissandier, *Une prime d'expatriation fondée sur la nationalité est discriminatoire : Semaine sociale Lamy* 2007, n° 1328, p. 2 et s.). À la suite de cette intervention de la Haute autorité, la chambre sociale a confirmé sa solution initiale (Cass. soc., 17 avr. 2008, n° 06-45.270 : *Bull. civ.* 2008, V, n° 95).

(130) En ce sens, V. H. Tissandier, *Une prime d'expatriation fondée sur la nationalité est discriminatoire : Semaine sociale Lamy* 2007, n° 1328, p. 2 et s., spéc. p. 3 : « Si l'on ne peut que se féliciter qu'un tel dialogue puisse s'instaurer entre la HALDE et l'institution judiciaire car il ne pourrait conduire qu'à l'enrichissement du droit, on n'ose se mettre à la place d'employeurs qui devront apprécier la possibilité de mettre en place une prime en fonction de la nationalité ». L'intervention de la Haute autorité n'était bénéfique que dans l'hypothèse où le dialogue instauré était constructif et qu'il ne s'éternisait pas ; il était parfois nécessaire, pour le bien de tous, d'y mettre fin.

(131) Ces contraintes pesant sur les juridictions sont autant de garanties pour les parties.

statuant parfois en équité, l'action créatrice de la Haute autorité n'avait de limites que celles qu'elle désirait se fixer. Dès lors, une « victime » pouvait obtenir satisfaction devant la Haute autorité alors que le juge, tenu d'appliquer la loi, aurait dû la débouter⁽¹³²⁾. En raison de sa faculté de proposition, était reconnue à la HALDE la possibilité de procéder au « forçage de la légalité quand le juge judiciaire se [devait] de la faire respecter⁽¹³³⁾ ». Tel était le cas lorsqu'elle estimait discriminatoires les dispositions réglementaires qui n'accordaient pas aux salariés liés par un pacte civil de solidarité les mêmes droits qu'aux salariés mariés⁽¹³⁴⁾ ou aux salariés de sexe différent⁽¹³⁵⁾. La HALDE « recommandait » alors aux entreprises de réparer le préjudice qu'elles avaient causé en appliquant une disposition conventionnelle ou législative qu'elle estimait discriminatoire. Le simple respect de la norme n'exonérait pas de la condamnation. Difficilement compréhensible lorsque cette impasse résulte d'une décision d'un juge⁽¹³⁶⁾, elle devenait inappropriée quand elle reposait sur la position d'une autorité administrative indépendante dont le rôle était notamment de faire évoluer les mentalités, donc de devancer les évolutions législatives.

603. – Proposition. En statuant sur les dossiers qui lui étaient soumis *de lege lata*, et en formulant des propositions de réforme *de lege feranda*, la HALDE aurait donné pleine portée à ses compétences. Cette solution aurait garanti la sécurité juridique et préservé la capacité de proposition de la Haute autorité. Ainsi mis en œuvre, les différents pouvoirs de la HALDE auraient quitté les rives de l'antinomie pour gagner celles de la complémentarité.

2° Les propositions de modifications législative et réglementaire

604. – La HALDE pouvait proposer des modifications législatives et réglementaires dans le domaine de la lutte contre les discriminations et la promotion de l'égalité (a). La faculté qui lui était ainsi reconnue a emporté des conséquences dommageables (b).

a) Le contenu de la mission

605. – Propension à l'extension. Le législateur avait souhaité faire de la HALDE la clé de voûte de la lutte contre les discriminations ; il lui avait permis d'intervenir tant en amont qu'en aval du processus normatif. Même s'il semblait pour le moins paradoxal de confier une telle charge à une institution d'inspiration anglo-saxonne qui véhiculait une vision de l'égalité parfois contestée dans l'ordre interne puisque contraire à la tradition nationale, la Haute autorité était associée à la définition de

(132) G. Loyseau, *La HALDE : quelle autorité ?* : Dr. soc. 2009, p. 142 et s., spéc. p. 145. Le professeur Loyseau soulevait également l'hypothèse dans laquelle le juge, en raison de la prescription des faits invoqués, était tenu de débouter le demandeur, alors que la HALDE, à qui la prescription de la réparation du préjudice liée à la discrimination n'était pas opposable, aurait pu reconnaître à l'auteur de la saisine la qualité de victime.

(133) G. Loyseau, *La HALDE : quelle autorité ?* : Dr. soc. 2009, p. 142 et s., spéc. p. 145.

(134) En ce sens, V. Délib. n°s 2008-91 et 2008-92, 5 mai 2008 : JCP S 2008, act. 361.

(135) En ce sens, V. Délib. n° 2010-84, 1^{er} mars 2010. Une société appliquait une convention collective qui réservait le bénéfice de congés supplémentaires aux seules mères de famille. La HALDE estimait que cette disposition était discriminatoire et « recommandait » d'indemniser les salariés exclus de ce dispositif.

(136) Est reconnu aux juges le pouvoir de contrôler la conventionalité des normes qu'ils doivent appliquer ; ils peuvent écarter les dispositions conventionnelles qu'ils estiment discriminatoires ou encore revenir sur une jurisprudence pourtant acquise de longue date. Le respect du droit, au sens large du terme, en vigueur au moment des faits ne garantit pas une absence de condamnation.

la position française lors des négociations internationales relatives à la lutte contre les discriminations⁽¹³⁷⁾.

606. – Le gouvernement devait la consulter sur tout projet de loi entrant dans son champ de compétence ; elle pouvait recommander toute modification législative ou réglementaire⁽¹³⁸⁾. De manière plus contestable, la Haute autorité s'octroyait la faculté de se prononcer sur tout projet législatif ayant une influence dans son domaine de compétence⁽¹³⁹⁾. Sollicitées ou imposées, les propositions de la HALDE n'avaient qu'une valeur informative, le Conseil constitutionnel refusant que le législateur subordonne l'exercice du pouvoir réglementaire, et *a fortiori* législatif, à l'avis conforme d'une autorité administrative indépendante⁽¹⁴⁰⁾.

b) Les effets de la mission

607. – **Conséquences sur la fonction législative.** Si l'expertise de la HALDE dans le domaine de la lutte contre les discriminations lui conférait une légitimité certaine, son implication dans le traitement des litiges individuels n'était pas compatible avec sa mission de proposition législative.

608. – La compétence qui lui était reconnue s'inscrivait dans la tendance contemporaine consistant à justifier l'adoption de normes générales et permanentes par l'indignation suscitée par des cas particuliers et ponctuels. En raison de sa fonction d'assistance aux victimes, la Haute autorité était amenée à connaître des distinctions illicites les plus extrêmes. Le dispositif normatif pouvait alors lui sembler insuffisant

(137) La HALDE appartenait au réseau Equinet. Ce dernier est constitué des représentants des organismes chargés de lutter contre les discriminations et promouvoir l'égalité dans l'Union européenne. Ce réseau doit faciliter les échanges sur les expertises juridiques et les bonnes pratiques, mais également favoriser le dialogue entre organismes et institutions.

(138) L. n° 2004-1486, 30 déc. 2004, portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, art. 15 : « [La HALDE] peut recommander toute modification législative ou réglementaire. Elle est consultée par le gouvernement sur tout projet de loi relatif à la lutte contre les discriminations et à la promotion de l'égalité. Elle peut également être consultée par le gouvernement sur toute question relative à ces domaines (...) elle contribue, à la demande du Premier ministre, à la préparation et à la définition de la position française dans les négociations internationales dans le domaine de la lutte contre les discriminations. Elle peut participer, à la demande du Premier ministre, à la représentation française dans les organisations internationales et communautaires compétentes dans ce domaine ».

(139) Sur un exemple, V. la saisine d'office relative aux inégalités de genre en matière de retraite du 5 juillet 2010. La HALDE tirait de l'article 4 de la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 la faculté de se prononcer sur toutes mesures législatives ou réglementaires pouvant avoir des répercussions dans son domaine d'intervention. Or, cet article disposait que « la Haute autorité peut se saisir d'office des cas de discrimination directe ou indirecte dont elle a connaissance, sous réserve que la victime, lorsqu'elle est identifiée, ait été avertie et qu'elle ne s'y soit pas opposée ». Cette faculté concernait les discriminations commises par des personnes physiques ou morales. Elle ne lui donnait pas vocation à se prononcer *a priori* sur le caractère discriminatoire d'une norme. L'intervention extérieure au processus démocratique de la HALDE affaiblissait les positions du Parlement ou des autorités investies du pouvoir réglementaire. Seule une disposition expresse aurait pu lui reconnaître la compétence exorbitante du droit commun de se prononcer *a priori* sur la validité d'une norme. Cette habilitation ne pouvait résulter de l'article 4 précité. Elle ne pouvait également se fonder sur l'article 15 de la loi qui lui reconnaissait la faculté de recommander « toute modification législative ou réglementaire ». Le projet de loi, par définition, n'est pas encore une disposition législative. Le pouvoir de proposition accordé ne pouvait concerner que des textes déjà en vigueur. Si aux termes de la loi du 30 décembre 2004, la HALDE devait être consultée préalablement à l'édiction des normes entrant directement dans son champ de compétence, cette consultation ne s'imposait pas aux normes qui pouvaient simplement avoir des répercussions sur la lutte contre les discriminations. Seul un lien de causalité direct entre la mesure envisagée et la compétence de la Haute autorité justifiait sa consultation.

(140) Cons. const., déc. 14 déc. 2006, n° 2006-544 DC : « Considérant qu'en vertu de l'article 21 de la Constitution et sous réserve de son article 13, le Premier ministre exerce le pouvoir réglementaire à l'échelon national. Considérant que ces dispositions ne font pas obstacle à ce que le législateur confie à une autorité de l'État autre que le Premier ministre le soin de fixer des normes permettant de mettre en œuvre une loi dès lors que cette habilitation ne concerne que des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu ; qu'elles ne l'autorisent cependant pas à subordonner à l'avis conforme d'une telle autorité l'exercice, par le Premier ministre, de son pouvoir réglementaire ».

pour apporter la réponse qu'elle estimait adaptée. Si tout cas particulier mérite attention et le cas échéant sanction, il ne justifie pas toujours la modification du référentiel commun. La production ou la modification de la loi impose la réflexion⁽¹⁴¹⁾ : celle-ci ne se conçoit pas sans sérénité et recul. L'implication préalable dans le traitement d'un cas individuel ne permet pas de réunir ces qualités. Si une situation particulière peut révéler une lacune de la règle et conduire à en proposer la modification, elle ne saurait épargner l'important travail d'analyse tant de ses causes que des répercussions de la réforme proposée. Cette charge incombe au législateur qui ne doit pas se transformer en chambre d'enregistrement des propositions d'une « autorité », quelle qu'elle soit.

§ 2. – Des pouvoirs peu encadrés

609. – Pouvoirs. Les importantes missions confiées à la HALDE imposaient au législateur de lui reconnaître des pouvoirs conséquents. Les risques de dérives étaient importants et les membres de la Haute autorité ont malheureusement illustré le constat dressé par Montesquieu selon lequel tout homme qui a du pouvoir a tendance à en abuser⁽¹⁴²⁾. Malgré les pouvoirs substantiels qui lui étaient confiés (A), les décisions de la HALDE ne pouvaient faire l'objet d'aucun recours (B).

A. – Des pouvoirs substantiels

610. – Si des pouvoirs autonomes étaient dévolus à la HALDE (1°), son action en matière de transaction pénale était mise sous tutelle du procureur de la République (2°).

1° Des pouvoirs autonomes

611. – La HALDE pouvait procéder à des enquêtes sur les faits portés à sa connaissance ou dont elle s'autosaisissait (a). Sur la base de celles-ci, elle procédait parfois à une médiation entre le « mis en cause » et la « victime » (b) ou à la mise en mouvement de l'action publique (c).

a) Le pouvoir d'enquête

612. – Investigations étendues. Pour s'assurer que les faits dénoncés constituaient une discrimination, mais également pour obtenir des éléments à soumettre au juge dans le cadre d'un futur contentieux, était reconnu à la Haute autorité un pouvoir d'enquête. Elle pouvait obtenir communication des documents de l'entreprise⁽¹⁴³⁾ et procéder à l'audition « de toute personne dont le concours lui [paraissait] utile⁽¹⁴⁴⁾ », sans que le secret professionnel pût y faire obstacle⁽¹⁴⁵⁾.

(141) La réflexion, préalable indispensable à l'action normative, ne semble plus être dans l'air du temps : il lui est préféré la réaction et la réponse instantanées à la situation médiatisée.

(142) Montesquieu, *De l'esprit des lois* : « C'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir a tendance à en abuser. Tout homme va jusqu'à ce qu'il trouve des limites. Qui le nierait ! La vertu même a besoin de limites ».

(143) L. n° 2004-1486, 30 déc. 2004, art. 5 : « [La HALDE] peut demander communication d'informations et de documents, quel qu'en soit le support ».

(144) L. n° 2004-1486, 30 déc. 2004, art. 5.

(145) L. n° 2004-1486, 30 déc. 2004, art. 10 : « Les personnes astreintes au secret professionnel ne peuvent être poursuivies en application des dispositions de l'article 226-13 du Code pénal pour les informations à caractère secret qu'elles

En cas de refus des concours sollicités, la HALDE émettait des mises en demeure qui, non suivies d'effet, l'autorisaient à saisir le juge des référés afin qu'il ordonne « toute mesure d'instruction que ce dernier juge utile⁽¹⁴⁶⁾ ». Si elle estimait que ses moyens étaient insuffisants, elle pouvait solliciter l'intervention des corps administratifs de contrôle « en vue de faire des études, des vérifications ou des enquêtes relevant de leurs attributions⁽¹⁴⁷⁾ ». L'inspection du travail était dès lors incitée à lui communiquer « l'ensemble des documents et éléments d'informations » en sa possession⁽¹⁴⁸⁾. Pour sauvegarder un intérêt privé, la Haute autorité disposait donc, directement ou par l'intermédiaire de l'administration compétente, de l'ensemble des moyens d'investigation reconnus aux pouvoirs publics. Il devenait difficile de soutenir que l'intervention de la Haute autorité ne rompait pas l'égalité des armes.

613. – Sous condition de l'accord des mis en cause⁽¹⁴⁹⁾, les agents habilités de la HALDE procédaient à des vérifications sur place et aux auditions de toutes personnes susceptibles de fournir des informations⁽¹⁵⁰⁾. Ni le législateur ni le décret du 4 mars 2005 n'avait fixé les modalités de ce contrôle. Par analogie avec les solutions dégagées pour la CNIL⁽¹⁵¹⁾, la HALDE aurait dû informer l'employeur de sa faculté de refuser ces investigations. L'accès des agents de la Haute autorité aux locaux de l'entreprise portait atteinte au respect du domicile ; l'absence d'autorisation préalable d'un juge aurait dû être compensée par l'information de la personne, responsable des lieux objet de la visite, de son droit d'opposition. Cette solution a d'ailleurs été retenue pour le Défenseur des droits : l'article 22 de la loi du 29 mars 2011 précise que « le responsable des locaux privés est préalablement informé de son droit d'opposition à la visite ou la vérification sur place⁽¹⁵²⁾ ».

614. – Objectif affiché de l'enquête. Selon certains, l'enquête diligentée par la HALDE permettait de rétablir un équilibre entre le salarié, qui devait apporter au juge des éléments justifiant son action, et l'employeur, qui détenait ces preuves⁽¹⁵³⁾. Or tant l'aménagement probatoire organisé par l'article L. 1134-1 du Code du travail que les pouvoirs d'investigation reconnus au juge prud'homal permettent d'atteindre cet objectif⁽¹⁵⁴⁾. En procédant à une enquête pour le compte du demandeur,

auront pu révéler à la Haute autorité ». Seules les informations échangées avec des avocats échappaient à la connaissance de la Haute autorité.

(146) L. n° 2004-1486, 30 déc. 2004, art. 9.

(147) L. n° 2004-1486, 30 déc. 2004, art. 6.

(148) Circ. interministérielle DPM/ACI n° 2007-12, 5 janv. 2007, relative aux relations entre l'inspection du travail et la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité.

(149) Le législateur reconnaissait à la HALDE le pouvoir de forcer le consentement du responsable des lieux en sollicitant l'intervention du juge des référés. Les vérifications ainsi autorisées s'effectuaient alors sous l'autorité et le contrôle de l'autorité judiciaire.

(150) L. n° 2004-1486, 30 déc. 2004, art. 8. À notre sens, la protection accordée aux témoins de faits de discrimination devait bénéficier aux salariés auditionnés par la HALDE. Sur la protection des témoins de discriminations, V. *supra*, n° 375 et s.

(151) En ce sens, V. CE, 6 nov. 2009, n° 304300, publié au *Recueil Lebon*.

(152) L. n° 2011-333, 29 mars 2011, relative au Défenseur des droits, art. 22, III.

(153) En ce sens, V. S. Kern, *Débat sur la montée en puissance de la HALDE : Semaine sociale Lamy* 2007, n° 1317, p. 10 et s., sp.éc. p. 11.

(154) Le bureau de conciliation tient de l'article R. 1454-13 du Code du travail le pouvoir d'ordonner, même d'office, toute mesure d'instruction. Les articles 142 et suivants du Code de procédure civile régissent les décisions ordonnant les mesures d'instruction. Les pouvoirs reconnus au juge permettent d'établir un équilibre face à la preuve ; l'intervention de la HALDE n'était dès lors ni nécessaire, ni opportune.

la HALDE perturbait l'harmonie de ces dispositions au préjudice du chef d'entreprise⁽¹⁵⁵⁾.

615. – Les investigations préliminaires faisaient peser sur l'employeur un travail de motivation de ses décisions parfois inutile. Alors que, sur l'unique fondement des doutes d'un salarié, la liberté d'entreprendre s'opposait à ce qu'un juge le contraigne à justifier des mesures prises, une telle possibilité était reconnue aux agents de la Haute autorité.

616. – Par ailleurs, en prenant à sa charge l'effort probatoire incombant en principe au demandeur, la HALDE « déresponsabilisait » le salarié. Banalisant le recours au juge, puisque aucun investissement de la victime n'était exigé, le risque existait que l'assistance proposée se mue en assistantat de complaisance. La Haute autorité bénéficiait *de facto* d'une action en substitution pour le compte du salarié. Cette faculté n'aurait pas heurté le juriste si l'autorité administrative n'avait pas disposé de pouvoirs exorbitants du droit commun.

617. – **Enquête et procédure contradictoire.** Le respect du contradictoire s'imposait-il lors de l'instruction menée par la Haute autorité ? La commission d'accès aux documents administratifs estimait que les informations obtenues dans ce cadre avaient un caractère préparatoire et n'avaient pas à être communiquées avant la délibération de la Haute autorité à la personne mise en cause⁽¹⁵⁶⁾. La HALDE ajoutait que la communication des informations n'aurait eu que peu de portée pratique puisque le dossier qu'elle réunissait était « quasi exclusivement, constitué d'éléments provenant, directement ou indirectement, de l'entreprise⁽¹⁵⁷⁾ ». L'argument ne pouvait convaincre. Si les documents qu'elle détenait provenaient de l'entreprise, rien ne s'opposait à ce qu'elle les lui communiquât : le motif invoqué pour justifier le refus aurait également pu fonder le droit d'accès.

618. – Quand bien même la rétention d'informations à laquelle elle se livrait s'opposait à l'instauration d'un dialogue propice au respect des droits du mis en cause⁽¹⁵⁸⁾, la HALDE ne s'estimait pas tenue par le principe du contradictoire. L'instruction des réclamations ne s'inscrivant pas dans le cadre d'une procédure juridictionnelle, elle était, selon elle, dispensée du respect de ce principe⁽¹⁵⁹⁾.

(155) En ce sens, V. R. Chiss, *Le contentieux de la discrimination et de la rupture d'égalité : réflexion sur l'inégalité des armes* : JCP S 2010, 1339. En ce sens, V. également S. Poncet, *La HALDE respecte-t-elle les garanties fondamentales de la personne mise en cause ?* : JSL 2011, n° 291, p. 4 et s. : « Les prérogatives exorbitantes du droit commun dont dispose la HALDE, à la fois organe indépendant et conseil de la victime, conjuguées au système d'aménagement de la charge de la preuve d'une situation discriminatoire, ont tendance à placer la personne mise en cause (...) dans une posture procédurale très délicate ».

(156) En ce sens, V. CADA, avis n° 20080635, 7 févr. 2008. La commission estimait que ces documents ne contenaient pas de décision opposable au mis en cause. La communication des documents n'était possible qu'une fois la délibération du collège intervenue.

(157) F. Burnier, *La HALDE et l'entreprise, pouvoirs et enjeux* : Dr. soc. 2008, p. 1042 et s., spéc. p. 1044.

(158) S. Poncet, *La HALDE respecte-t-elle les garanties fondamentales de la personne mise en cause ?* : JSL 2011, n° 291, p. 4 et s., spéc. p. 7. Selon M. Poncet, le ministère de la Justice justifiait l'absence de contradictoire pendant la phase d'instruction des réclamations par le fait que la communication à la personne mise en cause de la requête et des éléments justifiant la réclamation auraient pu être de nature à empêcher toute chance de résolution du différend entre les parties.

(159) Selon la Haute autorité, l'instruction des réclamations à laquelle elle se livre « ne s'inscrit pas dans le cadre d'une procédure juridictionnelle et, de ce fait, n'est pas soumise au respect du principe du contradictoire ». En ce sens, V. S. Kern, *Débat sur la montée en puissance de la HALDE : Semaine sociale Lamy 2007*, n° 1317, p. 10 et s., spéc. p. 13. – Et également L. Ferrand, *La HALDE : bilan et perspectives* : Dr. pén. nov. 2007, 3 : « La Haute autorité dispose

619. – Cette solution peinait également à convaincre. Comme le précise M. Quetant, « le respect des droits de la défense ne se limite pas au procès, il irrigue en amont le cours de la relation de travail⁽¹⁶⁰⁾ » : la HALDE ne pouvait donc s'en dispenser. D'autre part, la portée de ses décisions interdisait de l'assimiler aux autorités de police judiciaire : les effets qui y étaient attachés l'assimilaient à une autorité « para-juridictionnelle ». Les recommandations qu'elle arrêtaient, sur la base d'investigations non contradictoires, servaient parfois à éteindre des litiges et à en réparer les conséquences, comme l'aurait fait une décision de justice. Un mis en cause était incité à se reconnaître auteur d'une discrimination sans pouvoir prendre connaissance des documents qui avaient fondé cette recommandation et sans pouvoir en débattre. Quand bien même il n'aurait pas accepté la solution proposée, la médiatisation de la position de la Haute autorité affectait l'image de son entreprise alors même qu'il n'aurait pas été mis en mesure de faire valoir sa position. Les effets de ses décisions auraient dû imposer à la HALDE le respect du contradictoire. Cette soumission aurait contribué à une meilleure acceptation par les entreprises de son intervention. Le secret entourant les délibérations engendrait la méfiance et provoquait l'incompréhension. L'instauration d'un dialogue contradictoire aurait contribué au sentiment d'impartialité de la décision rendue.

Devant les critiques entourant son action, la HALDE avait pris « l'initiative d'organiser une forme de contradiction⁽¹⁶¹⁾ » dans les instructions qu'elle menait⁽¹⁶²⁾. Pourtant, seule l'application pleine et entière de ce principe aurait dissipé les craintes soulevées.

b) Le pouvoir de médiation

620. – **Neutralité relative du médiateur.** À l'issue de l'instruction, comme aurait pu le faire un juge⁽¹⁶³⁾, la Haute autorité pouvait « procéder ou faire procéder à la résolution amiable des différends portés à sa connaissance, par voie de médiation⁽¹⁶⁴⁾ ». D'une durée de trois mois maximum, la médiation supposait l'accord de la victime et de l'auteur de la discrimination qui, comme le médiateur, pouvaient y mettre un terme à tout moment⁽¹⁶⁵⁾. Les constatations et les déclarations recueillies au cours de cette procédure ne pouvaient être évoquées dans des instances ultérieures sans l'accord des parties⁽¹⁶⁶⁾.

de pouvoirs d'investigations calqués sur ceux des services de police judiciaire enquêtant en matière préliminaire. Or, en matière préliminaire, il n'existe pas en droit français de principe du contradictoire. L'enquête est, classiquement, inquisitoriale et secrète ».

(160) G.-P. Quetant, *La HALDE, « bonne amie » du salarié demandeur devant le conseil de prud'hommes* : JSL 2007, n° 223.

(161) F. Amegadje, *La compétence pénale de la HALDE, contours et enjeux* : AJP 2008, p. 307 et s., spéc. p. 308.

(162) Dès l'avis d'admissibilité, le mis en cause était informé par écrit qu'un réclamant avait saisi la HALDE d'une réclamation le concernant. Lors de l'investigation, ce dernier pouvait faire valoir ses observations par écrit (en ce sens, V. E. Serverin et T. Grumbach, *Le statut procédural de la HALDE devant les juridictions civiles après l'arrêt de la chambre sociale du 2 juin 2010 : ni juge, ni partie, mais représentant de l'intérêt public* : RDT 2010, p. 457 et s., spéc. p. 458). Ces avancées demeuraient insuffisantes.

(163) CPC, art. 131-1.

(164) L. n° 2004-1486, 30 déc. 2004, art. 7.

(165) Selon l'article 28 du décret n° 2005-215 du 4 mars 2005, la médiation pouvait être renouvelée une fois pour une durée de trois mois. Le médiateur désigné par la Haute autorité convoquait les personnes en cause et pouvait entendre, avec l'accord des parties, les tiers qui y consentaient.

(166) L. n° 2004-1486, 30 déc. 2004, portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, art. 7, al. 3. Les éléments recueillis dans le cadre de la médiation menée par le Défenseur des droits ne bénéficient pas de cette obligation de confidentialité. En ce sens, V. *infra*, n° 636.

621. – Selon nous, lorsque la médiation avait été précédée d'une enquête de la Haute autorité, il aurait dû être exclu qu'elle dirige cette procédure : l'exigence d'indépendance⁽¹⁶⁷⁾ et d'impartialité, nécessaire à cette mission, imposait que la personne désignée pour cet exercice fût extérieure à la HALDE. Un cloisonnement strict des missions d'investigation et de médiation aurait été nécessaire pour que les personnes mises en cause accordassent une certaine légitimité à cette tentative d'extinction non contentieuse des litiges.

Par ailleurs, il résulte de l'article 7 de la directive 21 mai 2008⁽¹⁶⁸⁾ qu'un médiateur ne saurait témoigner dans le cadre d'un contentieux ultérieur⁽¹⁶⁹⁾ afférent au litige qu'il a eu à connaître. La confidentialité des déclarations recueillies dans le cadre de la mission de médiation participe à son attrait ; elle ne saurait être remise en cause ultérieurement. Dans les litiges où la Haute autorité avait usé de son pouvoir de médiation, son audition auprès des juridictions aurait dû être prohibée⁽¹⁷⁰⁾.

622. – **Valeur de l'accord de médiation.** Contrairement à la médiation judiciaire régie par les articles 131-1 et suivants du Code de procédure civile, la loi du 30 décembre 2004 ne prévoyait pas que l'accord obtenu à l'issu de l'intervention de la HALDE fût homologué par un juge⁽¹⁷¹⁾. Pouvait-il être remis en cause ? Selon certains, le procès-verbal de médiation aurait lié les deux parties et ne pouvait être annulé par la voie judiciaire⁽¹⁷²⁾. La solution proposée n'emportait pas la conviction, puisqu'elle était contraire à la position de la Cour de cassation. Selon elle, un juge peut vérifier que l'accord de médiation qui lui est soumis préserve les droits des parties⁽¹⁷³⁾. Quand bien même il aurait été conclu sous l'égide de la HALDE, un contrôle judiciaire du résultat de la médiation aurait été offert⁽¹⁷⁴⁾ : ce dernier n'avait que la valeur d'un protocole transactionnel.

(167) D. n° 2005-215, 4 mars 2005, art. 29 : « La personne qui assure l'exécution de la mesure de médiation doit satisfaire aux conditions suivantes : (...) Présenter les garanties d'indépendance nécessaires à l'exercice de cette médiation ». À notre sens, cette disposition ne concernait pas uniquement la personne qui exécutait la mesure de médiation mais également celle qui intervenait en amont et qui assurait la mission de médiation.

(168) Si cette directive concerne les litiges transfrontaliers, le point 8 de son préambule précise que « rien ne devrait empêcher les États membres de la appliquer également aux processus de médiation internes ».

(169) Dir. n° 2008/52/CE du Parlement et du Conseil, 21 mai 2008, sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, art. 7 : « Étant donné que la médiation doit être menée de manière à préserver la confidentialité, les États membres veillent à ce que, sauf accord contraire des parties, ni le médiateur ni les personnes participant à l'administration du processus de médiation ne soient tenus de produire, dans une procédure judiciaire civile ou commerciale ou lors d'un arbitrage, des preuves concernant les informations résultant d'un processus de médiation ou en relation avec celui-ci ». Les exceptions à cette interdiction concernant les raisons impérieuses d'ordre public ou « lorsque la divulgation du contenu de l'accord issu de la médiation est nécessaire pour mettre en œuvre ou pour exécuter ledit accord » ne semblaient pas pouvoir s'appliquer à l'intervention de la HALDE.

(170) Il résultait de l'article 7 de la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 que sauf accord des parties, « les constatations et les déclarations recueillies au cours [de la mission de médiation] ne [pouvaient] ni être produites, ni invoquées ultérieurement dans les instances civiles ou administratives ». S'il était fait interdiction à la Haute autorité d'invoquer les éléments obtenus au cours de la médiation lors d'un futur contentieux, elle pouvait néanmoins présenter des observations. Selon les dispositions européennes précitées, cette voie aurait dû lui être fermée.

(171) CPC, art. 131-12.

(172) En ce sens, V. T. Grumbach, *Débat sur la montée en puissance de la HALDE : Semaine sociale Lamy* 2007, n° 1317, p. 10 et s., spéc. p. 13.

(173) En ce sens, V. Cass. soc., 18 juill. 2001, n° 99-45.534 : *Bull. civ.* 2001, V, n° 279 : « Le juge n'est pas tenu d'homologuer l'accord qui lui est soumis par les parties mais doit vérifier qu'il préserve les droits de chacune d'elles ».

(174) En ce sens, V. également G.-P. Quetant, *La HALDE, « bonne amie » du salarié demandeur devant le conseil de prud'hommes* : *JSL* 2007, n° 223.

c) Le pouvoir de mise en mouvement de l'action publique

623. – Moyen de pression. En prolongement de leurs pouvoirs d'investigation et de médiation⁽¹⁷⁵⁾, les agents de la Haute autorité devaient informer le procureur de la République « lorsque les faits portés [à leur] connaissance [étaient] constitutifs d'un crime ou d'un délit⁽¹⁷⁶⁾ ». La discrimination constituant un délit, tous les faits avérés dénoncés à la Haute autorité auraient dû faire l'objet d'une information du parquet. La HALDE estimait cependant que cette transmission s'imposait uniquement lorsque la gravité des faits découverts excluait toute autre mesure que la réponse pénale⁽¹⁷⁷⁾.

624. – À l'obligation d'information dont était créancier le procureur de la République, pouvait parfois répondre une faculté de transmission de certains dossiers par le parquet à la Haute autorité. Lorsque les faits portés à sa connaissance n'étaient pas susceptibles de qualification pénale mais entraient dans le champ de compétence de la Haute autorité, il appréciait l'opportunité qu'il y avait à l'en informer⁽¹⁷⁸⁾.

625. – Citation directe. Pour s'assurer de l'effectivité de la transaction pénale qu'elle avait élaborée, la HALDE disposait de la faculté de mettre en mouvement l'action publique par la voie d'une citation directe « en cas de refus de la proposition de transaction ou d'inexécution d'une transaction acceptée et homologuée par le procureur de la République⁽¹⁷⁹⁾ ».

2° Le pouvoir sous tutelle

626. – Transaction sous tutelle. Renforçant les pouvoirs de la Haute autorité, la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 sur l'égalité des chances l'avait dotée d'un pouvoir de transaction pénale. Selon le projet de réforme initial, la Haute autorité aurait dû pouvoir prononcer elle-même une sanction pécuniaire à l'issue d'une procédure contradictoire ; les sénateurs s'y étaient opposés et l'action de la HALDE était demeurée sous tutelle du procureur de la République⁽¹⁸⁰⁾.

(175) En ce sens, V. Circ. portant sur les relations entre la HALDE et l'autorité judiciaire, 3 oct. 2005 (*BO min. Justice* n° 100) : « Conformément à une jurisprudence constante, l'obligation de dénoncer les faits dont elle a connaissance dans l'exercice de ses attributions s'impose à une autorité administrative indépendante lorsque ces faits apparaissent suffisamment établis et qu'ils portent une atteinte suffisamment caractérisée aux dispositions dont elle a pour mission d'assurer l'application ».

(176) L. n° 2004-148, 6 déc. 2004, art. 12 modifié par l'article 41 de la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006.

(177) F. Amegadjie, *La compétence pénale de la HALDE, contours et enjeux* : *AJP* 2008, p. 307 et s., spéc. p. 309 : « La transmission au parquet s'impose, par défaut, lorsque la gravité des faits exclut tout autre mesure. La HALDE transmet alors à l'autorité de poursuites l'ensemble du dossier, les éléments qui ont motivé son appréciation ainsi que les conclusions auxquelles elle est parvenue ; son rôle s'apparente ainsi à celui d'un service d'enquête spécialisé et sa fonction est celle de soutien, et non de décision ».

(178) En ce sens, V. Circ. portant sur les relations entre la HALDE et l'autorité judiciaire, 3 oct. 2005 (*BO min. Justice* n° 100) : « Les parquets qui n'envisageraient pas de donner suite à une plainte pour discrimination pourront apprécier cependant l'opportunité qu'il y aurait à informer la Haute autorité des faits dont ils ont eu connaissance, et qui entrent dans le champ des compétences de celle-ci, sans pour autant être susceptibles de qualification pénale ». La rédaction de cette circulaire manquait, à notre sens, de précision. Si les faits soumis à la connaissance du parquet n'étaient pas susceptibles de qualification pénale, ils n'entraient pas dans le champ de compétence de la Haute autorité puisque cette dernière était compétente pour connaître des faits de discrimination, qui constituent un délit et étaient donc, par définition, susceptibles de qualification pénale. Il aurait été plus juste de mentionner les hypothèses qui, par application du principe de l'opportunité des poursuites, n'avaient pas donné lieu à la mise en mouvement de l'action publique.

(179) L. n° 2004-1486, 30 déc. 2004, art. 11-3 créé par l'article 41 de la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006.

(180) En ce sens, V. J. Bouton, *La HALDE et la transaction pénale* : *RDT* 2006, p. 320 et s. : « Le projet relatif à cette loi conférait [à la HALDE] le pouvoir de prononcer une sanction pécuniaire à l'issue d'une procédure contradictoire (...). Les réticences du Sénat sur la question d'un pouvoir de sanction autonome d'une autorité administrative indépen-

627. – Lorsqu'elle relevait « des faits constitutifs d'une discrimination sanctionnée par les articles 225-2 et 437-2 du Code pénal et [L. 1132-1] et [L. 1142-1 et L. 1142-2] du Code du travail⁽¹⁸¹⁾ » qui n'avaient pas encore donné lieu à la mise en mouvement de l'action publique, la Haute autorité pouvait proposer une « transaction pénale ». Cette dernière visait tant à infliger une sanction⁽¹⁸²⁾ à l'auteur des faits qu'à indemniser la victime. Son montant était fixé en fonction de la gravité des faits et des revenus du mis en cause. Sa réalisation supposait son accord, celui du procureur de la République et, s'il y avait lieu, du plaignant. Exécutée, la transaction éteignait l'action publique⁽¹⁸³⁾ mais préservait le droit de la victime de faire citer l'auteur des faits devant le tribunal correctionnel afin qu'il fût statué sur les intérêts civils⁽¹⁸⁴⁾. Le professeur Mayaud l'avait relevé : la transaction pénale n'était rien d'autre qu'une composition pénale⁽¹⁸⁵⁾ où la HALDE était érigée en procureur et le procureur en magistrat du siège⁽¹⁸⁶⁾. La pertinence de ce transfert de compétence faisait débat puisqu'il permettait d'éteindre l'action publique sans l'intervention d'un juge. La transaction pénale était une illustration de l'empiétement de la HALDE sur les attributions naturelles de l'autorité judiciaire.

B. – Des recours inexistantes

628. – Quand bien même les décisions de la HALDE faisaient grief aux personnes qu'elles mettaient en cause, le Conseil d'État refusait d'ouvrir à leur encontre les portes d'un recours juridictionnel (1°). L'opportunité de celui-ci faisait néanmoins débat (2°).

1° L'absence de recours contre les décisions de la HALDE

629. – **Absence de recours.** Le Conseil d'État estimait que les décisions par lesquelles la Haute autorité refusait d'instruire un dossier⁽¹⁸⁷⁾ ou émettait des

dante dans une matière à caractère essentiellement pénal et sur la nécessité que ce pouvoir de sanction soit à la fois d'une parfaite constitutionnalité et compatible avec la Convention européenne des droits de l'homme a conduit à privilégier (...) la transaction pénale ».

(181) L. n° 2004-1486, 30 déc. 2004, art. 11-1, créé par l'article 41 de la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006.

(182) Il résultait des articles 11-1 et 11-2 de la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 créés par l'article 41 de la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 que cette sanction pouvait résulter soit d'une amende dont le montant ne pouvait excéder 3 000 € si elle concernait une personne physique et 15 000 € s'il s'agissait d'une personne morale. Pouvaient également être infligées des peines d'affichage, dans ou à l'extérieur de l'entreprise. En contradiction complète avec la vocation de l'information des représentants du personnel, la sanction pouvait également consister en la transmission, pour information, d'un communiqué au comité d'entreprise ou aux délégués du personnel.

(183) L. n° 2004-1486, 30 déc. 2004, art. 11-3 créé par l'article 41 de la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006.

(184) La citation directe devant le tribunal correctionnel n'était possible que dans l'hypothèse où la transaction pénale homologuée ne contenait pas l'indemnisation de la victime. À l'inverse, son préjudice ayant été réparé, la victime n'avait plus d'intérêt à engager une action indemnitaire.

(185) Il résultait de l'article 41-2 du Code de procédure pénale que « le procureur de la République, tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement, peut proposer (...) une composition pénale à une personne physique qui reconnaît avoir commis un ou plusieurs délits punis à titre de peine principale d'une peine d'amende ou d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans, ainsi que, le cas échéant, une ou plusieurs contraventions connexes qui consiste en une ou plusieurs des mesures suivantes : 1° Verser une amende de composition au Trésor public. Le montant de cette amende, qui ne peut excéder le montant maximum de l'amende encourue, est fixé en fonction de la gravité des faits ainsi que des ressources et des charges de la personne (...) Lorsque l'auteur des faits donne son accord aux mesures proposées, le procureur de la République saisit (...) le président du tribunal aux fins de validation de la composition ». Rien ne s'opposait à ce qu'une composition pénale fût proposée par le procureur de la République à une personne qui reconnaissait avoir commis un délit de discrimination.

(186) Y. Mayaud, *La HALDE, une trop « haute » autorité ? Propos hétérodoxe sur un transfert de répression* : Dr. soc. 2007, p. 930 et s., spéc. p. 934.

(187) CE, 13 juill. 2007, n° 297742, mentionné aux tables du *Recueil Lebon* : « La réponse par laquelle la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité refuse de donner suite à une réclamation n'est pas susceptible de

recommandations⁽¹⁸⁸⁾ n'étaient pas susceptibles de recours pour excès de pouvoir. Même si les prises de position de la Haute autorité ne « [disposaient] pas d'un brevet de vérité⁽¹⁸⁹⁾ », l'autorité morale attachée à ses décisions était importante : en 2009, plus de 75 % de ses recommandations avaient été suivies, soit par les parties elles-mêmes, soit par les tribunaux⁽¹⁹⁰⁾. Elle était parfois l'unique autorité saisie par les parties et tranchait, de fait, le litige. Même si sa pertinence faisait débat, un recours contre ses décisions aurait pu être ouvert : l'influence de l'intervention de la Haute autorité ne pouvait être négligée et compensait, à notre sens, l'absence de valeur coercitive de ses délibérations.

630. – Pertinence relative d'un recours. Sauf l'hypothèse des délibérations dans lesquelles la HALDE se prononçait alors qu'elle était manifestement incompétente⁽¹⁹¹⁾, la pertinence d'un recours pour excès de pouvoir à l'encontre de ses décisions ne semblait pas assurée. Éparpillant le contentieux de la discrimination, elle aurait exacerbé le risque de discordance de solutions. Le juge judiciaire étant souvent saisi concomitamment à la Haute autorité, le juge administratif aurait été contraint de se prononcer sur le fond du litige⁽¹⁹²⁾. L'admission des recours contre les décisions de la Haute autorité aurait conduit à lui reconnaître un pouvoir propre et l'aurait encore davantage ancrée dans le paysage judiciaire.

2° Une absence regrettable de recours ?

631. – Publicité des décisions. S'inspirant de la technique anglo-saxonne du *name and shame*⁽¹⁹³⁾, le législateur autorisait la Haute autorité à rendre publiques ses délibérations⁽¹⁹⁴⁾. Lorsque ses recommandations n'étaient pas suivies d'effet, la HALDE pouvait établir un rapport spécial qui était publié au *Journal officiel*⁽¹⁹⁵⁾. En dehors de cette hypothèse, la Haute autorité disposait également de la faculté de

recours pour excès de pouvoir ». Pour le refus d'instruire un dossier, le Conseil d'État réservait la possibilité d'engager la responsabilité de l'État si les réponses de la Haute autorité se révélaient manifestement infondées. Il était permis de douter de la possibilité de mettre en œuvre cette action. Elle supposait que l'auteur de la saisine démontrât un préjudice résultant de la réponse hâtive de la Haute autorité. Le traitement de la réclamation ne pouvait se révéler manifestement infondé que si le réclamant avait obtenu gain de cause devant la juridiction judiciaire ; le préjudice résultant de la discrimination dont il avait été reconnu victime aurait alors été réparé. La faute de la Haute autorité n'aurait entraîné qu'un préjudice restreint résultant peut-être de la difficulté à obtenir seul des éléments de preuve ou dans un retard à engager son action. Limités et peu aisés à démontrer, ces préjudices n'étaient pas de nature à permettre l'engagement de la responsabilité de l'État en raison des manquements commis par la Haute autorité.

(188) CE, 13 juill. 2007, n° 295761, mentionné aux tables du *Recueil Lebon*.

(189) A. Bugada, *Contentieux et droit de la défense : Procédures* 2011, comm. 138.

(190) Selon le rapport d'activité de la Haute autorité pour 2009, sur 235 recommandations individuelles, 172 ont été suivies. Sur les 195 recommandations effectuées devant une juridiction, 172 ont connu une issue favorable.

(191) En ce sens, V. *supra*, n°s 584 et s.

(192) L. Derepas, *Le régime contentieux des décisions prises par la HALDE* : AJDA 2007, p. 2145 et s., spéc. p. 2148. Le commissaire du gouvernement estime que si un recours contre les décisions de la HALDE était ouvert, les juges de l'ordre administratif devraient nécessairement porter une appréciation sur le fond du litige, c'est-à-dire sur l'existence d'une discrimination, en parallèle à la juridiction saisie au principal. Il précise « qu'il pourrait en résulter des discordances d'appréciation préjudiciables à la clarté du droit et au bon fonctionnement de la justice (...). Il faut éviter à tout prix ce risque de contradiction entre juges et laisser au juge saisi au fond des cas de discrimination le monopole de l'appréciation des situations litigieuses ». Ce risque pourtant était réalisé lorsque la HALDE se prononçait sur des cas d'espèce ; elle s'opposait au monopole du juge.

(193) L. Derepas, *Le régime contentieux des décisions prises par la HALDE* : AJDA 2007, p. 2145 et s., spéc. p. 2147.

(194) La publicité était également une des sanctions mises à sa disposition dans le cadre de la transaction pénale. Sur la transaction pénale, V. *supra*, n°s 626 et s.

(195) L. n° 2004-1486, 30 déc. 2004, art. 11 : « En l'absence de compte rendu des personnes intéressées ou si elle estime, au vu du compte rendu qui lui est communiqué, que sa recommandation n'a pas été suivie d'effet, la Haute autorité peut établir un rapport spécial qui est publié au *Journal officiel* de la République française ».

rendre publique, par tout moyen, sa recommandation. Informé au moins quinze jours à l'avance⁽¹⁹⁶⁾, le mis en cause pouvait former un recours contre la décision de publication⁽¹⁹⁷⁾. Peu encadrée, la médiatisation de ses recommandations constituait un puissant moyen de pression offert à la Haute autorité dont elle abusait parfois⁽¹⁹⁸⁾.

632. – L'effort de communication déployé par la HALDE autour de son activité participait à la diffusion d'un sentiment de discrimination : des salariés s'interrogeaient sur la légalité des distinctions dont ils faisaient l'objet alors même qu'ils ne les auraient pas mises en doute sans l'activité déployée par la Haute autorité⁽¹⁹⁹⁾. L'activité créatrice de la HALDE élargissait la notion de discrimination, ce qui aggravait la propagation de ce « ressenti ». Preuve de son succès, la place prise par la Haute autorité dans le paysage judiciaire conduisait à un « effet grossissant » du phénomène discriminatoire. Par la médiatisation de cas d'espèce, était déformée dans l'opinion publique la réalité du comportement de la majorité des entreprises. La traque des discriminations à laquelle se livrait la HALDE aurait pu finir par rendre suspectes toutes les distinctions opérées.

633. – **Disparition prématurée.** La gestation de la HALDE fut longue⁽²⁰⁰⁾, sa naissance engendra de nombreux espoirs, mais l'agitation qu'elle a manifestée et le coût de son adolescence ont entraîné sa disparition avant même qu'elle n'ait atteint l'âge de raison. Ses souhaits d'émancipation trop violemment manifestés ont conduit à sa dissolution dans une nouvelle institution⁽²⁰¹⁾ : le Défenseur des droits⁽²⁰²⁾. La suppression de cet acteur contesté de la lutte contre les discriminations permettra-t-elle de rendre sa place au débat judiciaire et de préserver les droits des mis en cause⁽²⁰³⁾ ? La réponse dépend du partage successoral de l'héritage de la Haute autorité. Au-delà du dynamisme débordant dont elle a fait preuve, les difficultés que suscitait son action tenaient à la concentration de missions antonymes et à l'absence de régulation de son activité. S'il ne lui est reconnu qu'un légataire universel, les doutes exprimés

(196) D. n° 2005-215, 4 mars 2005, art. 3 : « Dans les cas mentionnés au deuxième alinéa de l'article 11 de la loi du 30 décembre 2004 où elle envisage de rendre publiques ses recommandations, la Haute autorité en informe les personnes intéressées au moins quinze jours à l'avance. Ces recommandations peuvent être rendues publiques par tous moyens ».

(197) Dans l'arrêt n° 295761 du 13 juillet 2007, le Conseil d'État prévoyait la possibilité de contester les décisions de la HALDE rendues publiques en vertu de l'article 11 de la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004.

(198) En ce sens, V. également S. Poncet, *La HALDE respecte-t-elle les garanties fondamentales de la personne mise en cause ?* : JSL 2011, n° 291, p. 4 et s. : « Les moyens de communication mis en œuvre par la Haute autorité sont autant de caisse de résonance dans l'esprit du public et du justiciable, que les hypothèses de discrimination sont légions et que toute différence de traitement ou de situation porterait en germe une discrimination illicite ».

(199) Y. Tarasewicz, *Débat sur la montée en puissance de la HALDE : Semaine sociale Lamy 2007*, n° 1317, p. 10 et s., spéc. p. 11 : « Dans certains cas, on peut même se demander si la montée en puissance de la HALDE n'a pas pour effet pervers de créer un sentiment de discrimination. La Haute autorité a beaucoup communiqué sur son action depuis sa création et les salariés se posent la question de savoir s'ils ne sont pas discriminés, alors même qu'ils n'y auraient pas songé auparavant ».

(200) En ce sens, V. Dir. n° 76/207/CEE du Conseil, 9 févr. 1976, relative à la mise en œuvre 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, art. 6.

(201) Alors que le projet de loi initial relatif au Défenseur des droits ne le prévoyait pas, c'est par une proposition de la commission des lois du Sénat de mai 2010 que la Haute autorité a finalement été intégrée au sein du Défenseur des droits (en ce sens, V. *La HALDE est-elle soluble dans le Défenseur des droits ? : Semaine sociale Lamy 2011*, n° 1476, spéc. p. 2).

(202) En ce sens, V. notamment, F. Garaud, *La HALDE, chronique d'une mort annoncée* : *Le Figaro* 24 nov. 2010.

(203) Le professeur Lyon-Caen estime que l'intégration de la HALDE dans le Défenseur des droits aura pour effet d'affaiblir cette institution (A. Lyon-Caen, *Feu la HALDE* : RDT 2011, p. 1).

lui seront transmis⁽²⁰⁴⁾. Seule la répartition de ses compétences entre plusieurs héritiers, aux rôles strictement définis, est de nature à dissiper les craintes émises.

S O U S - S E C T I O N 2

LE DÉFENSEUR DES DROITS

634. – **Organisation du Défenseur des droits.** Introduit en 2008⁽²⁰⁵⁾ à l'article 71-1 de la Constitution⁽²⁰⁶⁾, le Défenseur des droits⁽²⁰⁷⁾ a vu son domaine de compétence et ses pouvoirs précisés par une loi du 29 mars 2011⁽²⁰⁸⁾. À compter du 1^{er} mai 2011, il s'est substitué au Médiateur de la République, au Défenseur des enfants, à la Commission nationale de déontologie et de la sécurité et à la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité. On regrettera que de cet « entassement de matières hétéroclites⁽²⁰⁹⁾ » ne résulte aucune cohérence quant au domaine d'intervention du Défenseur des droits.

635. – Lorsqu'il intervient sur une question nouvelle dans les domaines relevant antérieurement de la compétence des trois dernières autorités administratives citées, le Défenseur des droits en fait part à un « collège consultatif » qu'il préside et dont il nomme le vice-président⁽²¹⁰⁾. Contrairement au collège délibératif de la HALDE, les avis rendus par cet organe collégial ne lient pas le Défenseur. Le nouveau venu, que la Constitution charge de veiller au respect des droits et des libertés, concentre l'intégralité des pouvoirs. S'il peut en déléguer certains à ses adjoints dans leur domaine spécifique de compétence⁽²¹¹⁾, ces derniers restent soumis à son autorité et n'ont aucune autonomie⁽²¹²⁾. De surcroît, il ne saurait leur confier ses attributions principales. Ne peuvent ainsi être déléguées les compétences de poursuite des auteurs d'infraction ni les propositions de modification législative⁽²¹³⁾. Du dynamisme et de la personnalité du titulaire de ces pouvoirs, dépendra l'efficacité de l'institution nouvellement créée. Certains craignent que cette organisation diminue l'intérêt pour la lutte contre les discriminations⁽²¹⁴⁾. Au lieu de constituer l'unique

(204) Si les missions et les pouvoirs de la HALDE sont transférés à une autorité au champ de compétence plus étendu, l'intérêt porté à la lutte contre les discriminations sera, à notre sens, plus faible. Au lieu d'être un objectif unique, elle deviendra une mission parmi d'autres.

(205) L. const. n° 2008-724, 13 juill. 2008, de modernisation des institutions de la V^e République.

(206) C'est la première fois en France qu'une autorité administrative indépendante bénéficie d'un statut constitutionnel. Selon le professeur Plessix, la réforme « dote la France d'une ébauche de constitution moderne (...) puisque l'objet d'une Constitution ne se réduit pas à l'aménagement des pouvoirs constitués traditionnels – exécutifs, législatif et juridictionnel » (B. Plessix, *Des droits nouveaux pour les citoyens* : JCP G 2008, I, 177).

(207) L'expression de « Défenseur des droits des citoyens » avait d'abord été retenue ; mais lui a été préférée celle de « Défenseur des droits » qui exprime clairement que la nouvelle autorité est accessible « non seulement aux citoyens, mais aussi aux ressortissants étrangers établis en France » (J.-C. Zarka, *Le « Défenseur des droits »* : D. 2011, p. 1027 et s., spéc. p. 1029).

(208) L. org. n° 2011-333, 29 mars 2011, relative au Défenseur des droits.

(209) S. Detraz, *Le rôle du Défenseur des droits en matière pénale* : un « tout-en-un » procédural : Dr. pén. 2011, étude 8.

(210) Sur le collège compétent en matière de lutte contre les discriminations et de promotion de l'égalité, V. L. n° 2011-33, 29 mars 2011, relative au Défenseur des droits, art. 15.

(211) L'alinéa 1 de l'article 11, II, de la loi n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits précise que les adjoints sont « placés auprès du Défenseur des droits et sous son autorité ».

(212) En ce sens, V. M. Verpeaux, *Il est né le Défenseur des droits. À propos des lois du 29 mars 2011* : JCP G 2011, 502 : « Le lien de quasi-subordination des adjoints, autorités non prévues par la Constitution, contribue à renforcer l'indépendance du Défenseur des droits, seule autorité constitutionnellement prévue ».

(213) L. n° 2011-333, 29 mars 2011, relative au Défenseur des droits, art. 11, II, al. 2.

(214) En ce sens, V. A. Lyon-Caen, *Feu la HALDE* : RDT 2011, p. 1.

raison d'être d'une autorité administrative indépendante, cet objectif sera dorénavant une compétence parmi d'autres d'une entité aux champs d'intervention élargis. Au-delà du fonctionnement de l'institution, les craintes émises concernant l'activité de la HALDE perdurent par-delà le transfert de ses compétences au Défenseur des droits. Celui-ci dispose encore de pouvoirs antinomiques.

636. – Doutes. Le Défenseur des droits a hérité de la plupart des pouvoirs⁽²¹⁵⁾ auparavant dévolus à la Haute autorité⁽²¹⁶⁾. De nouvelles prérogatives lui ont également été attribuées. Alors que les accords de médiation conclus sous l'égide de la HALDE demeuraient confidentiels, sauf autorisation des parties⁽²¹⁷⁾, ceux négociés à l'initiative du Défenseur des droits pourront être divulgués, sans l'aval des protagonistes, « si des raisons d'ordre public l'imposent⁽²¹⁸⁾ ». Le risque de publicité n'est pas de nature à inciter les parties à la médiation. Sur un plan théorique, cette faculté traduit l'ambiguïté du rôle dévolu à l'autorité chargée de lutter contre les discriminations qui oscille entre conseil et répression. Par ailleurs, le mis en cause qui refuserait de déférer aux convocations du Défenseur des droits ou de lui communiquer les informations et les pièces utiles à sa mission s'exposerait à des sanctions pénales⁽²¹⁹⁾.

637. – Si les effets de l'évolution constatée devraient être limités, la possibilité reconnue au Défenseur des droits de « recommander de régler en équité⁽²²⁰⁾ » le litige qui lui est soumis appelle les plus vives réserves. Bien que la formule retenue prête à confusion⁽²²¹⁾, elle signifie, à notre sens, qu'il peut arrêter ses recommandations en équité. Or, l'équité n'est pas une source de droit, ni en elle-même une règle de droit⁽²²²⁾. Le juge ne saurait, sauf à certaines conditions⁽²²³⁾, s'en prévaloir pour trancher un litige. On pourrait soutenir que la faculté offerte à la nouvelle institution permet de délimiter son champ d'intervention par rapport à l'autorité judiciaire : à la seconde d'appliquer le droit, au premier de faire prévaloir des considérations pragmatiques. Mais cette position ne saurait emporter la conviction. D'une part, elle affaiblirait l'autorité de la règle de droit⁽²²⁴⁾. Dans certaines situations, les conséquences de son application apparaîtraient trop sévères par rapport aux so-

(215) Le personnel de la HALDE a également été transféré au Défenseur des droits (en ce sens, V. *La HALDE s'efface devant le Défenseur des droits* : *Semaine sociale Lamy* 2011, n° 1485, spéc. p. 2).

(216) Certaines prérogatives reconnues à la Haute autorité n'ont pas été transférées au Défenseur des droits. Le législateur n'a pas prévu qu'il soit associé à « la préparation et à la définition de la position française dans les négociations internationales dans le domaine de la lutte contre les discriminations », contrairement à son prédécesseur.

(217) L. n° 2004-1486, 30 déc. 2004, portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, art. 7, al. 3.

(218) L. n° 2011-333, 29 mars 2011, relative au Défenseur des droits, art. 26, al. 2.

(219) Selon l'article 12 de la loi n° 2011-334 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, ces faits exposent leurs auteurs à une peine de six mois d'emprisonnement et à une amende d'un montant de 15 000 €.

(220) L. n° 2011-333, 29 mars 2011, relative au Défenseur des droits, art. 25, al. 2.

(221) Elle pourrait être interprétée comme permettant au Défenseur des droits de recommander, soit au juge, soit aux parties elles-mêmes, de trancher le litige en équité. Or, un juge ne peut se prononcer en équité. Il doit uniquement appliquer les règles de droit. Par ailleurs, la solution équitable selon le Défenseur des droits ne le sera pas pour au moins l'une des parties (si ces dernières avaient la même conception de l'équité, il n'y aurait pas de litige). Les limites de l'équité sont rapidement atteintes.

(222) En ce sens, V. P. Malaurie et P. Morvan, *Introduction générale*, Deffrénois, 3^e éd. 2009, n° 38.

(223) En ce sens, V. CPC, art. 12, al. 4.

(224) En ce sens, V. J. Daniel et M. Dailly, *Le Défenseur des droits* : *JCP S* 2011, 1320. Pour ces auteurs, la possibilité octroyée au Défenseur des droits de recommander de régler la situation en équité « laisse sceptique ». Elle va « en pratique, affaiblir la portée de la norme légale fixant le régime de l'infraction commise ». Au sujet de l'équité, Aristote relevait également que « ce qui cause notre embarras, c'est que ce qui est équitable ne l'est pas conformément à la loi : c'est comme une amélioration de ce qui est juste selon la loi... la nature propre de la loi consiste à corriger la loi, dans

lutions retenues au nom de l'équité. Elle exacerberait le risque de solutions discordantes. D'autre part, l'intervention du Défenseur serait exposée aux critiques qui ont conduit à interdire au juge de recourir à cette notion. L'équité est relative : elle expose à l'arbitraire puisque de la conception de l'équitable retenue par le juge, dépend l'issue du litige. Elle est donc source d'insécurité, la solution du débat devant imprévisible⁽²²⁵⁾. Au Défenseur des droits, le sort des Parlements de l'Ancien Régime pourrait alors être réservé⁽²²⁶⁾. Si l'on peut espérer que, fort de cet enseignement historique, le Défenseur n'use pas de cette faculté, il est regrettable que le législateur lui en ait offert la possibilité.

638. – Espoirs. Le législateur semble avoir tenu compte des risques de distorsion de solutions entre les recommandations du Défenseur des droits et les positions jurisprudentielles. Il précise que le nouveau venu « ne peut pas remettre en cause une décision juridictionnelle⁽²²⁷⁾ ». Ce dernier ne saurait donc se saisir, ou même se prononcer, sur une affaire dont un juge aurait déjà été amené à connaître. Le Défenseur n'est pas un troisième degré de juridiction dans le domaine spécifique des discriminations. Cette disposition interdit-elle au Défenseur des droits de prendre des délibérations contraires à la jurisprudence dominante ? Il pourrait être soutenu qu'en arrêtant une solution manifestement opposée à celle qui aurait été, selon toute vraisemblance, rendue par un juge, il « remettrait en cause » un ensemble de décisions juridictionnelles. Cette interprétation semble néanmoins excessive puisque, si le législateur souhaite s'opposer aux conflits de solutions sur des affaires ayant déjà été tranchées par l'autorité judiciaire, il ne semble pas s'opposer au pouvoir d'initiative du Défenseur.

639. – Pour éviter les distorsions entre les solutions arrêtées par cette autorité et les différents ordres de juridiction, le législateur lui a offert la possibilité, lorsqu'elle est saisie d'une réclamation soulevant une « question touchant à l'interprétation ou à la portée d'une disposition législative ou réglementaire », de consulter le Conseil d'État. Si cette disposition limite les risques d'interprétation *contra legem* de la norme, l'objectif poursuivi imposait cependant que cette faculté fût élevée au rang d'obligation. Le Défenseur des droits aurait également dû être contraint de suivre la position arrêtée par le juge administratif.

640. – Une hiérarchie et une délimitation des champs de compétence respectifs de l'autorité judiciaire et du Défenseur des droits semblent instaurées. Si celles-ci venaient à se confirmer, elles devraient être saluées puisqu'elles éviteraient l'irruption d'inextricables conflits entre deux entités disposant dorénavant chacune d'un statut constitutionnel.

la mesure où celle-ci se montre insuffisante à raison de son caractère général » (Aristote, *Éthique à Nicomaque*, chap. V, cité par B. Oppetit, *Philosophie du droit*, Dalloz, 1999, n° 105).

(225) En ce sens, V. P. Malinvaud, *Introduction à l'étude du droit*, Litec, 12^e éd. 2008, n° 26 : « L'équité expose [à l'insécurité] car si l'appréciation de l'équité varie selon le juge saisi, la solution de tout litige devient imprévisible ».

(226) Les Parlements de l'Ancien Régime se reconnaissaient le droit de juger en équité « lorsque de justes raisons paraissaient l'exiger ». Mais les plaideurs se méfiaient de cette faculté et les excès furent si nombreux qu'ils donnèrent naissance à la maxime « que Dieu nous garde de l'équité des parlements » (en ce sens, V. H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, Litec, 4^e éd. 1999, spéc. p. 163 et s.).

(227) L. n° 2011-333, 29 mars 2011, relative au Défenseur des droits, art. 33, al. 1.

LA GESTION DU RISQUE

641. – **Action.** L'employeur désireux de se prémunir contre le risque de discrimination ne saurait se limiter au stade du constat stérile de son existence. Sa démarche impose qu'il mette en œuvre des dispositifs propres à assurer sa gestion, en amont ou en aval de sa réalisation. L'entreprise peut tenter d'évincer le risque de discrimination en se donnant les moyens d'arrêter ses décisions sur des éléments objectifs et pertinents (Titre 1). La mesure patronale sera alors purgée de la menace de l'illicite. La gestion du risque de discrimination ne serait pas complète si elle ne s'intéressait pas à sa phase de réalisation (Titre 2). Les dispositifs mis en œuvre ne feront la preuve de leur efficacité qu'au travers du débat judiciaire.

L'ÉVICTION DU RISQUE

642. – **Dualité.** La prohibition des discriminations interdit qu'un traitement spécifique soit imposé à une personne en raison de son appartenance à un groupe identifié comme particulier. Par la protection individuelle qu'elle assure, elle organise la défense des intérêts d'une collectivité. En vertu de cette dualité, à l'employeur qui souhaite se prémunir contre le risque de distinctions illicites, deux voies complémentaires s'ouvrent. Par la mise en œuvre de dispositifs individuels, il peut s'assurer que le salarié est considéré pour ce qu'il est et non pour ce qu'il représente (Chapitre 1). Mais une approche collective est également envisageable. En portant une attention particulière à des groupes spécialement protégés, l'employeur veille à ce que ses subordonnés ne pâtissent pas de leur appartenance à une collectivité déterminée (Chapitre 2). Ces dispositifs participent à l'éviction du risque de discrimination.

LES DISPOSITIFS INDIVIDUELS D'ÉVICTION DU RISQUE

643. – Intérêt de l'évaluation. La sphère de pouvoir discrétionnaire de l'employeur se réduit à mesure que se renforce la lutte contre les distinctions illicites et la promotion du principe d'égalité. Pour s'affranchir du risque de discrimination, les décisions arrêtées doivent reposer sur des motifs objectifs et pertinents. L'objet du contrat de travail étant la réalisation d'une prestation, les aptitudes à satisfaire aux exigences de l'emploi comptent parmi les éléments admis pour distinguer les salariés. Dès lors, l'employeur doit être en mesure d'évaluer les compétences de ses subordonnés. L'évaluation facilite les distinctions en même temps qu'elle les justifie⁽¹⁾ : les différences qu'elle fonde revêtent l'apparence de l'objectivité. Pour éclairer sa décision, le juge ordonne parfois des mesures d'expertise afin de déterminer les compétences de chacun⁽²⁾. Pourtant, ces effets bénéfiques ne sauraient occulter certaines dérives. L'évaluation comporte des risques d'atteinte à la dignité des salariés ou à leur santé mentale. Afin de s'assurer que leur mise en œuvre (Section 2) aboutisse à des résultats pertinents, le législateur et la jurisprudence ont encadré les méthodes d'évaluation (Section 1).

(1) En ce sens, V. V. Wauquier, note ss Cass. soc., 10 juill. 2002 : *Dr. ouvrier* 2002, p. 535 : « Le pouvoir de direction se manifeste notamment à travers les décisions d'affectation, de promotion ou encore de licenciement dont le point commun est d'être causées. Or l'évaluation du travail des salariés permet à l'employeur à la fois de faciliter cette prise de décision et de la justifier ». Certains auteurs estiment même que l'évaluation serait « le seul outil permettant à l'employeur de justifier des différences de traitement » (en ce sens, V. M. Collignon-Trocme, *L'évaluation des salariés : Les cahiers Lamy du CE* 2010, n° 98).

(2) En ce sens, V. Cass. soc., 23 mai 1962 : *Bull. civ.* 1962, V, n° 463. Sur une expertise ordonnée par le juge pour vérifier que le licenciement reposait bien sur une cause réelle et sérieuse, V. Cass. soc., 15 juin 1977, n° 76-40.875 : *Bull. civ.* 1977, V, n° 396.

L'ENCADREMENT DE L'ÉVALUATION

644. – Méthode de classification quantitative et technique issue des champs comptables et économiques⁽³⁾, l'évaluation est une « thématique émergente aux multiples facettes⁽⁴⁾ ». Appliquée au droit du travail, elle n'apporte, en soi, aucune garantie d'objectivité⁽⁵⁾.

645. – **Absence d'obligation légale.** Si la Cour de cassation précise que l'employeur tire de son pouvoir de direction le droit d'évaluer le travail de ses salariés⁽⁶⁾, ni le législateur⁽⁷⁾ ni la jurisprudence⁽⁸⁾ n'érige formellement cette faculté en obligation⁽⁹⁾. Certains accords collectifs s'en affranchissent et contraignent les entreprises à évaluer régulièrement leurs salariés. Ces obligations conventionnelles sont sévèrement sanctionnées. Lorsqu'en dépend le montant d'une prime, le salarié qui en a été privé a droit en indemnité⁽¹⁰⁾. Si l'octroi d'un avantage n'est pas directement attaché aux résultats de l'évaluation rendue obligatoire, son absence prive néanmoins le salarié de chance d'évolution de carrière : ce préjudice ouvre également droit à réparation⁽¹¹⁾. Une solution identique est retenue lorsque l'obligation d'évaluation se fonde sur un usage d'entreprise⁽¹²⁾. En outre, le salarié ne saurait en être privé pour un motif discriminatoire⁽¹³⁾.

646. – Cette solution pourrait-elle être consacrée en dehors d'une obligation conventionnelle spécifique ? En refusant d'évaluer ses salariés, alors même que ce

(3) J.-R. Robe et E. Mazuyer, *Faut-il faire une évaluation sociale des entreprises ?* : RDT 2010, p. 413, spéc. p. 415 : « Le développement de l'évaluation s'inscrit dans cette mode de l'exportation massive des champs comptables et économiques de méthodes de classification quantitative et technique vers d'autres champs qui ne s'y prêtent parfois guère ».

(4) A. Mole et P.-Y. Verkindt, *La CNIL et le CHSCT au chevet des systèmes d'évaluation : Semaine sociale Lamy 2007*, n° 1332, p. 10 et s.

(5) La cour d'appel de Versailles estime ainsi que « l'appréciation portée par l'employeur sur le salarié dans une note d'évaluation ne peut, en l'absence de tout autre élément objectif permettant d'étayer ou de conforter ses appréciations, suffire à justifier une mesure de licenciement » (CA Versailles, 28 mars 2000 : RJS 2000, n° 1045).

(6) Cass. soc., 10 juill. 2002, n° 00-42368 : RJS 2002, n° 1066 : « Sous réserve de ne pas mettre en œuvre un dispositif d'évaluation qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance des salariés, l'employeur tient de son pouvoir de direction né du contrat de travail le droit d'évaluer le travail de ses salariés ».

(7) Comme en France, au Royaume-Uni, en Espagne, en Allemagne et aux Pays-Bas, l'évaluation des salariés n'est pas élevée au rang d'obligation (en ce sens, V. J.-M. Albiol, C. Gallon, E. Slattery, A. Cid, K. Neighbour et A. de Jong, *Chez nos voisins européens. L'évaluation des salariés* : JCP S 2011, act. 131).

(8) Sans poser explicitement une telle obligation, la Cour de cassation reproche parfois à des employeurs d'avoir tardé à évaluer leurs salariés. En ce sens, V. Cass. soc., 20 févr. 2008, n°s 06-40.085 et 06-40.615 : *Bull. civ.* 2008, V, n° 38.

(9) Le législateur prévoit des obligations ponctuelles d'évaluation. Il résulte de l'article L. 6322-42 du Code du travail que le salarié a droit, sur demande adressée à son employeur, à un congé pour réaliser un bilan de compétence. Ce dernier a pour objet « de permettre à des travailleurs d'analyser leurs compétences professionnelles et personnelles ainsi que leurs aptitudes et motivations » (C. trav., art. L. 6313-10). Il implique une évaluation du salarié, qui est réalisée par un tiers à l'entreprise. Par ailleurs, la procédure de validation des acquis de l'expérience (C. trav., art. L. 6411-1 et s.) exige également une évaluation des compétences des salariés ; elle est réalisée par un jury indépendant de l'entreprise. Ces deux procédures, si elles impliquent une évaluation des salariés, ont pour objectif premier leur « épanouissement professionnel individuel » (A. Chirez, *Notation et évaluation des salariés* : *Dr. ouvrier* 2003, p. 309 et s., spéc. p. 313).

(10) En ce sens, V. Cass. soc., 2 juill. 2008, n° 07-407.86.

(11) En ce sens, V. Cass. soc., 10 nov. 2009, n° 08-42.114.

(12) En ce sens, V. Cass. soc., 20 oct. 2008, n° 07-41.856 : « Mais attendu que la cour d'appel qui a constaté que M^{me} X... avait subi un retard dans sa promotion au statut de cadre pour ne pas avoir eu la faculté de participer, comme les autres candidats en activité dans l'entreprise, aux entretiens institués à cet effet en raison de son absence due à un congé de maternité, a pu décider, sans encourir les griefs du moyen, qu'elle avait été l'objet d'une mesure discriminatoire ».

(13) En ce sens, V. Cass. soc., 20 oct. 2008, n° 07-41.856. D'après la Cour de cassation, une salariée ne saurait être privée d'un entretien d'évaluation en raison de son état de grossesse.

pouvoir lui est reconnu, l'employeur ne les met pas en mesure de formaliser l'évolution de leurs compétences et de postuler à des responsabilités plus importantes⁽¹⁴⁾. Les salariés pourraient alors se prévaloir d'un préjudice de perte de chance. Certains plaident pour qu'en parallèle de l'émergence d'un droit de l'évaluation, se dégage un droit à l'évaluation pour le salarié⁽¹⁵⁾.

647. – Incitations. À défaut d'être tenu d'une obligation d'évaluation de ses salariés⁽¹⁶⁾, l'employeur est incité à mettre en œuvre de tels dispositifs. D'une part, les résultats obtenus fondent et justifient ses décisions⁽¹⁷⁾. En reposant sur l'objet de la relation de travail, les décisions sont en principe objectives et pertinentes. Elles purgent du risque de discrimination : la Cour de cassation décide⁽¹⁸⁾ que les résultats d'une évaluation peuvent constituer une justification objective aux différences de traitement⁽¹⁹⁾. À l'inverse, est déduite de son absence une présomption de discrimination⁽²⁰⁾. Consacrant cette utilisation, la CNIL admet que les résultats de l'évaluation puissent être conservés par-delà la période d'emploi du salarié en vue de se prémunir d'un éventuel contentieux⁽²¹⁾.

648. – D'autre part, l'évaluation de leur compétence est un préalable à l'adaptation des salariés à l'évolution de leur poste de travail⁽²²⁾. En permettant d'apprécier

(14) En ce sens, V. C. trav., art. L. 6111-1 : « La formation professionnelle tout au long de la vie constitue une obligation nationale. Elle vise à permettre à chaque personne, indépendamment de son statut, d'acquérir et d'actualiser des connaissances et des compétences favorisant son évolution professionnelle, ainsi que de progresser d'au moins un niveau de qualification au cours de sa vie professionnelle ». Comme Bonaparte, le législateur semble considérer que « l'art de gouverner consiste à ne pas laisser vieillir les hommes dans leur poste ». Le salarié a vocation à évoluer dans son emploi. La reconnaissance de ses compétences nouvelles par le biais d'une évaluation est de nature à favoriser cet objectif.

(15) En ce sens, V. T. Passerone, *L'individualisation des rémunérations*, thèse Paris II, Panthéon-Assas, 2010, n° 332 et s.

(16) L'article 1-1 de l'accord national interprofessionnel du 5 décembre 2003 relatif à l'accès des salariés à la formation professionnelle tout au long de la vie professionnelle, complété par un avenant du 20 juillet 2005, a créé au profit du salarié le droit à bénéficier d'un entretien professionnel « afin de lui permettre d'être acteur de son évolution professionnelle ». Cet entretien a lieu à l'initiative du salarié ou de l'employeur et a pour objectif de permettre au salarié d'élaborer son projet professionnel à partir de ses souhaits d'évolution dans l'entreprise, de ses aptitudes et en fonction de la situation de l'entreprise. Il est réalisé au minimum tous les deux ans pour les salariés ayant au moins deux ans d'activité dans l'entreprise. En vertu de l'article L. 6315-1 du Code du travail, le salarié peut bénéficier, dès qu'il dispose de deux ans d'ancienneté « d'un bilan d'étape professionnel ». Ce dernier a pour objet « de permettre au salarié d'évaluer ses capacités professionnelles et ses compétences et à son employeur de déterminer [ses] besoin[s] en formation ». Les dispositions de l'article L. 6321-1 du Code du travail prévoient, « dans les entreprises et les groupes d'entreprises d'au moins cinquante salariés », l'organisation d'un entretien de seconde partie de carrière dans l'année qui suit le quarante-cinquième anniversaire du collaborateur. Ces différents entretiens ne sont pas l'occasion pour l'employeur de porter une appréciation sur les compétences déployées par le salarié et ne sont pas des entretiens d'évaluation.

(17) En ce sens, V. P. Waquet, *L'évaluation du personnel : Semaine sociale Lamy* 2003, n° 1126, p. 5. M. Waquet estime que « l'évaluation et la notation des salariés sont parfaitement licites. Cette technique est même nécessaire pour objectiver et justifier les choix de l'employeur ».

(18) En ce sens, V. Cass. soc., 5 nov. 2009, n°s 08-43.112, 08-43.242 et 08-43.304 : « Qu'à condition de ne pas mettre en œuvre un dispositif d'évaluation qui n'a pas été préalablement porté à la connaissance des salariés, l'employeur tient de son pouvoir de direction né du contrat de travail le droit d'évaluer ses salariés ; que le résultat d'une telle évaluation peu constituer une justification objective des décisions de l'employeur dès lors qu'elle est fondée sur des motifs objectifs étrangers à toute discrimination prohibée ». V. également Cass. soc., 19 janv. 2011, n° 09-42.541.

(19) En ce sens, V. F. Champeaux, *L'entretien d'évaluation désormais incontournable : Semaine sociale Lamy* 2008, n° 1344, p. 10. L'auteur estime que l'évaluation des salariés « est le point de passage obligé des justifications à la différence de traitement ».

(20) Cass. soc., 31 mars 2009, n° 07-45.522. La Cour de cassation décide que l'absence fautive d'entretien d'évaluation et la disparité de traitement constatée laissent présumer l'existence d'une discrimination.

(21) Il s'agit d'une exception, puisqu'en principe, « les données d'évaluation ne peuvent être conservées au-delà de la période d'emploi de la personne » (en ce sens, V. Comm. CNIL, 11 mai 2011, *L'évaluation des salariés : droits et obligations des employeurs* : JCP S 2011, act. 220).

(22) C. trav., art. L. 6321-1, al. 2 : « [L'employeur] veille au maintien de leur capacité à occuper un emploi, au regard notamment de l'évolution des emplois, des technologies et des organisations ». Sur le rôle de l'évaluation en ce domaine,

les compétences actuelles du salarié, elle éclaire sur ses besoins de formation pour satisfaire aux futures exigences de son poste.

649. – La procédure de licenciement pour motif économique offre également à l'évaluation un terrain d'épanouissement. Selon l'article L. 1233-5 du Code du travail, l'employeur doit prendre en compte les qualités professionnelles des salariés avant d'arrêter l'ordre des licenciements⁽²³⁾. Seuls des éléments objectifs⁽²⁴⁾, tirés notamment d'évaluations⁽²⁵⁾, sont de nature à établir ce classement. Si une logique d'anticipation incite le chef d'entreprise à organiser l'appréciation objective des compétences de ses salariés, leurs résultats imposent parfois des réponses immédiates. Lorsqu'ils démontrent que les aptitudes du salarié ne correspondent pas aux exigences de son poste, l'employeur est tenu de réagir, sous peine de ne pouvoir se prévaloir *a posteriori* de l'insuffisance professionnelle de l'intéressé⁽²⁶⁾.

Encadrement : à défaut d'être tenu, l'employeur est incité à mettre en œuvre des dispositifs d'évaluation de ses salariés. Pour leur accorder une certaine portée, la jurisprudence exige qu'ils présentent certaines qualités (§ 1). Au-delà de ces exigences, la portée excessive octroyée à l'évaluation des salariés est de nature à entraîner des dérives (§ 2). Leur étude permet d'affirmer que les dispositifs d'évaluation des salariés sont « indispensables mais redoutables⁽²⁷⁾ ».

§ 1. – Les qualités requises de l'évaluation

650. – Lors de la mise en place des dispositifs d'évaluation, l'employeur est soumis à une exigence de transparence (B). La jurisprudence et le législateur imposent également que les critères d'évaluation soient pertinents au regard de la tâche confiée au salarié (A).

A. – L'exigence de pertinence

651. – Les critères d'appréciation retenus par l'employeur doivent être pertinents au regard de la tâche confiée au salarié (1°). Cette adaptation explique que ses résultats soient relatifs (2°).

V. A. Lyon-Caen, *L'évaluation des salariés* : D. 2009, p. 1124 et s. – Le professeur Lyon-Caen précise que « tenu d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois, mais aussi de veiller à leurs capacités d'occuper un emploi, l'employeur ne peut guère respecter son engagement sans avoir procédé à des évaluations réitérées ». V. également P. Lubet et M. d'Allende, *L'évaluation des salariés* : JCP S 2011, 1240.

(23) C. trav., art. L. 1233-5 : « Lorsque l'employeur procède à un licenciement collectif pour motif économique et en l'absence de convention ou accord collectif applicable, il définit les critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements (...) ces critères prennent notamment en compte (...) 4° les qualités professionnelles appréciées par catégorie ».

(24) En ce sens, V. Cass. soc., 3 avr. 2002, n° 00-42.053 : RJS 2002, n° 797.

(25) En ce sens, V. Cass. soc., 11 avr. 2008, n°s 06-45.804 à 06-45.811.

(26) En ce sens, V. Cass. soc., 29 mai 2002, n° 00-40.996 : « L'employeur a, en vertu de l'article L. 932-2 du Code du travail, l'obligation d'assurer l'adaptation de ses employés à l'évolution de leurs emplois ; que la cour d'appel ayant relevé que l'employeur avait sciemment maintenu [la salariée] à un poste qu'elle était incapable de tenir, a caractérisé un abus de droit, de sorte que l'insuffisance de résultats de l'intéressé dans l'accomplissement de ses nouvelles fonctions ne pouvait constituer une cause sérieuse de licenciement ».

(27) L. Flament, *L'évaluation des salariés : une obligation sous contrôle* : Cah. soc. barreau Paris 1^{er} mars 2010, n° 218, p. 63 et s.

1° La pertinence des critères d'évaluation

652. – Pertinence des critères. Pour le professeur Verkindt, « évaluer, c'est apprécier la valeur d'une action à la lumière d'un certain nombre de critères préalablement définis et sur la base d'informations préalablement collectées et analysées⁽²⁸⁾ ». Cette démarche relève du monde des faits⁽²⁹⁾ et n'est pas, en elle-même, source d'objectivité⁽³⁰⁾. Sa pertinence dépend des critères d'évaluation fixés et de l'appréciation de leur satisfaction. Ce n'est que dans l'hypothèse où ceux-ci seront en lien direct avec le travail que ces résultats fonderont valablement des décisions. Le professeur Lyon-Caen précise que « l'évaluation doit répondre aux mêmes caractères ou conditions que les mesures qu'elle rend possibles et [qu'elle] entend fonder ou justifier⁽³¹⁾ ». À défaut, les décisions justifiées par l'évaluation n'auront que l'apparence de la neutralité.

653. – Le temps où l'appréciation de la compétence d'un salarié était une manifestation du pouvoir de l'employeur est révolu⁽³²⁾ puisque, pour être valable, elle doit satisfaire à certaines exigences. Le législateur précise ainsi que « les méthodes et techniques d'évaluation des salariés doivent être pertinentes au regard de la finalité poursuivie⁽³³⁾ ». L'objectif recherché étant d'apprécier la valeur du travail effectué par le salarié, l'évaluation doit reposer sur des critères précis⁽³⁴⁾, transparents⁽³⁵⁾ et en lien avec la prestation demandée⁽³⁶⁾. Malgré les souhaits de certains⁽³⁷⁾, il n'est pas nécessaire que l'employeur démontre la validité scientifique des tests qu'il déploie⁽³⁸⁾. L'absence de bien-fondé de la méthode utilisée permettra néanmoins d'en contester la pertinence.

654. – Indifférence de la personne du salarié ? La jurisprudence circonscrit l'appréciation de l'employeur au travail effectué. Les critères d'évaluation offerts à l'em-

(28) P.-Y. Verkindt, *L'évaluation du salarié sous le regard du juge* : Dr. soc. 2009, p. 48 et s.

(29) J.-P. Robe et E. Mazuyer, *Faut-il faire une évaluation sociale des entreprises ?* : RDT 2010, p. 413 et s., spéc. p. 415.

(30) P.-Y. Verkindt, *L'évaluation du salarié sous le regard du juge* : Dr. soc. 2009, p. 48 et s., spéc. p. 48. Le professeur Verkindt précise également qu'« une évaluation n'a de valeur qu'appartenance à la légitimité de sa finalité (...) en soi, l'évaluation ne vaut rien ; elle n'a pas même de sens. Elle ne vaut qu'en fonction des critères mis en œuvre, de la qualité des informations collectées et surtout de l'objectif poursuivi ».

(31) A. Lyon-Caen, *L'évaluation des salariés* : D. 2009, p. 1124 et s., spéc. p. 1125. Le professeur Lyon-Caen considère qu'en estimant que les critères d'évaluation soient objectifs et transparents, la jurisprudence « condamne ce qui échappe à une vérification. (...) L'évaluation sert à fonder des inférences, permet à l'employeur de justifier, sur sa considération, certaines mesures ou certaines situations ». Elle doit dès lors satisfaire aux conditions de validité des justifications des différences de traitement.

(32) V. Wauquier, *Preuve d'une discrimination syndicale* : D. 2001, p. 737. L'auteur précise que le temps où la compétence « est ce par quoi s'exprime la liberté du pouvoir d'appréciation de l'employeur est révolu ».

(33) C. trav., art. L. 1222-3.

(34) Plus le critère fixé est imprécis, plus la marge d'appréciation de l'évaluateur est grande. De ce pouvoir discrétionnaire résulte la perte d'objectivité de l'évaluation, et donc la diminution de son intérêt.

(35) En ce sens, V. TGI Nanterre, 5 sept. 2008, n° 08-5737, *CHSCT Nord c/ Wolters Kluwer France* : RJS 2008, n° 1069. Les juges précisent que lorsque « la notation a pour effet de justifier des différences de traitement, c'est à la condition que les critères d'évaluation soient objectifs et transparents ». Il en résulte que le dispositif de notation des salariés qui repose sur des critères comportementaux difficilement quantifiables et détachés de toute effectivité du travail accompli doit être déclaré illicite.

(36) Le tribunal de grande Instance de Nanterre estime que les critères d'évaluation doivent être « quantifiables, atteignables et mesurables » (TGI Nanterre, 20 nov. 2009, n° 09/09717 : *Semaine sociale Lamy* 2009, n° 1424, p. 5).

(37) En ce sens, V. J. Pelissier, G. Auzero et E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, 25^e éd. 2011, n° 254 : « De façon plus générale, l'exigence de pertinence signifie que l'évaluateur est comptable envers celui qu'il évalue de la validité scientifique du procédé utilisé ; c'est-à-dire de la possibilité d'identifier grâce à ce procédé l'aptitude requise pour occuper l'emploi (...) il s'agit de la mise en place d'épreuves de nature à conduire à un choix justifiable ».

(38) En ce sens, V. S. Vernac, *L'évaluation des salariés en droit du travail* : D. 2005, p. 924 et s. : « L'exigence de pertinence ne subordonne pas l'utilisation des techniques d'évaluation ou de sélection à la démonstration par l'employeur de leur validité scientifique ».

ployeur sont limités : seule l'appréciation quantitative ou qualitative des prestations fournies est susceptible d'être mise en œuvre. Les critères d'évaluation quantitatifs présentent l'avantage de la neutralité, mais ils ne sont pas toujours pertinents au regard de la tâche confiée⁽³⁹⁾. La déontologie de certaines professions⁽⁴⁰⁾ ou des dispositions conventionnelles⁽⁴¹⁾ s'opposent parfois à leur mise en œuvre. À l'inverse, la référence à des éléments d'appréciation qualitatifs, si elle se révèle indispensable pour apprécier la compétence de certains salariés, ne garantit pas l'impartialité de l'évaluation. La recherche de pertinence dans l'évaluation débouche alors sur un paradoxe : elle impose de mettre en œuvre des critères imprécis⁽⁴²⁾ et subjectifs⁽⁴³⁾.

655. – De l'évaluation, les frontières sont tracées. Mais les exigences assignées s'avèrent peu aisées à respecter. Sous peine de perdre ses qualités d'objectivité, l'évaluation ne saurait ni avoir pour objet la personne du salarié⁽⁴⁴⁾ ni prendre en compte des critères issus de sa vie personnelle⁽⁴⁵⁾. Pourtant, même lorsqu'il endosse le costume de salarié, l'individu conserve les traits « saillants » de sa personnalité. L'autonomie réclamée est parfois illusoire⁽⁴⁶⁾ tant ses qualités personnelles contribuent à la réalisation de la prestation qui lui est confiée⁽⁴⁷⁾. Il est dès lors indéniable que certains critères comportementaux sont en lien direct avec l'exercice des fonctions⁽⁴⁸⁾. Le rapport du collaborateur aux autres, sa « façon d'être », influe sur sa capacité à travailler en équipe ou les sentiments qu'il inspire aux partenaires de l'entre-

(39) Les critères quantitatifs sont particulièrement pertinents pour évaluer la compétence des salariés chargés de missions commerciales ou de production. Ils sont sujets à caution lorsqu'il s'agit d'évaluer la qualité du travail fourni par les fonctions support d'une entreprise ou dans le domaine des services.

(40) La Cour de cassation précise que les principes déontologiques des professions médicales s'opposent à ce qu'une insuffisance de résultat soit reprochée à un médecin (en ce sens, V. Cass. soc., 31 mai 2000, n° 97-42.807).

(41) La convention collective de l'industrie pharmaceutique exclut des fonctions des visiteurs médicaux toute activité commerciale. Il en résulte que les mauvais résultats d'une visiteuse médicale ne sauraient être invoqués pour justifier son licenciement (en ce sens, V. notamment Cass. soc., 26 nov. 1987, n° 84-42.624 : *Bull. civ.* 1987, V, n° 683. – Cass. soc., 5 janv. 1999, n° 96-45.568 : *Bull. civ.* 1999, V, n° 4).

(42) « Le professionnalisme », « l'esprit d'équipe », « l'investissement », « l'adhésion aux valeurs de l'entreprise » sont autant de critères d'évaluation fréquents mais qui ne satisfont pas à l'exigence de précision.

(43) Les critères précédemment invoqués sont subjectifs à un double titre. D'une part, ils ont trait à la personne même du salarié. D'autre part, leur absence de définition précise laisse à l'évaluateur une grande marge d'appréciation, source de subjectivité et de discrimination.

(44) En ce sens, V. V. Wauquier, note ss l'arrêt du 10 juillet 2002 : « Le droit de l'employeur d'évaluer porte sur le travail de ses salariés lui-même, ses attitudes ou son comportement. Cette formule indique donc clairement que l'évaluation doit être guidée par une exigence d'objectivité par rapport à la personne du salarié ».

(45) Pourtant, le législateur incite parfois l'employeur à prendre en compte les exigences de la vie personnelle du salarié dans la détermination de sa charge de travail. Il résulte de l'article L. 3121-46 du Code du travail qu'un « entretien annuel individuel est organisé par l'employeur, avec chaque salarié ayant conclu une convention de forfait en jour sur l'année. Il porte sur la charge de travail du salarié [et] l'articulation entre la vie professionnelle et la vie personnelle et familiale ».

(46) En ce sens, V. P.-Y. Verkindt, *L'évaluation du salarié sous le regard du juge* : *Dr. soc.* 2009, p. 48 et s., spéc. p. 50 : « La frontière entre l'évaluation du travail et l'évaluation de la personne s'avère spécialement diluée dans une économie de service qui se satisfait mal d'une évaluation du simple temps de travail ou de la seule performance. (...) Le glissement vers une évaluation des compétences s'accompagne en même temps d'une personnalisation de la démarche évaluative et d'une subjectivité de cette démarche car les compétences ou les aptitudes ne sont plus du seul ordre du "faire" mais sont aussi de l'ordre du "être" ».

(47) En ce sens, V. TGI Versailles, 28 oct. 2010, n° 10/00270 : *Semaine sociale Lamy* 2010, n° 1471, p. 4 : « Pour certains postes, le comportement du salarié fait partie intégrante de la compétence et il est difficile pour la majorité des salariés dont le travail n'est pas quantifiable d'avoir recours à des critères purement concrets ».

(48) En ce sens, V. TGI Nanterre, 20 nov. 2009, n° 09/09717 : *Semaine sociale Lamy* 2010, n° 1471, p. 4. Les juges reconnaissant que si « la sphère personnelle n'a pas à être prise en compte dans la notation des salariés », certains critères comportementaux ne sont pas dénués de lien avec la prestation demandée. Ils posent ainsi que « demander à un cadre de mieux communiquer avec son équipe est un critère comportemental mais qui a trait à l'exercice de sa fonction. Ce sont les qualités et les défauts du salarié qui sont examinés dans la perspective d'un meilleur exercice du travail ».

prise. Ils doivent donc être pris en compte lors de son évaluation. Il en résulte que si la personne du salarié ne saurait être évaluée, son comportement peut faire l'objet d'une appréciation dès lors qu'il a une influence sur sa capacité à réaliser la prestation demandée.

656. – Bien qu'irrationnelles et subjectives, ces appréciations participent à la détermination des compétences du salarié et, d'une certaine manière, à sa « valeur ». Ce paradoxe est d'ailleurs, d'une certaine façon, consacré par la Déclaration des droits de l'homme qui autorise implicitement les distinctions fondées sur des aspects de la personnalité des individus. Si elle proclame l'égal accès de tous aux emplois publics, elle autorise les distinctions reposant sur les talents et les vertus des citoyens⁽⁴⁹⁾. Le premier critère concerne l'aptitude à réaliser une prestation donnée mais le second est davantage subjectif et évoque les qualités de l'homme plus que du travailleur. Même le constituant révolutionnaire a échoué à détacher totalement l'évaluation du travail de la personne qui l'effectue⁽⁵⁰⁾.

657. – **Subjectivité nécessaire ?** À notre sens, dès lors qu'il vise à apprécier l'activité humaine, tout système d'appréciation comporte une sphère de subjectivité. Cette dernière constitue même une garantie du respect de la dignité des travailleurs. La prestation fournie par un homme ne doit pas être évaluée selon les mêmes critères que ceux qui établissent la performance d'une machine, sous peine de l'assimiler à un moyen de production comme un autre et de nier sa dignité. La valeur ajoutée de l'activité humaine réside dans la faculté « de combler le fossé entre la tâche prescrite et le travail réel (...) grâce au facteur humain⁽⁵¹⁾ ». La pertinence de l'évaluation exige alors parfois de tenir compte de la personnalité du salarié : ce biais de l'évaluation est, à notre sens, un mal nécessaire pour garantir le respect de sa dignité.

2° La pertinence des résultats de l'évaluation

658. – **Valeur relative de l'évaluation.** Les enseignements issus de l'évaluation d'un salarié ne sauraient suffire à établir ses compétences ; ils n'ont de portée qu'au regard des critères sur lesquels ils se fondent. Si le référentiel d'évaluation change, la « valeur » du salarié se modifie alors même que ses compétences demeurent identiques. Les critères d'évaluation retenus par l'employeur dépendent de l'orientation qu'il veut donner à son entreprise : l'appréciation portée sur un même travail n'est pas identique dans l'entité qui poursuit une logique industrielle ou celle qui répond uniquement à des attentes financières. Des différences similaires existent entre les entreprises privilégiant la productivité plutôt que la qualité. La performance éva-

(49) DDHC, art. VI : « Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents ».

(50) En ce sens, V. M.-C. Escande-Varniol et J.-F. Paulin, *La performance du salarié confronté au droit du travail : Travail et emploi* avr. 2004, n° 98, p. 95 et s., spéc. p. 103 : « Il apparaît assez nettement que l'évaluation porte moins sur le résultat, les objectifs, que sur les manières, ce que d'aucuns nomment le "savoir être" (...) le jugement va prendre en compte la part subjective du travail, c'est-à-dire, de fait, le comportement de l'individu, qui relève par essence de la sphère personnelle ».

(51) P.-Y. Verkindt, *L'évaluation du salarié sous le regard du juge : Dr. soc.* 2009, p. 48 et s., spéc. p. 50. En ce sens, V. également N. Sandret, *Le potentiel destructeur de l'évaluation individualisée des performances : RDT* 2008, p. 501 et s., spéc. p. 502 : « Dans toutes les tâches, le réel est différent du prescrit et le travailleur déploie son intelligence, son savoir-faire pour que le travail se réalise malgré tout. S'il ne faisait que d'appliquer strictement les consignes, c'est-à-dire la grève du zèle, le travail ne se ferait pas. Cet écart entre le travail prescrit et le réel du travail rend au travail humain ce que le taylorisme ou le fordisme avaient essayé d'évacuer ».

luée est en partie détachée des compétences professionnelles du salarié : à l'occasion d'un changement de direction et du renouvellement des méthodes de travail qui l'accompagne, un ancien « salarié modèle » se transforme parfois en contre-exemple pour sa nouvelle hiérarchie⁽⁵²⁾. La simple analyse des résultats d'une évaluation professionnelle ne saurait, à elle seule, déterminer la « valeur » d'un salarié.

659. – Portée relative de l'évaluation. La jurisprudence interdit à l'employeur d'attacher des effets automatiques aux résultats de l'évaluation⁽⁵³⁾. Le maintien du salarié dans l'entreprise ne saurait uniquement en dépendre et la non-atteinte des objectifs fixés n'est plus, à elle seule, une cause de licenciement⁽⁵⁴⁾. Contrôlant les motifs de la rupture⁽⁵⁵⁾, le juge s'assure que les exigences étaient réalisables⁽⁵⁶⁾ et que c'est en raison du comportement du salarié que les résultats escomptés n'ont pas été obtenus⁽⁵⁷⁾. Il est notamment vérifié que le collaborateur disposait des moyens nécessaires pour les satisfaire⁽⁵⁸⁾.

660. – En effet, la confrontation entre les objectifs assignés et les résultats obtenus ne suffit pas à déterminer la « valeur » du salarié. Des variables extérieures⁽⁵⁹⁾ perturbent l'équation posée. Seuls les motifs, et non uniquement le constat, de la non-satisfaction des critères d'évaluation, justifient des différences de traitement et peuvent affecter la présence du salarié dans l'entreprise. À l'évaluation n'est accordée qu'une valeur relative.

B. – L'exigence de transparence

661. – L'exigence de transparence lors de la mise en œuvre d'un système d'évaluation impose une information dans l'entreprise (2°) et hors de celle-ci (1°).

(52) N. Sandret, *Le potentiel destructeur de l'évaluation individualisée des performances* : RDT 2008, p. 501 et s., spéc. p. 502. L'auteur précise qu'à l'occasion d'un changement de direction « le salarié d'excellence devient celui qui va défendre avec vivacité, soutenir le bien-fondé des modes de travail antérieur, la qualité de ce qui se faisait, les savoir-faire qui le portaient. Il devient très vite un obstacle à la nouvelle organisation ».

(53) La cour d'appel de Versailles précise ainsi que « le motif d'insuffisance professionnelle ne peut pas être prouvé que sur l'entretien d'évaluation, qui ne peut suffire à justifier la réalité des manquements professionnels. L'entretien d'évaluation, prérogative du chef d'entreprise, ne saurait constituer la preuve des manquements qu'il relève (...) ces manquements et insuffisances doivent être établis par d'autres documents que celui établi par l'employeur qui ne peut se constituer de preuve à lui-même » (CA Versailles, 12 sept. 2006 : JSL 2006, n° 18).

(54) La Cour de cassation posait auparavant que le licenciement motivé en raison de la non-atteinte par le salarié des objectifs qui lui étaient fixés, procédait d'une cause réelle et sérieuse (par ex., V. Cass. soc., 12 mai 1998, n° 95-43.935). Elle estime dorénavant « que l'insuffisance de résultats au regard des objectifs fixés ne constitue pas une cause de rupture privant le juge de son pouvoir d'appréciation sur l'existence d'une cause réelle et sérieuse » (Cass. soc., 3 févr. 1999, n° 97-40.606 : Bull. civ. 1999, V, n° 56).

(55) P. Waquet, *Les objectifs* : Dr. soc. 2001, p. 120 et s., spéc. p. 122 : « La chambre sociale de la Cour de cassation n'admet pas que l'on puisse se prévaloir d'une cause automatique de licenciement. Or, si l'on n'y prend garde, la contractualisation des objectifs peut préconstituer une cause de licenciement ».

(56) Le juge s'assure que les objectifs fixés sont raisonnables et compatibles avec le marché (en ce sens, V. Cass. soc., 30 mars 1999, n° 97-41.028 : Bull. civ. 1999, V, n° 143 ; RJS 1999, n° 641). La Cour de cassation a pu estimer que l'employeur qui fixe au salarié des objectifs irréalisables manque à son obligation d'exécution loyale du contrat de travail (Cass. soc., 23 nov. 2005, n° 04-40.029).

(57) Tel n'est pas le cas si les mauvais résultats du salarié sont dus à la dégradation du marché dans lequel évolue l'entreprise. Si la Cour de cassation a pu admettre l'indifférence de la situation économique pour justifier la non-atteinte des objectifs par le salarié (en ce sens, V. notamment Cass. soc., 18 mars 1986, n° 83-42.191), elle s'assure désormais que l'insuffisance de résultat reprochée au salarié n'est pas due « à la conjoncture difficile » (Cass. soc., 4 avr. 2001, n° 99-41.651). En outre, les résultats ne sont pas imputables au salarié lorsqu'ils résultent de l'action de l'employeur. Ce dernier ne saurait alors reprocher au salarié de ne pas avoir atteint les objectifs fixés (en ce sens, V. notamment Cass. soc., 24 mai 2000, n° 98-41.614).

(58) Cass. soc., 2 déc. 2003, n° 01-44.192 : RJS 2004, n° 184.

(59) Nous pensons ici à la dégradation de la conjoncture économique, au manque de moyens laissés à la disposition du salarié ou des décisions de l'employeur.

1° L'information hors de l'entreprise

662. – Domaine de l'obligation de déclaration. La mise en œuvre d'une procédure d'évaluation n'impose pas en elle-même de déclaration préalable ; cette obligation ne naît qu'en raison du support qu'elle emprunte⁽⁶⁰⁾. Selon l'article 22 de la loi du 6 janvier 1978⁽⁶¹⁾, seuls les traitements automatisés de données à caractère personnel doivent faire l'objet d'une déclaration à la CNIL. Si les informations issues des entretiens d'évaluation des salariés satisfont par nature la condition de données à caractère personnel⁽⁶²⁾, elles ne font pas toujours l'objet d'un traitement automatisé. Une cour d'appel ne saurait reprocher à un employeur de ne pas avoir procédé à une déclaration sans s'être assurée que les données récoltées faisaient l'objet d'un tel traitement⁽⁶³⁾. La gestion des résultats de l'évaluation impose néanmoins à l'employeur, lorsque le nombre de salariés est élevé, le recours à l'outil informatique : il devra alors satisfaire à une obligation de déclaration auprès de la CNIL⁽⁶⁴⁾.

663. – Modalité de l'obligation de déclaration. En matière de système d'évaluation professionnelle, la CNIL a usé du pouvoir que lui confère l'article 24 de la loi du 6 janvier 1978⁽⁶⁵⁾ et a mis en œuvre une procédure de déclaration simplifiée⁽⁶⁶⁾. Celle-ci n'est ouverte qu'aux systèmes recueillant des informations limitées⁽⁶⁷⁾ et

(60) En ce sens, V. J. Lohard et H. Gillier, *Vie privée et entretien annuel d'évaluation* : *Cah. soc. barreau* Paris 1^{er} mars 2008, n° 198, p. 105. Ces auteurs précisent que même si les informations issues des entretiens d'évaluation sont particulièrement sensibles, elles ne font l'objet d'aucune protection particulière lorsqu'elles sont consignées de manière manuscrite, « c'est le support de l'évaluation qui détermine la protection dont elles bénéficient ».

(61) L. n° 78-17, 6 janv. 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, art. 22 modifié par l'article 4 de la loi n° 2004-801 du 6 août 2004.

(62) J. Lohard et H. Gillier, *Vie privée et entretien annuel d'évaluation* : *Cah. soc. barreau* Paris 1^{er} mars 2008, n° 198, p. 105. Ces auteurs estiment que le caractère personnel des données tirées des entretiens d'évaluation « ne fait aucun doute » puisqu'elles « font état des capacités professionnelles et des compétences des salariés ».

(63) Cass. soc., 28 nov. 2007, n° 06-21.964 : *Bull. civ.* 2007, V, n° 201 ; *RJS* 2008, n° 135 : « En faisant interdiction [à l'employeur] de mettre en application le projet d'entretiens annuels d'évaluation de ses salariés tant que le traitement des données à caractère personnel recueillies au cours de ces entretiens n'aura pas fait l'objet d'une déclaration auprès de la CNIL sans constater que ces données sont destinées à faire l'objet d'un traitement automatisé, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des textes susvisés ». En ce sens, V. également Comm. CNIL, 11 mai 2011, *L'évaluation des salariés : droits et obligations des employeurs* : *JCP S* 2011, act. 220 : « Les fichiers papiers n'ont pas à être déclarés à la CNIL. Cependant, ils doivent être constitués et utilisés en conformité avec les principes et exigences de la loi Informatique et libertés ».

(64) La nécessité de traiter de manière informatisée les données issues des entretiens d'évaluation a poussé certains juges du fond à soumettre ces derniers à une déclaration préalable à la CNIL. Le tribunal de grande instance de Paris (TGI Paris, 31 mars 2006, n° 06/52916 : *RJS* 2006, n° 912) précisait que « le support d'entretien annuel d'évaluation (...) constitue à l'évidence un fichier courant de gestion des personnes humaines en matière de carrière » et qu'il devait dès lors être déclaré à la CNIL. La cour d'appel de Paris (CA Paris, 3 nov. 2006, n° 06/6935 : *RJS* 2007, n° 3), saisie de la même affaire, anticipait également la gestion des données par l'employeur. Elle relevait que « le support d'entretien annuel est un document manuscrit, établi contradictoirement le jour même de l'entretien individuel comportant des données à caractère personnel (...) dont un exemplaire est conservé par la direction. (...) Il constitue à l'évidence un traitement non encore automatisé de données propres à chaque salarié mais appelées à figurer dans un dossier ». Cette décision a été censurée par la Cour de cassation (Cass. soc., 28 nov. 2007, n° 06-21.964 : *Bull. civ.* 2007, V, n° 201 ; *RJS* 2008, n° 135). Une condamnation ne peut reposer que sur des faits et ne saurait se fonder sur les intentions que les juges prêtent au mis en cause.

(65) L. n° 78-17, 6 janv. 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, art. 24 modifié par l'article 4 de la loi n° 2004-801 du 6 août 2004 : « Pour les catégories les plus courantes de traitements de données à caractère personnel, dont la mise en œuvre n'est pas susceptible de porter atteinte à la vie privée ou aux libertés, la Commission nationale de l'informatique et des libertés établit et publie, après avoir reçu le cas échéant les propositions formulées par les représentants des organismes publics et privés représentatifs, des normes destinées à simplifier l'obligation de déclaration ».

(66) Délib. CNIL n° 2005-002, 13 janv. 2005, portant adoption d'une norme destinée à simplifier l'obligation de déclaration des traitements mis en œuvre par les organismes publics et privés pour la gestion de leurs personnels : *JO* 17 févr. 2005, n° 40.

(67) Selon la délibération de la CNIL n° 2005-002, le système mis en œuvre doit permettre d'identifier le salarié évalué et comporter des indications propres à l'évaluation (dates des entretiens d'évaluation, identité de l'évaluateur, compétences professionnelles de l'employé, objectif assigné, résultats obtenus, appréciation des aptitudes professionnelles sur la base de critères objectifs et présentant un lien direct et nécessaire avec l'emploi occupé, observations et souhaits formulés par l'employé, prévisions d'évolution de carrière).

ayant des destinataires restreints⁽⁶⁸⁾. En sont exclus « les dispositifs ayant pour objet l'établissement du profil psychologique de l'employé⁽⁶⁹⁾ ». À l'employeur qui souhaite s'affranchir de ces cadres, le recours à la déclaration normale reste ouvert⁽⁷⁰⁾. Par ailleurs, la désignation d'un correspondant indépendant chargé de veiller au respect des dispositions de la loi du 6 janvier 1978 dispense l'employeur de toute procédure de déclaration⁽⁷¹⁾.

664. – Sanctions de l'obligation de déclaration. L'employeur qui omet de déclarer un tel système s'expose à une peine d'emprisonnement de cinq ans et à une amende de 300 000 €⁽⁷²⁾. En outre, cet oubli paralyse son pouvoir disciplinaire : le système qui n'a pas fait l'objet de déclaration préalable est considéré comme « intrinsèquement illicite⁽⁷³⁾ ». Dès lors l'employeur ne saurait sanctionner le salarié qui refuse de s'y soumettre⁽⁷⁴⁾ ; le collaborateur évalué par un procédé clandestin peut prétendre à la réparation du préjudice qu'il a subi⁽⁷⁵⁾.

2° L'information dans l'entreprise

665. – La méthode d'appréciation des compétences fait l'objet d'une information des salariés (a) et de leurs représentants (b).

a) L'information des salariés

666. – Modalité de l'information préalable. Dégagée par la jurisprudence⁽⁷⁶⁾ et consacrée par le législateur, tant pour le candidat à l'emploi⁽⁷⁷⁾ que pour le salarié⁽⁷⁸⁾, l'obligation d'information encadre la mise en place et la modification importante

(68) Il résulte de la délibération de la CNIL n° 2005-02 du 13 janvier 2005 que les données recueillies ne peuvent être transmises qu'aux personnes habilitées chargées de la gestion du personnel et aux supérieurs hiérarchiques des employés concernés.

(69) Délib. CNIL n° 2005-002, 13 janv. 2005, art. 2.

(70) En ce sens, V. A. Morle, *La CNIL, mode d'emploi : Semaine sociale Lamy* 2007, n° 1332, p. 12 et s., spéc. p. 13. M^{me} Morle précise que « la procédure simplifiée ne constitue qu'une faculté, le déclarant étant toujours libre de recourir à la déclaration normale. [Cette dernière] donne à l'employeur une marge de manœuvre beaucoup plus grande relativement aux traitements automatisés qu'il est susceptible de mettre en œuvre sur les données du personnel ».

(71) En ce sens, V. L. n° 78-17, 6 janv. 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, art. 22, III modifié par l'article 4 de la loi n° 2004-801 du 6 août 2004.

(72) C. pén., art. 226-16 : « Le fait, y compris par négligence, de procéder ou de faire procéder à des traitements de données à caractère personnel sans qu'aient été respectées les formalités préalables à leur mise en œuvre prévues par la loi est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 € d'amende ». L'employeur s'expose à la même peine s'il ne respecte pas les conditions de la déclaration simplifiée, dans l'hypothèse où il a opté pour ce mode de déclaration (C. pén., art. 226-16-1 A).

(73) M.-N. Rouspide et S. Béal, *Un salarié peut refuser de se soumettre à un système de badge géré par des moyens automatisés et rendu obligatoire par le règlement intérieur s'il n'y a pas eu de déclaration à la CNIL* : JCP E 2004, 1022.

(74) En ce sens, V. Cass. soc., 6 avr. 2004, n° 01-45.227 : Bull. civ. 2004, V, n° 103 ; RJS 2004, n° 787 : « À défaut de déclaration à la CNIL d'un traitement automatisé d'informations nominatives concernant un salarié, son refus de déferer à une exigence de son employeur impliquant la mise en œuvre d'un tel traitement ne peut lui être reproché ».

(75) Cass. soc., 7 juin 1995, n° 91-44.919 : Bull. civ. 1995, V, n° 184 ; RJS 1995, n° 902. La Cour de cassation estime que l'employeur, en mettant en place un système de traitement automatisé de données personnelles avant d'en avoir fait la déclaration à la CNIL commet une faute dont il appartient au juge de déterminer si elle a causé un préjudice au salarié. Dans l'affirmative, ces derniers peuvent prétendre à des dommages et intérêts.

(76) La Cour de cassation pose que la validité d'un dispositif de contrôle et de surveillance de l'activité des salariés est subordonnée à leur information préalable (Cass. soc., 20 nov. 1991, n° 88-43.120 : Bull. civ. 1991, V, n° 519). Elle consacre cette exigence pour les dispositifs d'évaluation des salariés (Cass. soc., 10 juill. 2002, n° 00-42.368 : RJS 2002, n° 1066).

(77) C. trav., art. L. 1221-8 : « Le candidat à un emploi est expressément informé, préalablement à leur mise en œuvre, des méthodes et des techniques d'aide au recrutement utilisées à son égard ». Cette disposition vise les méthodes utilisées pour évaluer son aptitude à occuper le poste proposé.

(78) C. trav., art. L. 1222-3 : « Le salarié est expressément informé, préalablement à leur mise en œuvre, des méthodes et techniques d'évaluation professionnelles mises en œuvre à son égard ».

des systèmes d'évaluation. Sa violation ouvre droit au paiement de dommages et intérêts⁽⁷⁹⁾. Pourtant, l'efficacité de l'obligation exigerait, à notre sens, une sanction plus dissuasive : les résultats issus d'une évaluation « clandestine » ne devraient pas être opposables au salarié⁽⁸⁰⁾.

667. – Le législateur ne donne aucune précision sur le contenu et les modalités de l'information. L'administration précise qu'elle peut « intervenir sous une forme individuelle ou collective, par voie d'affichage dans un lieu accessible à tous⁽⁸¹⁾ ». Cette seconde possibilité est contestable dans la mesure où elle ne satisfait pas à l'exigence d'une information personnelle. Elle ne semble pas conciliable avec l'obligation de confidentialité qui pèse également sur l'évaluation⁽⁸²⁾. Seule l'information écrite du salarié remplit ces conditions et préserve une preuve utile en cas de contentieux ultérieur⁽⁸³⁾. En outre, l'information doit être délivrée dans un délai raisonnable pour permettre au salarié de se préparer à l'entretien⁽⁸⁴⁾. Certains recommandent de leur transmettre un support écrit, permettant aux salariés de formaliser par écrit le bilan de l'année écoulée et leurs attentes pour la période à venir⁽⁸⁵⁾.

668. – **Information sur les résultats.** L'obligation d'information s'applique également au stade de la communication des résultats de l'évaluation : le salarié qui en fait la demande doit en obtenir communication⁽⁸⁶⁾ et le refus de l'employeur fait présumer l'existence d'une discrimination⁽⁸⁷⁾. En dehors de l'intéressé, seuls ses supérieurs hiérarchiques et les personnes habilitées chargées de la gestion des ressources humaines peuvent accéder aux données de l'évaluation. La confidentialité de ces informations s'étend même au-delà du terme de la relation contractuelle : les résultats des évaluations des anciens salariés doivent être accessibles à un nombre limité de personnes⁽⁸⁸⁾.

(79) En ce sens, V. Cass. soc., 11 avr. 2008, n° 06-45804. La violation de l'obligation d'information ne rend pas inopposables les résultats issus de l'évaluation ; l'employeur peut notamment s'y référer pour déterminer l'ordre des licenciements pour motif économique. V. également Cass. soc., 21 nov. 2006, n° 05-40.656 : *Bull. civ.* 2006, V, n° 349 ; *RJS* 2007, n° 205.

(80) Les résultats ne pourraient être invoqués ni pour justifier une différence de traitement, ni pour arrêter l'ordre des licenciements pour motif économique. L'entreprise soumise, par une disposition conventionnelle, à une obligation d'évaluation est réputée ne pas l'avoir satisfaite si le salarié n'a pas été préalablement informé de la mise en œuvre de ce dispositif.

(81) En ce sens, V. Circ. DRT n° 93-10, 15 mars 1993, relative à l'application des dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles.

(82) Le législateur soumet les résultats des évaluations professionnelles des candidats à l'emploi (C. trav., art. L. 1221-8) et des salariés (C. trav., art. L. 1222-2) à une obligation de confidentialité.

(83) T. Passerone, *L'individualisation des rémunérations*, thèse Paris II, Panthéon-Assas, 2010, n° 338 : « Bien que le législateur ne mentionne pas l'obligation d'un écrit, ce dernier est souhaitable. En cas de contentieux, l'employeur sera ainsi en mesure de fournir les éléments attestant qu'il a porté l'information à la connaissance du salarié ».

(84) P. Waquet, *L'évaluation du personnel* : *Semaine sociale Lamy* 2003, n° 1126, p. 7 et s., spéc. p. 9. M. Waquet qualifie l'obligation d'information « d'exigence fondamentale ». Il estime qu'elle permet d'éviter la surprise du salarié qui serait « désarçonné de manière artificielle » en cas d'information tardive. M. Waquet précise que la violation de cette obligation porterait atteinte à la dignité du salarié.

(85) En ce sens, V. P. Lubet et M. d'Allende, *L'évaluation des salariés* : *JCP S* 2011, 1240. Les auteurs estiment qu'ainsi délivrée, l'information évite que l'entretien ne « se déroule à chaud et ne traduise que le ressenti des participants à l'entretien au titre des dernières semaines ou des derniers jours, au risque d'occulter les problématiques de fond ».

(86) Circ. DRT n° 93-10, 15 mars 1993, relative à l'application des dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles. L'administration précise que les salariés peuvent avoir accès, sur leur demande, aux résultats des tests d'évaluation. Dans le même sens, V. Délib. CNIL 8 mars 2007 : *JCP S* 2007, act. 211.

(87) Cass. soc., 23 oct. 2001, n° 99-44.215. La Cour de cassation rejette le pourvoi contre une décision d'une cour d'appel qui a estimé que le refus de l'employeur de communiquer ses fiches de notation à un salarié à compter de la date où une promotion lui avait été refusée était de nature à établir l'existence d'une discrimination. Cette solution n'est pas à l'abri de toute critique : une discrimination est reconnue alors même qu'aucun critère prohibé n'est visé.

(88) Selon la CNIL, le dispositif de stockage de ces données doit prévoir une méthode de traçabilité des opérations de consultation (en ce sens, V. Comm. CNIL, 11 mai 2011, *L'évaluation des salariés : droits et obligations des employeurs* : *JCP S* 2011, act. 220).

669. – Domaine de l'information. À l'évaluation des salariés, deux objectifs distincts sont parfois attribués. Si elle vise principalement à apprécier et récompenser les compétences actuelles du salarié, elle peut également avoir une visée prospective. L'employeur cherche alors à déceler les aptitudes du salarié en vue d'une éventuelle évolution de carrière. Selon la CNIL, l'obligation d'information des résultats de l'évaluation ne s'étend pas aux informations recueillies dans le cadre de ce second objectif⁽⁸⁹⁾. À notre sens, cette position mérite d'être saluée. Dès lors que l'exploitation de ces données demeure dans le domaine du prospectif, elles n'ont aucun impact sur la situation professionnelle du salarié. Ces hypothèses d'évolution de carrière ne sauraient lier l'employeur puisque leur réalisation est soumise à de nombreux aléas. À l'inverse, leur communication s'impose dès lors que leur sont attachées des conséquences immédiates⁽⁹⁰⁾.

b) L'information des représentants des salariés

670. – Protection. Le comité d'entreprise (1) et le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (2) sont impliqués lors de la mise en œuvre d'un système d'évaluation des salariés. Contre les dérives de l'évaluation, la consultation des représentants du personnel protège⁽⁹¹⁾ : le dialogue instauré incite à respecter un lien entre les compétences évaluées et les exigences des fonctions. L'employeur est *de facto* sommé de s'expliquer sur ses méthodes d'appréciation des compétences de ses collaborateurs⁽⁹²⁾.

1) L'information du comité d'entreprise

671. – Principe de la consultation. Si le législateur impose la consultation du comité d'entreprise sur toutes « méthodes ou techniques d'aide au recrutement ou à l'emploi ainsi que sur toute modification de celles-ci⁽⁹³⁾ », il n'énonce formellement aucune obligation similaire lors de la mise en place d'un système d'évaluation. Seule est prévue une consultation « sur les moyens ou les techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés⁽⁹⁴⁾ ». Plus que l'évaluation des compétences, cette disposition vise l'examen du comportement du salarié.

672. – Malgré l'absence de fondement textuel explicite, une doctrine majoritaire et certaines décisions des juges du fond⁽⁹⁵⁾ ont recommandé l'implication du co-

(89) En ce sens, V. Comm. CNIL, 11 mai 2011, *L'évaluation des salariés : droits et obligations des employeurs* : JCP S 2011, act. 220 : « L'employeur n'est pas tenu de communiquer des informations purement prévisionnelles ».

(90) Tel doit à notre sens être le cas lorsque le salarié identifié comme « haut potentiel » bénéficie de formations particulières ou de conditions de travail spécifiques.

(91) En ce sens, V. T. Passerone, *L'individualisation des rémunérations*, thèse Paris II, Panthéon-Assas, 2010, spéc. n° 342. M. Passerone précise que la consultation obligatoire du comité d'entreprise dissuade « le chef d'entreprise d'avoir recours à des techniques contestables ».

(92) En ce sens, V. A. Lyon-Caen, *L'évaluation des salariés* : D. 2009, p. 1124 : « Ces dispositifs obligent l'employeur à s'expliquer, sans créer comme telle une obligation de négociation ».

(93) C. trav., art. L. 2323-32, al. 1 : « Le comité d'entreprise est informé, préalablement à leur utilisation, sur les méthodes ou techniques d'aide au recrutement des candidats à un emploi ainsi que sur toute modification de ceux-ci ».

(94) C. trav., art. L. 2323-32, al. 2 : « Le comité d'entreprise est informé et consulté, préalablement à la mise en œuvre dans l'entreprise sur les moyens ou les techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés ».

(95) En ce sens, V. TGI Paris, 4 avr. 2006, n° 05/18400 : RJS 2006, n° 1242. Les juges reprochent notamment à l'employeur de ne pas avoir procédé à l'information/consultation du comité d'entreprise sur le dispositif d'évaluation de ses salariés. V. également CA Toulouse, 24 août 2006, n° 04/03716 : *JurisData* n° 2006-312381. Il résulte de cet arrêt que l'employeur ne saurait se prévaloir de l'inutilité de la consultation du comité d'entreprise pour s'exonérer de l'informer de la mise en place d'un système d'évaluation.

mité lors de la mise en place de ces systèmes. Selon les promoteurs de cette analyse⁽⁹⁶⁾, la consultation s'impose en raison de l'impact de l'évaluation sur les conditions d'emploi, de travail et de formation des salariés ainsi que sur les dispositifs de rémunération⁽⁹⁷⁾. Ils soutiennent également que l'évaluation des salariés implique un contrôle de leur activité⁽⁹⁸⁾.

673. – Ces arguments ont été entendus : depuis un arrêt du 10 avril 2008, la chambre sociale impose la consultation du comité d'entreprise lors de la mise en œuvre ou de la modification importante d'un dispositif permettant l'évaluation des salariés⁽⁹⁹⁾. Cette intervention s'étend à tout système qui a pour effet de permettre l'appréciation des compétences des salariés⁽¹⁰⁰⁾.

674. – **Modalité de la consultation.** À la consultation du comité d'entreprise sur le projet d'évaluation professionnelle, les conditions issues de l'article L. 2323-4 du Code du travail s'appliquent. Le chef d'entreprise doit transmettre au comité des informations écrites et précises sur le programme envisagé et lui accorder un « délai d'examen suffisant⁽¹⁰¹⁾ ». La Cour de cassation exige qu'un débat soit engagé sur cet aspect du pouvoir de direction de l'employeur ; l'obligation d'information du comité n'est pas satisfaite si la consultation se limite « à la mise en place d'une nouvelle modalité de rémunération », sans concerner spécifiquement la méthode d'évaluation des salariés. Elle ne saurait également se réduire à la transmission d'un document intitulé « support d'évaluation de la performance⁽¹⁰²⁾ ».

(96) En ce sens, V. S. Vernac, *L'évaluation des salariés en droit du travail* : D. 2005, p. 924 et s. – V. également P. Waquet, *L'évaluation du personnel* : *Semaine sociale Lamy* 2003, n° 1126, p. 7 et s., spéc. p. 9 : « Pour le contrôle de l'activité des salariés, le comité doit être informé et consulté préalablement à la mise en œuvre des moyens et techniques utilisés. Même si [l'article L. 2323-32, al. 2 du Code du travail] ne vise pas directement les procédures d'évaluation, on peut affirmer qu'il est opportun que le comité d'entreprise soit mis à même de connaître et de formuler son avis sur les procédés employés en matière d'évaluation, afin de garantir la transparence nécessaire ». *Contra*, V. J. Colonna, *Évaluation des compétences des salariés : la validité du « ranking »* : *Dr. soc.* 2003, p. 988 et s., spéc. 989 : « Il ne nous semble pas que l'article L. 432-2-1, alinéa 3 du Code du travail [recodifié à l'article L. 2323-32, alinéa 2] impose une [obligation de consultation du comité d'entreprise préalablement à la mise en œuvre d'un dispositif d'évaluation des salariés]. Ce texte ne prévoit en effet l'information et la consultation préalables du comité d'entreprise que pour les moyens et techniques de contrôle de l'activité des salariés. Or l'évaluation des compétences ne constitue pas à proprement parler un contrôle de l'activité des salariés ».

(97) C. trav., art. L. 2323-27 : « Le comité est informé et consulté sur les problèmes généraux intéressant les conditions de travail résultant de l'organisation du travail, de la technologie, des conditions d'emploi, de l'organisation du temps de travail, des qualifications et des modes de rémunération ».

(98) En ce sens, V. A. Barège, *Instauration d'un système de contrôle et d'évaluation des salariés : consultation obligatoire du comité d'entreprise* : *JCP S* 2010, 1457 : « Si le but premier de l'évaluation n'est pas de contrôler l'activité des salariés, il ne saurait être nié qu'*in fine*, elle conduit nécessairement à apprécier, donc à contrôler l'activité des salariés. Ainsi, lorsqu'un employeur entend mettre en œuvre un système d'évaluation individuelle, il convient d'intégrer qu'il s'agit en définitive d'un système de contrôle, même si, à la différence du dispositif de surveillance, la finalité du système de contrôle que constitue l'évaluation n'est aucunement disciplinaire ».

(99) En ce sens, V. Cass. soc., 10 avr. 2008, n° 06-45.741. Le défaut de consultation autorise une action en référé ; le juge peut alors suspendre la mise en place du système d'évaluation. – V. également, Cass. soc., 12 juill. 2010, n° 09-66.339 : *Bull. civ.* 2010, V, n° 168 : « Un système de contrôle et d'évaluation individuels des salariés ne peut être instauré qu'après information et consultation du comité d'entreprise ».

(100) Un outil peut être détourné de sa finalité pour évaluer le travail effectué par les salariés. Il doit dès lors être l'objet d'une consultation du comité d'entreprise. La preuve de ce détournement peut se faire par tout moyen (en ce sens, V. TGI Nanterre, 27 nov. 2009, n° 09/10164 : *Semaine sociale Lamy* 2009, n° 1424, p. 5).

(101) C. trav., art. L. 2323-4.

(102) En ce sens, V. Cass. soc., 10 avr. 2008, n° 06-45.741 : *RJS* 2008, n° 690. La Cour de cassation rejette le pourvoi contre une décision d'une cour d'appel qui avait suspendu la mise en place d'un mécanisme d'évaluation professionnelle qui n'avait pas été soumis à l'avis du comité d'entreprise. Au soutien de son pourvoi, l'entreprise faisait valoir que les représentants du personnel avaient été consultés sur la mise en place d'une rémunération variable et qu'à cette occasion, un document intitulé « support d'évaluation de la performance » leur avait été remis. La Cour de cassation valide la position de la cour d'appel qui a estimé que ces éléments ne permettaient pas d'établir que le comité d'entreprise n'avait pas été valablement consulté sur le projet de système d'évaluation professionnelle des salariés.

675. – L'exigence probatoire impose que la mise en œuvre d'un système d'évaluation fasse l'objet d'un point spécifique à l'ordre du jour du comité. À notre sens, les représentants du personnel ne bénéficient d'une information utile que si les critères de performance arrêtés pour chaque groupe de métiers et leur mode d'évaluation⁽¹⁰³⁾ leur sont présentés. Si ces derniers évoluent de façon significative, une nouvelle consultation s'impose⁽¹⁰⁴⁾.

676. – Sanction de la consultation. Outre la suspension du système d'évaluation projeté⁽¹⁰⁵⁾, l'employeur qui se dispense de la consultation du comité s'expose à des poursuites sur le fondement du délit d'entrave. Mais la réaction des représentants du personnel à la violation de leurs prérogatives se doit d'être immédiate : même tirés d'un système non déclaré, la Cour de cassation estime que les résultats de l'évaluation demeurent opposables aux salariés⁽¹⁰⁶⁾. Certaines juridictions du fond s'opposent à cette solution et imposent la destruction des résultats des évaluations issus d'un système n'ayant pas fait l'objet d'une consultation des représentants du personnel⁽¹⁰⁷⁾.

677. – Limite à la consultation. Échappent à l'obligation d'information et de consultation du comité d'entreprise les mesures d'audit d'un service, nonobstant la prise en compte de leurs résultats dans l'évaluation du responsable du service en cause⁽¹⁰⁸⁾. Cette solution repose sur la volonté initiale de l'employeur et non sur les effets de l'opération : si l'audit n'a pas pour objet de mettre en place un moyen de contrôle du travail des salariés, mais vise à améliorer l'organisation du service, l'éviction des représentants du personnel est justifiée.

678. – La position arrêtée ne saurait convaincre : en appréciant globalement la qualité du travail fournie par le service, l'audit a pour effet d'évaluer les compétences du salarié qui en a la responsabilité⁽¹⁰⁹⁾. Or les mauvais résultats du contrôle pourront justifier le licenciement du responsable. Il nous semble alors difficile de prétendre qu'il n'a pas constitué un moyen d'évaluation de son travail. Plus que la finalité initiale de l'audit, ses conséquences, même indirectes, auraient justifié la consultation préalable du comité d'entreprise. Également source de stress, les effets

(103) L'exigence de pertinence de l'évaluation professionnelle impose que soient attribués à chaque poste de travail des critères de performances propres. La consultation du comité d'entreprise ne saurait porter sur chacune de ces spécificités, sous peine de perdre son caractère collectif. Ces spécificités ne sont cependant que les déclinaisons des orientations générales de détermination de la performance. Ce sont celles-ci qui doivent, à notre sens, faire l'objet de la consultation du comité d'entreprise.

(104) En ce sens, V. CA Paris, 28 janv. 2009 : *Dr. ouvrier* 2009, p. 325 et s. La cour d'appel relève que, même si la modification de la méthode d'évaluation est peu importante sur le plan formel, elle traduit la plus grande portée que l'employeur voulait conférer à l'entretien. Une nouvelle consultation des instances représentatives du personnel s'imposait.

(105) En ce sens, V. Cass. soc., 10 avr. 2008, n° 06-45.741 : *RJS* 2008, n° 690.

(106) Cass. soc., 11 avr. 2008, n° 06-45.811. Selon la Cour de cassation, la non-information des salariés et l'absence de consultation des instances représentatives du personnel sur une méthode d'évaluation des salariés n'interdit pas à l'employeur de se prévaloir des résultats qui en sont issus.

(107) En ce sens, V. CA Paris, 28 janv. 2009 : *Dr. ouvrier* 2009, p. 325 et s., note ss arrêt, A.M., spéc. p. 330. Constatant que le processus d'évaluation des salariés n'avait pas fait l'objet d'une consultation des représentants, le tribunal a ordonné à l'employeur, sous astreinte, de détruire tout compte rendu de ces entretiens et de n'en conserver aucune trace aux dossiers des salariés.

(108) En ce sens, V. Cass. soc., 12 juill. 2010, n° 09-66.339 : *Bull. civ.* 2010, V, n° 168 : « Si un système de contrôle et d'évaluation individuels des salariés ne peut être instauré qu'après information et consultation du comité d'entreprise, tel n'est pas le cas d'un audit mis en œuvre pour apprécier, à un moment donné, l'organisation d'un service ».

(109) C. de Gaulle : « Toujours est seul le chef en face du mauvais destin », *Mémoires de Guerre*.

de certains audits pourraient imposer l'intervention du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT).

2) L'information du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail

679. – Fondement de la consultation du CHSCT. Au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail incombe une mission de prévention. Il doit notamment contribuer « à la protection de la santé physique et mentale (...) des travailleurs⁽¹¹⁰⁾ ». Cette mission implique qu'il soit consulté lors de la mise en œuvre des processus d'évaluation des salariés⁽¹¹¹⁾.

680. – Le tribunal de grande instance de Paris a imposé la consultation de cette instance sur tout projet d'évaluation des salariés en raison de ses conséquences possibles sur leur rémunération⁽¹¹²⁾. Si la cour d'appel de Paris n'a pas retenu cet argument contestable⁽¹¹³⁾, elle a néanmoins admis la compétence du CHSCT en se fondant sur les répercussions de ces systèmes sur les conditions de travail des salariés⁽¹¹⁴⁾. À l'inverse de certains auteurs⁽¹¹⁵⁾, les juges ont précisé que les « enjeux de l'entretien d'évaluation qui sont de nature à générer une pression psychologique sur les salariés entraînent des répercussions sur leur condition de travail⁽¹¹⁶⁾ ».

681. – La position de la chambre sociale illustre le constat que si pendant « longtemps la santé du travailleur fut appréhendée en droit du travail sous le seul angle de la protection de son corps, de son intégrité physique⁽¹¹⁷⁾ », une attention particulière est désormais portée à la sauvegarde de sa santé mentale. La compétence

(110) C. trav., art. L. 4612-1 : « Le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail a pour mission : 1° De contribuer à la protection de la santé physique et mentale et de la sécurité des travailleurs de l'établissement et de ceux mis à sa disposition par une entreprise extérieure ».

(111) En ce sens, V. P. Rozec, *Le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et la prévention des risques professionnels* : JCP S 2006, 1981. M. Rozec précise que si le CHSCT « n'a longtemps occupé qu'une place secondaire parmi les instances représentatives du personnel [il] peut désormais jouer un rôle de premier plan, compte tenu de l'importance que revêtent, pour l'entreprise et ses salariés, les sujets qui relèvent de son champ de compétence ». Le développement de la sphère d'intervention du CHSCT l'amène à se prononcer sur les dispositifs d'évaluation des salariés.

(112) En ce sens, V. TGI Paris, 31 mars 2006 : *Dr. ouvrier* 2006, p. 480 et s. Selon ce jugement, le projet de mise en place d'un entretien annuel des collaborateurs était susceptible d'avoir une incidence sur la rémunération des salariés ; l'article L. 236-2, alinéa 7, du Code du travail [recodifié à l'article L. 4612-8] imposait alors la consultation du CHSCT.

(113) Sur la critique du lien entre incidence de l'évaluation sur les rémunérations des salariés et l'obligation de consulter le CHSCT, V. J.-M. Béraud, *Entretien annuel d'évaluation des salariés, consultation du CHSCT et déclaration auprès de la CNIL* : *Dr. ouvrier* 2008, p. 49 et s., spéc. p. 52. Selon M. Béraud, « il ne peut être décernement déduit [de l'article L. 4612-8 du Code du travail] que l'incidence éventuelle sur la rémunération ne saurait être retenue en tant que facteur d'obligation de consultation du CHSCT que dans le cas où celle-ci est consécutive à une modification des cadences ou des normes de productivité ». En dehors de cette hypothèse, aucun lien ne peut être établi entre l'évolution de la rémunération des salariés et la compétence du CHSCT.

(114) La cour d'appel de Paris rendait également sa décision au visa de l'article L. 236-2, alinéa 7° du Code du travail (recodifié à l'article L. 4612-8 du Code du travail).

(115) J.-B. Cottin, *Évaluation du personnel : compétence du CHSCT* : JCP S 2008, 1070. M. Cottin estime qu'il est regrettable « de se borner à supposer que l'évaluation, dont le principe est consubstantiel à l'existence du contrat de travail, serait en soi génératrice d'un stress tel que le CHSCT doive intervenir ». Nous n'adhérons pas à cette position. L'évaluation est un moment privilégié où le travail du salarié va être apprécié par son supérieur. Il nous semble légitime qu'il fasse naître des craintes chez le salarié puisque son appréciation sur ses capacités et ses compétences va être confrontée à un regard extérieur. Cette solution se justifie d'autant plus que la portée octroyée aux entretiens d'évaluation tend à s'accroître.

(116) En ce sens, V. CA Paris, 3 nov. 2006, n° 06-6935 : *RJS* 2007, n° 3 ; *Dr. ouvrier* 2007, p. 339 et s.

(117) P. Adam, *Risques psychosociaux et consultation du CHSCT : aujourd'hui l'entretien annuel d'évaluation ; et demain ?* : *RDT* 2008, p. 180 et s.

du CHSCT en matière d'évaluation est consacrée en raison de son rôle en matière de protection du psychisme des salariés⁽¹¹⁸⁾. L'entretien portant sur les compétences du salarié « étant par nature source de stress⁽¹¹⁹⁾ », le contrôle exercé par le CHSCT semble s'imposer⁽¹²⁰⁾. Néanmoins, s'il ressort des éléments de fait que l'évaluation projetée n'est pas de nature à créer une telle tension, la Cour de cassation reconnaît aux juges du fond la faculté d'écarter la compétence de cette instance⁽¹²¹⁾.

682. – Modalité de la consultation. La consultation du CHSCT éclaire l'avis rendu par le comité d'entreprise⁽¹²²⁾ et doit le précéder⁽¹²³⁾. L'employeur qui ne respecte pas cette chronologie s'expose à la paralysie du processus de consultation des autres instances de représentation du personnel⁽¹²⁴⁾. S'il ignore les prérogatives de cette instance spécialisée, pèse sur lui la menace d'une condamnation sur le fondement du délit d'entrave⁽¹²⁵⁾.

683. – Au CHSCT, le recours à un expert est notamment offert lorsqu'est constaté dans l'entreprise un risque grave⁽¹²⁶⁾. Certaines cours d'appel ont relevé que ces conditions étaient satisfaites dans l'hypothèse d'un projet d'évaluation professionnelle des salariés⁽¹²⁷⁾. Ces solutions méritent d'être approuvées. Dans l'hypothèse où les critères d'évaluation professionnelle arrêtés sont susceptibles de causer un stress

(118) En ce sens, V. Cass. soc., 28 nov. 2007, n° 06-21.964 : *Bull. civ.* 2007, V, n° 207. La Cour de cassation estime « que le projet d'évaluation professionnelle de l'employeur devait être soumis à la consultation du CHSCT chargé, par application de l'alinéa 1 de l'article L. 236-2 du Code du travail [recodifié à l'article L. 4612-8 du Code du travail], de contribuer à la protection de la santé des salariés ».

(119) En ce sens, V. CA Paris, 28 janv. 2009 : *Dr. ouvrier* 2009, p. 325 et s.

(120) En ce sens, V. A. Lyon-Caen, *L'évaluation des salariés* : D. 2009, p. 1124. Le professeur Lyon-Caen estime que « la vigilance est de mise en raison [des menaces que font peser les systèmes d'évaluation professionnelles] sur la santé mentale et la vie privée des salariés ».

(121) Rapp. C. cass. 2007, *La santé dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, 4^e partie, spéc. p. 342 : « Il convient cependant de ne pas conclure que tout projet d'évaluation doit, en soi, donner lieu à une consultation préalable du CHSCT. Pour que cette obligation soit requise, il faut que le projet par son objet et ses conséquences entre dans les prévisions de l'article L. 236-2 du Code du travail [recodifié aux articles L. 4612-1 et suivants]. Les constatations des juges du fond sont ici déterminantes ».

(122) C. trav., art. L. 2323-27 : « Le comité d'entreprise est informé et consulté sur les problèmes généraux intéressant les conditions de travail (...) Il bénéficie du concours du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail dans les matières relevant de sa compétence. Les avis de ce comité lui sont transmis ». En ce sens, V. CA Paris, 3 nov. 2006, n° 06-6935 : *RJS* 2007, n° 3 ; *Dr. ouvrier* 2007, p. 339 et s. « Le projet de mise en place d'entretien individuel exige la consultation préalable du CHSCT à la saisine du comité d'entreprise ».

(123) En ce sens, V. P.-Y. Verkindt, *La montée en puissance du CHSCT : Semaine sociale Lamy* 2007, n° 1332, p. 10 et s., spéc. p. 11 : « Il faut conseiller [à l'employeur] de consulter d'abord le CHSCT puis le comité d'entreprise, dont la mission est plus large, le mieux étant sans doute d'informer le comité de la saisine du CHSCT ».

(124) En ce sens, V. P. Rozec, *Aperçus pratiques sur l'organisation et l'action du CHSCT* : *JCP S* 2007, 1442. Selon M. Rozec, « le défaut de consultation du CHSCT peut entraîner la paralysie du projet envisagée dans la mesure où cette instance de représentation du personnel (...) peut décider de saisir le président du tribunal de grande instance, statuant en référé, afin que soit suspendu le projet en cours dans l'attente de son information et de sa consultation. Un tel incident peut fortement pénaliser le processus de prise de décision en le retardant et en bloquant également l'information et la consultation des autres instances de représentation du personnel ».

(125) C. trav., art. L. 4742-1.

(126) C. trav., art. L. 4614-12, al. 1.

(127) En ce sens, V. notamment CA Paris, 30 oct. 2002 : *Dr. ouvrier* 2003, p. 332. Les juges ont estimé que le recours à un expert par le CHSCT se justifiait lors de la mise en œuvre d'un projet d'individualisation des rémunérations des salariés qui « met l'accent sur leur performance individuelle et est de nature à influencer sur le comportement des intéressés, sur leurs conditions d'hygiène, de sécurité ou de travail ». V. également CA Versailles, 8 nov. 2006, n° 06/03558 : *Semaine sociale Lamy* 2006, n° 1288, spéc. p. 13. Le recours à l'expert par un CHSCT a été reconnu justifié devant un projet de modification des critères d'évaluation « eu égard notamment à l'absence de lisibilité pour l'avenir de l'introduction de nouveaux critères d'appréciation des salariés ». Les juges relevaient également que l'objectivité des critères arrêtés n'était pas avérée.

important aux salariés les plus fragiles ou de déborder de la sphère professionnelle en s'intéressant à la personne même du travailleur, un risque grave nous semble établi⁽¹²⁸⁾ ; le recours à un expert se justifie⁽¹²⁹⁾.

684. – Sources de stress pour les salariés⁽¹³⁰⁾, les évaluations individuelles ont parfois des conséquences néfastes pour l'entreprise. Leur connaissance est le préalable à la lutte contre d'éventuelles dérives.

§ 2. – Les risques de dérives de l'évaluation

685. – Si l'évaluation présente pour l'entreprise des intérêts indéniables, elle n'en demeure pas moins une pratique à risque. Aux dérives de l'évaluation, l'employeur doit être sensibilisé. Comme l'illustre la compétence du CHSCT, les méthodes déployées sont souvent facteurs de stress (A). En exacerbant le rôle de l'individu, elle ouvre la voie à la dislocation des liens de solidarité indispensables au travail salarié (B).

A. – L'évaluation individuelle, facteur de stress

686. – **Intérêts divergents.** L'évaluation constitue un point d'achoppement entre le principe d'égalité de traitement et la protection de la santé mentale des travailleurs⁽¹³¹⁾. Nécessaire pour satisfaire aux exigences du premier, elle est une importante source de stress contraire aux intérêts de la seconde. L'évaluation organisée engendre une tension lors de la réalisation de l'entretien mais également par les objectifs qu'elle assigne au salarié (1°). Cette conséquence est exacerbée lorsque les critères d'appréciation du travail fourni ne correspondent pas aux exigences réelles de l'emploi occupé (2°). L'employeur ne saurait négliger ce risque : il lui appartient de prendre en compte les situations de souffrance au travail et de mettre en œuvre des actions de prévention⁽¹³²⁾.

1° Les objectifs

687. – **Définition du stress.** Selon les partenaires sociaux, « un état de stress survient lorsqu'il y a déséquilibre entre la perception qu'une personne a des contraintes que lui impose son environnement et la perception qu'elle a de ses propres ressources pour y faire face⁽¹³³⁾ ». En assignant des objectifs au salarié, l'évaluation lui

(128) En ce sens, V. J.-B. Cottin, *Évaluation du personnel : compétence du CHSCT* : JCP S 2008, 1070. M. Cottin estime que si le stress lié à l'évaluation était établi, le recours à un expert par le CHSCT serait justifié non pas en raison d'un projet important, mais par l'existence d'un risque grave.

(129) En ce sens, V. également L. Lerouge, *Le rôle primordial du CHSCT en matière de prévention des risques professionnels* : RDT 2008, p. 111 et s., spéc. p. 112. L'auteur estime qu'en fondant sa décision du 28 novembre 2007 sur l'incidence du système d'évaluation sur le comportement des salariés mais également sur ses enjeux, de nature à générer une pression psychologique entraînant des répercussions sur les conditions de travail, « la Cour de cassation rend envisageable le recours par le CHSCT à l'expertise ». Dans le même sens, V. P.-Y. Verkindt, *La montée en puissance du CHSCT : Semaine sociale Lamy* 2007, n° 1332, p. 10 et s., spéc. p. 11.

(130) En ce sens, V. Rapp. Sénat n° 642, 7 juill. 2010, sur le mal-être au travail, spéc. p. 29. Les auteurs du rapport établissent un lien de causalité entre évaluation individualisée du salarié et stress au travail.

(131) Sur cet aspect de la santé au travail, V. E. Ravier, *Enjeux et mutations en matière de santé au travail* : JCP S 2010, 1319.

(132) F. Pelletier et I. Sauvegrain, *Le stress au travail : comment négocier un accord d'entreprise ?* : JCP S 2008, 1611 : « Il appartient aux entreprises de se lancer dans une action de prévention du stress et de gestion des situations de souffrance au travail ».

(133) ANI 2 juill. 2008 sur le stress au travail, art. 3.

révèle les exigences de son environnement professionnel. Elle engendrera un sentiment de stress si le collaborateur estime que les moyens en sa possession ne lui permettent pas de répondre à ces contraintes⁽¹³⁴⁾. Cette impasse tend même à devenir inéluctable. Selon un rapport remis au Sénat en juillet 2010, la pression économique pesant sur l'entreprise la conduit à fixer aux salariés des objectifs de plus en plus élevés qui deviennent inatteignables⁽¹³⁵⁾. Le rôle dévolu au travail humain consistant à transformer le plus fidèlement possible le travail prescrit en réalisation concrète s'avère voué à l'échec.

688. – Si l'évaluation des salariés n'est pas à l'origine de cette situation, elle en est le révélateur et parfois le catalyseur. Un paradoxe émerge alors : destinée à valoriser la performance individuelle de chaque collaborateur et à l'inciter à s'investir davantage dans l'entreprise, l'évaluation se révèle parfois être une source de stress néfaste à sa motivation et à sa productivité⁽¹³⁶⁾.

689. – **Imputation des résultats.** La mesure de la performance individuelle des salariés conduit parfois à les considérer comme des travailleurs indépendants au sein de l'entreprise. Pour atteindre les objectifs qui leur sont assignés, les salariés sont supposés être libre de mettre en œuvre les moyens qu'ils estiment appropriés⁽¹³⁷⁾. Pourtant, la liberté proclamée n'est qu'illusion ; le salarié n'a pas le contrôle de tous les facteurs participant à la réalisation des résultats sur lesquels il sera évalué⁽¹³⁸⁾. Cette situation est une source de stress. L'autonomie nécessaire à la « responsabilisation » et, pour partie, à l'évaluation, se concilie difficilement avec la notion de salariat. D'aucuns estiment alors que la fixation d'objectifs transfère sur le collaborateur une partie du risque d'entreprise⁽¹³⁹⁾ puisque les résultats de l'entité ne sont « pas la conséquence de l'action d'une personne identifiable mais d'un groupe⁽¹⁴⁰⁾ ».

(134) À l'inverse « pouvoir donner son avis et exprimer ses attentes sur l'organisation de son travail peut contribuer à préserver, voire favoriser la santé » (en ce sens, V. T. Coutrot et C. Mermilliod, *Les risques psychosociaux au travail : les indicateurs disponibles*, Dares Analyses, déc. 2010, n° 81).

(135) En ce sens, V. Rapp. Sénat n° 642, 7 juill. 2010, sur le mal-être au travail, spéc. p. 22 : « La recherche de la performance conduit à fixer aux salariés des objectifs de plus en plus élevés, qui finissent pas devenir inatteignables, ce qui place systématiquement les salariés en position d'échec ». En ce sens, V. également E. Léon, *Entretien : Semaine sociale Lamy* 2010, n° 1471, p. 12 et s., spéc. p. 13 : « Un objectif trop facilement atteint ne motive plus mais un objectif totalement inatteignable ne motive pas davantage. L'objectif fixé doit être suffisamment engageant pour se mettre en mouvement en pensant pouvoir l'atteindre ».

(136) Le stress au travail a notamment pour conséquence reconnue une augmentation de l'absentéisme, une démotivation des salariés, une perte de compétitivité de l'entreprise et une dégradation de la productivité. En ce sens, V. www.inrs.fr.

(137) M.-C. Escande-Varniol, J.-F. Paulin, *La performance du salarié confronté au droit du travail : Travail et emploi* avr. 2004, n° 98, p. 95 et s., spéc. p. 97 : « La gestion des cadres passe par la prescription des résultats plutôt que des moyens. (...) L'autonomie prônée se traduit par l'absence de directive dans le travail. (...) Les salariés doivent trouver leur travail, l'ajuster aux circonstances particulières qui sont celles de l'entreprise ; les objectifs généraux sont fixés mais il leur revient de les décliner ».

(138) Ainsi, un responsable de magasin peut se voir assigner des objectifs en termes de chiffres d'affaires alors qu'il n'a pas la maîtrise des produits qui y sont vendus.

(139) En ce sens, V. A. Lyon-Caen, *Actualité du droit du travail, bref propos* : Dr. soc. 1988, p. 540 et s., spéc. p. 542 : « La fixation par contrat des objectifs ouvre la possibilité [à l'employeur] de faire reproche au salarié des écarts entre résultats et ambitions contractuelles et le transfert de risque de l'entreprise devient plus manifeste encore lorsque le contrat habilite l'employeur à fixer et à modifier les objectifs ». Cette remarque peut *a fortiori* être étendue aux hypothèses où les objectifs sont imposés par l'employeur.

(140) M.-C. Escande-Varniol et J.-F. Paulin, *La performance du salarié confronté au droit du travail : Travail et emploi* avr. 2004, n° 98, p. 95 et s., spéc. p. 103.

2° Les critères

690. – Attentes antinomiques. Clés de vôûte de l'évaluation de salariés, les critères d'appréciation de leur travail se révèlent également propices à l'apparition de frustrations et à l'émergence du stress. Les attentes de l'employeur sont parfois en contradiction avec les exigences du métier exercé⁽¹⁴¹⁾. Le salarié se trouve alors au centre d'un conflit de valeurs⁽¹⁴²⁾ entraînant une perte de repères néfaste à sa santé mentale. Par ailleurs, un état de stress résulte parfois de la confrontation de critères d'évaluation incompatibles entre eux⁽¹⁴³⁾ ; le salarié sera alors contraint d'en faire prévaloir certains, ce qui pourra *a posteriori* lui être reproché⁽¹⁴⁴⁾.

691. – De cette impasse, l'employeur s'extrait en arrêtant des critères d'évaluation issus du monde du travail⁽¹⁴⁵⁾. Cette précaution impose que le responsable chargé de l'évaluation s'intéresse aux exigences du poste du salarié évalué⁽¹⁴⁶⁾ et développe de l'empathie à l'égard de ses collaborateurs⁽¹⁴⁷⁾. Mais, si ce sentiment est nécessaire pour lutter contre les effets dénoncés, il s'oppose à la mise en œuvre d'une évaluation objective.

692. – Un équilibre est à rechercher entre la « responsabilisation » du salarié, résultant de son évaluation, et la préservation de sa santé mentale. Il passe, à notre sens, par une revalorisation du rôle de la collectivité de travail.

B. – L'évaluation individuelle, facteur de dislocation

693. – L'évaluation individuelle exacerbe les responsabilités individuelles au sein de l'entreprise. Les mécanismes de protection collective ont moins d'effet sur le salarié surexposé (1°). De surcroît, le comportement de l'individu en quête de valorisation a parfois des répercussions néfastes pour l'intérêt du collectif (2°).

(141) En ce sens, V. Rapp. Sénat n° 642, 7 juill. 2010, sur le mal-être au travail, spéc. p. 32. Il résulte de ces travaux que les salariés adhèrent moins que par le passé aux objectifs de leur entreprise qui sont désormais financiers et à court terme. Les projets concrets et à long terme sont davantage sources de motivation pour les collaborateurs.

(142) T. Coutrot et C. Mermilliod, *Les risques psychosociaux au travail : les indicateurs disponibles*, Dares Analyses, déc. 2010, n° 81 : « Les conflits de valeurs renvoient à l'état de mal-être ressenti par le travailleur lorsque ce qu'il lui est demandé vient en opposition avec ses normes professionnelles, sociales ou subjectives, compte tenu de la nature du travail à réaliser ou encore du temps ou des moyens dont il dispose ».

(143) En ce sens, V. Rapp. Sénat n° 642, 7 juill. 2010, sur le mal-être au travail, spéc. p. 22.

(144) L'employeur pourra reprocher au salarié ses choix alors même qu'il lui avait laissé une certaine liberté.

(145) N. Sandret, *Le potentiel destructeur de l'évaluation individualisée des performances : RDT 2008*, p. 501 et s. : « Souvent, les hiérarchiques ne sont pas des gens du métier et ne connaissent pas le travail réel. Les critères d'évaluation sont devenus des critères quantitatifs, ne prenant en compte ni la réalité du travail, ni les moyens mis à disposition. Des critères servant à définir des objectifs qu'il est difficile de discuter en tant qu'évalué, car ils viennent de la direction générale ».

(146) En ce sens, V. Rapp. Sénat n° 642, 7 juill. 2010, sur le mal-être au travail, spéc. p. 32 : « Les dirigeants fixent des objectifs, exigent des comptes rendus d'activité fréquents mais connaissent mal la réalité des métiers exercés par leurs salariés ».

(147) P. Gallois et A. Reymann, *Manager presque sans stress : Cah. DRH oct. 2010*, n° 169, p. 10 et s., spéc. p. 16. Ces auteurs énoncent que l'empathie du manager permet de lutter contre le stress des salariés. Selon eux, elle « exige un grand travail d'écoute (...) et permet de mesurer à quel point [le salarié] peut vivre la situation de façon négative au plan psychologique ». En ce sens, V. également P. Lubet et M. d'Allende, *L'évaluation des salariés : JCP S 2011*, 1240 : « Il est important que le salarié soit évalué par quelqu'un qui le connaisse personnellement et assure un suivi périodique de son activité ».

1° L'isolement du salarié

694. – L'individualisation des rapports de travail, dont l'évaluation est une manifestation, entraîne l'isolement du salarié. Cette situation accentue le stress : la capacité de résistance aux pressions extérieures d'un individu esseulé est plus faible que celle d'un individu qui bénéficie du soutien d'un collectif⁽¹⁴⁸⁾. La légitimité de l'intervention du CHSCT lors de la mise en œuvre des mécanismes d'évaluation en est renforcée⁽¹⁴⁹⁾.

695. – L'évaluation individualisée instaure également une compétition entre salariés. Plus que collègues, ils sont concurrents, voire adversaires. Cette démarche contribue à l'instauration de rapports fournisseur/client au sein même de l'entreprise, ce qui exacerbe les conflits. Les objectifs fixés aux uns sont parfois en opposition avec ceux fixés aux autres. Les liens de solidarité sont plus difficiles à créer et un problème qui aurait pu être facilement résolu grâce au concours d'un collègue peut devenir inextricable pour un travailleur isolé. La rivalité instaurée engendre également une dégradation de l'ambiance de travail, peu propice au travail serein. L'intérêt de la collectivité en est affecté.

2° La contestation de la collectivité

696. – **Incitation à l'individualisme.** Le chef d'entreprise n'a d'intérêt que pour la performance collective de ses salariés⁽¹⁵⁰⁾. Mais l'évaluation individuelle qu'il organise s'avère parfois contraire à cet objectif. Elle incite le salarié à conserver par-devers lui les techniques qu'il a développées et qui en font, aux yeux de son responsable, un collaborateur performant. Dans la compétition implicite organisée avec ses collègues, le salarié modèle aurait tout à perdre à divulguer et partager ses atouts. Cependant, la compétence n'est pas innée. Celui qui est aujourd'hui performant a antérieurement bénéficié des techniques développées par ses prédécesseurs. D'ailleurs, la plus-value apportée par l'entreprise réside principalement dans le savoir-faire qu'elle a développé en interne. Sa diffusion est une nécessité à laquelle l'évaluation individuelle peut s'opposer. Conscientes de cette dérive, des entreprises développent les exigences de loyauté envers l'équipe et incitent aux transferts des savoirs et à la capitalisation des connaissances⁽¹⁵¹⁾. Le salarié se trouve alors de nouveau soumis à des tensions contradictoires : altruisme et individualisme sont deux qualités antinomiques.

697. – **Équilibre.** Il est acquis que la concurrence accrue fait de l'activité économique une compétition. Pèse sur l'entreprise qui veut conserver son rang et *a fortiori* se développer, des exigences de productivité, de performance et d'innovation. Mais l'employeur ne doit pas se tromper de champ de bataille. La guerre qui fait

(148) En ce sens, V. Rapp. Sénat n° 642, 7 juill. 2010, sur le mal-être au travail, spéc. p. 30.

(149) L. Lerouge, *Le rôle primordial du CHSCT en matière de prévention des risques professionnels* : RDT 2008, p. 111 et s., spéc. p. 112 : « En exigeant de soumettre au CHST le projet d'évaluation des salariés en plus de la consultation du comité d'entreprise [l'arrêt de la chambre sociale du 28 novembre 2007, n° 06-21694] semble marquer un tournant dans la prise en compte de la santé mentale des travailleurs au sein des conditions de travail, mais aussi dans la protection de la santé au travail par les relations collectives ».

(150) En ce sens, V. E. Léon, *Entretien : Semaine sociale Lamy* 2010, n° 1471, p. 12 et s. : « L'évaluation des performances concerne avant tout l'individu. Or, ce qui intéresse l'entreprise, ce n'est pas la performance individuelle mais la performance collective ».

(151) En ce sens, V. E. Léon, *Entretien : Semaine sociale Lamy* 2010, n° 1471, p. 12 et s., spéc. p. 13. Selon le professeur Léon, un paradoxe existe à rémunérer individuellement les salariés dans le cadre d'une performance relative et donc d'une compétition implicite entre eux, tout en exigeant un transfert des savoirs et une capitalisation des connaissances.

rage en dehors de son entreprise ne doit pas le conduire à créer des tensions en son sein. Elles font perdre une précieuse énergie et détournent du réel objectif : l'intérêt de la collectivité.

698. – Le chef d'entreprise doit œuvrer au développement d'une synergie collective⁽¹⁵²⁾. Son rôle ne consiste pas à faire se côtoyer des entrepreneurs indépendants mais à faire travailler ensemble des salariés. À la réussite globale, les performances individuelles concourent assurément⁽¹⁵³⁾ ; elles appellent donc une valorisation. Mais l'importance du collectif ne saurait être passée sous silence. Les mécanismes de récompense individuelle associés aux évaluations devraient tendre à un équilibre⁽¹⁵⁴⁾ : assurer une émulation vertueuse tout en se préservant des travers d'une compétition interne néfaste.

SECTION 2

LA MISE EN ŒUVRE DE L'ÉVALUATION INDIVIDUELLE

699. – À l'évaluation individuelle, chaque temps de la relation contractuelle assigne un objectif spécifique. Les résultats de celle du candidat à l'embauche conditionnent son accès à l'entreprise (§ 1). Au temps de l'exécution du contrat, l'évaluation influe sur l'évolution professionnelle du salarié (§ 2).

§ 1. – L'évaluation à la naissance du contrat

700. – **Concours et liberté d'entreprendre.** La fonction publique est moins exposée aux discriminations au stade de l'embauche que les entreprises privées : « le principe du recrutement par concours met en principe à l'abri les candidats contre de telles pratiques⁽¹⁵⁵⁾ ». Est-il concevable d'étendre cette méthode de recrutement aux employeurs de droit privé ? L'article VI de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen⁽¹⁵⁶⁾ qui fonde cette obligation en droit public n'est pas applicable à un entrepreneur privé. Le Conseil constitutionnel lui reconnaît la liberté de choix de

(152) W. Churchill : « On considère le chef d'entreprise comme un homme à abattre, ou une vache à traire. Peu voient en lui le cheval qui tire le char ».

(153) En ce sens, V. F. Bousez et M. Moreau, *Performance et relations individuelles de travail* : JCP E 1997, 654. « Le travail du salarié fonde l'entreprise (...) Ce sont les hommes qui assurent la pérennité de l'organisation en lui cédant le fruit de leur travail. Qu'ils cessent de travailler et l'entreprise décline. Au contraire, qu'ils redoublent d'effort et l'entreprise croît ».

(154) Dans une époque de valorisation de la logique individuelle, la suppression totale de l'évaluation de la performance de chaque salarié au profit d'une appréciation plus collective des résultats serait mal perçue par les intéressés (en ce sens E. Léon, *Entretien : Semaine sociale Lamy* 2010, n° 1471, p. 12 et s., spéc. p. 13). Il s'agit donc de trouver un équilibre entre la valorisation individuelle et le rôle accordé au collectif de travail.

(155) D. Jean-Pierre, *Un jury de concours ne peut interroger un candidat sur ses convictions religieuses ainsi que sur celles de son épouse* : JCP A 2008, 2108. L'objectivité du recrutement n'est cependant pas absolue. Dès lors que le candidat est soumis à un entretien avec des évaluateurs, le risque de discrimination réapparaît. En ce sens, V. CE, 10 avr. 2009, n° 311888, publié au *Recueil Lebon*.

(156) DDHC, art. VI : « Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents ».

ses salariés⁽¹⁵⁷⁾. L'autonomie contractuelle l'autorise, en principe, à arrêter sa décision sur d'autres éléments que la compétence du candidat ; mais la lutte contre les discriminations réduit la sphère de son pouvoir discrétionnaire. L'objectivité attendue du recrutement de l'entreprise privée s'aligne progressivement sur celle espérée de la personne publique. L'identité de fin justifiant une identité de moyens, certaines sociétés organisent des opérations de recrutement par le biais de concours. Attirantes, ces opérations n'excluent cependant pas le risque de discrimination. Puisqu'il n'est pas concevable qu'une entreprise recrute un salarié uniquement sur les résultats d'un examen⁽¹⁵⁸⁾, une entrevue s'impose et le risque de distinction illicite réapparaît. Le coût que comporte l'organisation d'un concours, la lenteur et l'efficacité relative du dispositif s'opposent, à notre sens, à sa généralisation pour les entreprises privées.

701. – Le chef d'entreprise ne peut évaluer les compétences du candidat que de manière abstraite, au travers de ses diplômes ou de son expérience professionnelle (A), ou de manière concrète à l'occasion d'un test professionnel ou d'une période d'essai (B).

A. – L'évaluation abstraite

702. – L'évaluation abstraite des compétences d'un candidat à l'embauche a pour principal support l'étude de son curriculum vitae (1°) ; elle a pour objet son parcours professionnel (2°).

1° Le support de l'évaluation

703. – **Préalable.** L'examen du curriculum vitae constitue la première étape de l'évaluation des compétences du candidat. S'il est une source de renseignements pertinents permettant d'apprécier les aptitudes du postulant, il mentionne également des informations personnelles sans lien avec cet objectif. Ces dernières peuvent constituer des obstacles dirimants à la poursuite du parcours de recrutement. En restreignant l'accès des entreprises aux seules caractéristiques du candidat en lien avec l'emploi proposé, certains espèrent éradiquer les discriminations à l'embauche.

704. – **Mise en œuvre hésitante.** Prématurée garantir l'objectivité de la procédure de recrutement, « la pratique du curriculum vitae anonyme peut constituer, dans certains cas, un outil de lutte contre les discriminations et pour l'égalité de traitement des candidats dans les procédures de recrutement⁽¹⁵⁹⁾ ». Doivent être supprimées dudit document toutes les informations qui ne sont pas nécessaires à l'appréciation des capacités à occuper l'emploi proposé⁽¹⁶⁰⁾, comme « le nom, le prénom,

(157) Cons. const., déc. 20 juill. 1988, n° 88-244 DC : « La liberté d'entreprendre de l'employeur qui, responsable de l'entreprise, doit pouvoir, en conséquence, choisir ses collaborateurs ».

(158) Les concours administratifs comprennent généralement une phase d'entrevue.

(159) AN, question écrite n° 31286, Rép. min. Travail, Relations sociales, Famille et Solidarité : JOAN Q 24 nov. 2009.

(160) C. trav., art. L. 1221-6 : « Les informations demandées, sous quelque forme que ce soit, au candidat à un emploi ne peuvent avoir comme finalité que d'apprécier sa capacité à occuper l'emploi proposé ou ses aptitudes professionnelles. Ces informations doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou avec l'évaluation des aptitudes professionnelles ».

l'adresse, y compris électronique, le sexe, l'âge ou la date de naissance, le lieu de naissance, la nationalité, la situation de famille et la photo⁽¹⁶¹⁾ ».

705. – Les vertus supposées de cette méthode de recrutement ont conduit le législateur, en 2006⁽¹⁶²⁾, à la rendre obligatoire dans les entreprises d'au moins cinquante salariés⁽¹⁶³⁾. Pourtant, malgré les souhaits des partenaires sociaux⁽¹⁶⁴⁾ et de la majorité de la population⁽¹⁶⁵⁾, l'absence de décret d'application s'oppose à la généralisation de cette mesure. Avant d'arrêter ce texte, le gouvernement a souhaité expérimenter cette disposition dans certaines régions afin d'en apprécier l'opportunité⁽¹⁶⁶⁾. Si le bon sens conduisait à tester l'efficacité de la mesure avant de la rendre obligatoire, l'effet d'annonce recherché et des considérations politiques en ont décidé autrement.

706. – Bien que séduisante au premier abord, la mesure fait peser sur les entreprises d'importantes contraintes⁽¹⁶⁷⁾. Elle impose le recours à des prestataires extérieurs pour rendre anonymes les « CV » transmis par les candidats⁽¹⁶⁸⁾. En outre, malgré les efforts déployés, l'efficacité de la mesure n'est pas assurée.

707. – **Effets incertains.** L'analyse des expériences conduites dans divers pays européens n'incite pas à l'optimisme quant aux effets positifs du recours obligatoire au « CV anonyme⁽¹⁶⁹⁾ ». Si cette mesure a suscité des réflexions dans différents États de l'Union, les tests pratiqués n'ont pas été suffisamment concluants pour la généraliser. Seule la Belgique l'a rendu obligatoire mais dans le cadre restreint du recrutement contractuel de l'administration fédérale⁽¹⁷⁰⁾.

708. – Le recours à cette technique permettrait à certains candidats d'obtenir des entretiens auxquels l'accès leur aurait été refusé, mais « elle n'apporte pas une

(161) AN, question écrite n° 20631, Rép. Secr. d'Ét. à l'emploi : JOAN Q 8 avr. 2008.

(162) L. n° 2006-396, 31 mars 2006, pour l'égalité des chances, art. 24.

(163) C. trav., art. L. 1221-7 : « Dans les entreprises de cinquante salariés et plus, les informations mentionnées à l'article L. 1221-9 et communiquées par écrit par le candidat à un emploi ne peuvent être examinées que dans des conditions préservant son anonymat. Les modalités d'application du présent article sont déterminées par décret en Conseil d'État ».

(164) ANI 12 oct. 2006 relatif à la diversité dans l'entreprise, art. 6.

(165) En décembre 2010, 68 % des travailleurs se déclaraient favorable à la mise en place du CV anonyme (en ce sens, V. le sondage CSA, *Discrimination : les travailleurs favorables aux sanctions* : JCP S 2011, act. 90).

(166) Rendue obligatoire par le législateur par la loi du 31 mars 2006, l'expérimentation du CV anonyme a été officiellement lancée le 3 novembre 2009. En ce sens, V. *L'expérimentation du CV anonyme est lancée : Liaisons sociales quot.* 2009, n° 1578.

(167) L'effort exigé a conduit le législateur à réserver cette obligation aux entreprises de plus de cinquante salariés. La justification à ce seuil ne saurait résider « sur la nécessité dans les petites entreprises de préserver le caractère subjectif des rapports humains » (sur cette position contestable, V. C. Charbonneau, *Égalité des chances, le destin perturbé : Cah. soc. barreau Paris* 1^{er} juin 2006, n° 181, p. 253 et s., spéc. p. 255). La taille de l'entreprise ne justifie pas les discriminations qui y sont pratiquées.

(168) Pôle emploi dispose d'une « banque de profil » permettant la mise en relation d'offres d'emploi et des profils des candidats anonymes. Des prestataires peuvent également assurer « l'interface » entre le postulant dont la candidature a été rendue anonyme et l'entreprise qui est intéressée par son profil. Ces services sont souvent gratuits pour les demandeurs d'emploi mais payants pour les entreprises.

(169) Il pourrait même être soutenu que la simple analyse des résultats obtenus dans d'autres pays européens aurait permis de se dispenser des expérimentations lancées en France.

(170) En ce sens, V. *Le curriculum vitae anonyme*, Les documents de travail du Sénat, série législation comparée, déc. 2009, spéc. p. 6. De cette étude, il résulte que « l'analyse comparative montre que le CV anonyme suscite des réflexions dans plusieurs pays européens, mais que l'obligation d'y recourir n'a pas été retenue sauf en Belgique pour le recrutement contractuel de l'administration fédérale (...) Aux Pays-Bas, en Suède et en Suisse, des expériences de CV anonymes ont été réalisées localement, mais leurs résultats n'ont pas été jugés suffisamment concluants (...) En Allemagne et en Espagne, la question ne fait pas l'objet d'une attention particulière ».

garantie pour une reprise d'emploi⁽¹⁷¹⁾ ». Le candidat sélectionné par le biais de son « CV anonyme » devra toujours passer un entretien à l'issue duquel il pourra être victime d'une exclusion illicite. La mesure envisagée ne permet que de repousser le stade de la réalisation de la discrimination et non de l'exclure.

709. – En outre, l'aménagement proposé s'opposerait à la divulgation d'informations parfois pertinentes pour l'analyse d'une candidature. Les mentions d'une expérience professionnelle ancienne, qui donnerait des indications sur l'âge du postulant, ou de la pratique d'une langue étrangère particulière, qui fournirait aux recruteurs des indices sur l'origine du postulant, pourraient être bannies des « CV » rendus anonymes⁽¹⁷²⁾.

710. – **Disparition *in utero*.** Les obstacles à sa mise en œuvre et les bénéfices restreints qu'elle engendrerait limitent l'intérêt de cette mesure. Les résultats de l'étude d'impact de la mesure conduisent à espérer que le « CV anonyme » sera *de facto* oublié avant même d'avoir existé *de jure*⁽¹⁷³⁾.

2° L'objet de l'évaluation

711. – **Travail préparatoire.** La recherche de l'objectivité lors de la phase de sélection des candidats exige de l'employeur un important travail préparatoire. Du poste à pourvoir, il doit déterminer les principales exigences et les qualités requises du futur titulaire⁽¹⁷⁴⁾. Ces dernières devront être recherchées chez le postulant et justifieront l'exclusion des autres candidatures. L'employeur pourra présumer qu'elles sont satisfaites en raison des formations suivies par le candidat (a) ou de ses expériences professionnelles précédentes (b)⁽¹⁷⁵⁾.

a) Les formations suivies

712. – **Appréciation des compétences par les diplômes.** Reconnaissance officielle des compétences théoriques ou pratiques d'un candidat, la détention d'un titre spécifique est souvent une condition requise pour l'accession à un emploi. Ce critère présente l'apparence de l'objectivité : délivré par un tiers compétent et indépendant des caractéristiques personnelles de son titulaire, il consacre ses aptitudes. La Cour de cassation admet d'ailleurs que la possession d'un diplôme spécifique attestant de connaissances particulières utiles à l'exercice de la fonction occupée justifie une différence de traitement⁽¹⁷⁶⁾. De même, lorsqu'une disposition convention-

(171) AN, question écrite n° 31286, Rép. min. Travail, Relations sociales, Famille et Solidarité : JOAN Q 24 nov. 2009.

(172) En ce sens, V. C. Artus-Jégou et Y. Beatrix, *La lutte contre les discriminations* : JCP S 2007, 1776.

(173) Le rapport sur l'évaluation de l'impact du CV anonyme, menée par le centre de recherche en études et en statistiques, en collaboration avec Pôle emploi, conclut que la généralisation de la mesure ne se justifie pas (en ce sens, V. *Étude d'impact du CV anonyme : un bilan mitigé* : JCP S 2011, act. 161).

(174) Sur l'importance de la détermination *a priori* des compétences exigées des candidats, V. K. Berthou, *La preuve des discriminations en raison de l'origine. Réflexions à partir de l'arrêt de la cour d'appel de Toulouse du 19 février 2010* : RDT 2010, p. 635 et s.

(175) La notion d'expérience professionnelle est plus large que celle d'ancienneté, qui se réfère à l'activité exercée chez un unique employeur. L'expérience professionnelle couvre « l'ancienneté sur le marché du travail (...) ce qui permet d'intégrer les changements de secteur et d'entreprise » (en ce sens B. Reynès, *L'ancienneté en droit du travail : quelles perspectives ?* : RDT 2007, p. 702 et s. spéc. p. 704).

(176) Cass. soc., 16 déc. 2008, n° 07-42.107 : *Bull. civ.* 2008, V, n° 250 : « [Au regard du principe à travail égal, salaire égal], la seule différence de diplômes, alors qu'ils sont d'un niveau équivalent, ne permet pas de fonder une différence de rémunération entre des salariés qui exercent les mêmes fonctions, sauf s'il est démontré par des justifications, dont il ap-

nelle exige la possession d'un titre pour l'exercice d'une profession, la jurisprudence valide la différence de traitement qui en résulte⁽¹⁷⁷⁾. Par exception à la solution générale dégagée le 9 juillet 2009⁽¹⁷⁸⁾, les juges n'ont pas à contrôler que le titre requis par la norme négociée atteste de connaissances particulières utiles à l'exercice de la fonction occupée⁽¹⁷⁹⁾ ; la distinction opérée par les partenaires sociaux semble irréfragablement présumée objective et pertinente. Suivant ces solutions, l'employeur peut *a fortiori* ériger ce diplôme en condition d'embauche.

713. – Au-delà des exigences conventionnelles, l'employeur demeure libre de fixer les compétences requises et les diplômes nécessaires pour prétendre au poste qu'il offre au recrutement. Il ne saurait néanmoins détourner ses pouvoirs de leur finalité pour dresser les diplômés en « obstacle artificiel, arbitraire et non nécessaire à l'emploi proposé⁽¹⁸⁰⁾ ».

714. – **Éléments de sélection des candidats.** La possession d'un diplôme d'un niveau supérieur mais non nécessaire à l'exercice des fonctions confiées justifie-t-elle l'embauche de son titulaire ? À cette question, la Cour de cassation semble apporter une réponse positive. En précisant que la seule différence de diplôme d'un niveau équivalent se révèle impuissante à motiver une distinction⁽¹⁸¹⁾, elle semble l'autoriser lorsque les diplômés détenus ne sont pas de même niveau. Le professeur Cesaro défend également cette position : il estime que le diplôme supplémentaire constitue une réserve de compétence sur laquelle l'entreprise pourra, dans le futur, éventuellement compter⁽¹⁸²⁾. L'argument justifierait l'embauche prioritaire du candidat le plus diplômé. Cependant, doit selon nous être préférée à cette analyse une interprétation téléologique de la position de la chambre sociale. Plus que sur ses potentialités d'évolution de carrière, le futur salarié doit être recruté en raison de la péréquation entre ses compétences et les exigences essentielles du poste pour lequel il postule⁽¹⁸³⁾. À notre sens, l'intérêt hypothétique pour l'entreprise des aptitudes d'un

partient au juge de contrôler la réalité et la pertinence, que la possession d'un diplôme spécifique atteste de connaissances particulières utiles à l'exercice de la fonction occupée ».

(177) Cass. soc., 10 nov. 2009, n° 07-45.528 : *Bull. civ.* 2009, V, n° 250. La chambre sociale reconnaît que la possession du diplôme requis par la convention collective pour « l'exercice des fonctions exercées » constitue « un élément objectif et pertinent justifiant [une] différence de rémunération ».

(178) Cass. soc., 9 juill. 2009, n° 07-42.675 : *Bull. civ.* 2009, V, n° 168 : « La seule différence de catégorie professionnelle ne saurait en elle-même justifier, pour l'attribution d'un avantage, une différence de traitement entre les salariés placés dans une situation identique au regard dudit avantage, cette différence devant reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence ». Comme le précise M. Jeansen, les distinctions opérées par les conventions collectives sont objectives mais elles ne sont pas toujours pertinentes (A. Jeansen, *Une différence de catégorie professionnelle ne justifie pas, en soi, une différence de traitement* : JCP S 2009, 1451).

(179) La solution a été rendue contre l'avis de l'avocat général. Ce dernier souhaitait que la Cour de cassation impose aux juges du fond de contrôler que les diplômes exigés attestent de connaissances ou d'expériences particulières utiles à l'exercice des fonctions occupées (en ce sens, V. D. Allix, *Différence de diplôme et différence de rémunération* : JCP S 2010, 1044).

(180) D. Martin, *Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire. Étude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Bruylant, 2007, cité par K. Berthou, *La preuve des discriminations à l'embauche en raison de l'origine. Réflexions à partir de l'arrêt de la cour d'appel de Toulouse du 19 février 2010* : RDT 2010, p. 635 et s., spéc. p. 637.

(181) Cass. soc., 16 déc. 2008, n° 07-42.107 : *Bull. civ.* 2008, V, n° 250.

(182) J.-F. Cesaro, « À travail égal, salaire égal » : vers un palmarès judiciaire des meilleurs diplômés ? : JCP S 2009, 1005 : « Le diplôme crée une présomption d'aptitude qui peut trouver immédiatement application dans le travail fourni, mais qui peut aussi constituer une réserve de compétence sur laquelle l'entreprise peut compter. En ce cas, il sera possible que deux salariés effectuent le même travail, mais que le plus diplômé soit mieux rémunéré en raison de sa capacité, le cas échéant, à fournir une prestation que l'autre ne pourra pas apporter ».

(183) Un employeur ne saurait licencier pour faute un salarié qui a menti sur ses diplômes au moment de son embauche sans démontrer qu'il ne dispose pas des compétences pour satisfaire aux exigences du poste sur lequel il est affecté (Cass. soc., 30 mars 1999, n° 96-42.912 : *Bull. civ.* 1999, V, n° 142).

candidat ne peut justifier l'exclusion actuelle d'un autre postulant. Ne sauraient dès lors être pris en compte en tant que tels⁽¹⁸⁴⁾ les diplômes attestant de compétences sans rapport avec les fonctions proposées ou les titres consacrant une formation supérieure à celle requise pour l'emploi⁽¹⁸⁵⁾.

715. – À diplôme de niveau égal, l'employeur demeure libre de préférer les candidats issus d'une certaine formation sous réserve de démontrer que la possession d'un titre particulier s'avère pertinente pour satisfaire aux exigences du poste⁽¹⁸⁶⁾. L'excellence d'un cursus⁽¹⁸⁷⁾ ou les résultats obtenus par le candidat lors de son parcours scolaire justifient, à diplôme de rang équivalent, une distinction entre les postulants. Les expériences professionnelles des différents candidats sont également des éléments objectifs permettant de justifier une distinction.

b) L'expérience professionnelle

716. – **Reprise de l'ancienneté et stipulation d'une période d'essai.** Le temps passé au service de précédents employeurs est source de compétences. Il compense parfois l'absence de diplôme et fait souvent acquérir des aptitudes qui ne sont pas dispensées par des formations scolaires. L'ancienneté n'est pas cependant une garantie de performance. Des expériences professionnelles antérieures satisfaisantes ne garantissent pas l'adaptation du candidat à des exigences nouvelles. Sa mise à l'épreuve dans les conditions réelles de l'emploi proposé s'impose.

717. – « Outil de fidélisation de la main-d'œuvre et de stabilité dans l'emploi⁽¹⁸⁸⁾ », l'ancienneté ouvre des droits à son titulaire tant qu'il demeure dans l'entreprise⁽¹⁸⁹⁾. Lors de la phase de séduction réciproque du recrutement, le chef d'entreprise désireux d'attirer un candidat peut s'engager à lui reprendre l'ancienneté acquise au titre de sa précédente expérience. Certains s'interrogent sur la compatibilité entre cette « faveur » issue de la négociation contractuelle et la stipulation d'une période d'essai. En reprenant son ancienneté, l'employeur reconnaît implicitement la compétence du salarié et l'essai serait dès lors dépourvu d'objet⁽¹⁹⁰⁾. Au soutien de cette position, est évoquée une décision de la Cour de cassation du

(184) L'employeur pourra néanmoins s'en prévaloir si ces diplômes attestent de compétences utiles à l'exercice du poste ouvert au recrutement.

(185) Pour exercer un poste requérant un niveau bac +2, le candidat titulaire d'un diplôme bac +2 est présumé aussi compétent pour ces tâches que le salarié titulaire d'un bac +3.

(186) Cass. soc., 16 déc. 2008, n° 07-42.107 : *Bull. civ.* 2008, V, n° 250.

(187) Comme le précise le professeur Cesaro, la logique du principe d'égalité imposera au juge de déterminer ce que sont des diplômes n'ayant pas le même niveau. Ce classement judiciaire des formations constitue selon lui « une boîte de pandore » (en ce sens, V. J.-F. Cesaro, « À travail égal, salaire égal » : *vers un palmarès judiciaire des meilleurs diplômés ?* : *JCP S* 2009, 1005). La notion de « valeur » d'un diplôme ou du travail échappe au droit (en ce sens, V. J.-F. Cesaro, *Principe « à travail égal, salaire égal » : le juge et la valeur du travail* : *JCP S* 2009, 1533 : « Le droit prend bien garde à ne pas impliquer les juges dans un contrôle aussi subjectif que celui de la "valeur" des prestations échangées dans une relation contractuelle »).

(188) B. Reynès, *L'ancienneté en droit du travail : quelles perspectives ?* : *RDT* 2007, p. 702 et s.

(189) Certaines conventions collectives, comme celles du bâtiment et des travaux publics, promeuvent l'ancienneté dans la profession et non dans l'entreprise. Pour M^{me} Reynès, l'ancienneté est alors « détachée d'une logique purement contractuelle et [elle] survit à une certaine mobilité du salarié dans un cadre de calcul élargi » (B. Reynès, *L'ancienneté en droit du travail : quelles perspectives ?* : *RDT* 2007, p. 702 et s., spéc. p. 704).

(190) En ce sens, V. A. Barège, *Succession de contrats de travail au sein d'un groupe, période d'essai et ancienneté* : *JCP S* 2011, 1041 : « Il faut probablement considérer que l'employeur qui s'engage à reprendre l'ancienneté d'un salarié ne peut le soumettre à une période d'essai s'il lui confie des fonctions identiques à celle qu'il occupait dans son précédent emploi ».

20 mai 1998 qui reproche à l'employeur de se contredire en reprenant l'ancienneté d'une salariée nouvellement embauchée tout en la soumettant à une période d'essai⁽¹⁹¹⁾. Mais cette solution ne saurait être généralisée ; elle n'était motivée que par les faits de l'espèce⁽¹⁹²⁾. Cette position a d'ailleurs été contredite par un arrêt postérieur. Dans une décision du 9 mai 2001, la chambre sociale admet que l'employeur peut soumettre un salarié à une période d'essai nonobstant une disposition conventionnelle lui imposant de reprendre son ancienneté⁽¹⁹³⁾.

718. – Le jeu de la séduction ne protégeant pas de la déception, la reprise de l'ancienneté, qui vise à attirer le candidat à l'embauche, ne saurait dispenser le salarié de « faire ses preuves » au cours d'une période d'essai.

719. – **Limite de l'appréciation abstraite.** La similitude des candidatures reçues par l'entreprise complique le choix de l'employeur ; le risque de distinctions illicites est exacerbé lorsque les critères objectifs et pertinents sont impuissants à distinguer les candidatures. La sélection du futur salarié impose alors d'observer les postulants face aux exigences concrètes de l'emploi proposé.

B. – L'évaluation concrète

720. – Dans un second temps⁽¹⁹⁴⁾, l'évaluation des compétences des candidats exige parfois de les confronter à la réalité des contraintes du poste auquel ils postulent. Malgré l'existence de plusieurs entretiens d'embauche, l'employeur conserve la possibilité « de tester sur le terrain l'aptitude du salarié embauché⁽¹⁹⁵⁾ ». Deux voies complémentaires s'offrent alors à lui : avant la conclusion définitive du contrat de travail, il peut soumettre le candidat à des tests professionnels (1°). Après, le recours à la période d'essai demeure possible (2°).

1° Les essais professionnels

721. – **Stade précontractuel.** Réalisé en amont de la conclusion éventuelle d'un contrat de travail⁽¹⁹⁶⁾, l'essai professionnel consiste en l'exécution d'une tâche

(191) Cass. soc., 20 mai 1998, n° 95-45.486 : « L'employeur ne pouvait, sans se contredire, d'une part reconnaître l'expérience de la salariée en l'embauchant pour effectuer les mêmes tâches antérieures en reprenant son ancienneté (...) et d'autre part, méconnaître cette expérience en imposant à la salariée une période d'essai ».

(192) En l'espèce, la salariée travaillait comme femme de service depuis cinq ans au sein d'une « grande surface ». Elle a démissionné de ce poste pour être embauchée au sein de l'entreprise prestataire de service, pour exercer les mêmes tâches, au sein du même magasin. La période d'essai stipulée dans son second emploi a été rompue.

(193) En ce sens, V. Cass. soc., 9 mai 2001, n° 98-42.715 : « La reprise d'ancienneté prévue par l'article 17 de la Convention collective nationale du personnel des organismes de sécurité sociale n'excluant pas le droit pour le nouvel employeur de soumettre [le salarié] à une période probatoire, la cour d'appel a pu décider (...) que l'employeur avait valablement rompu le contrat au cours de la période probatoire ».

(194) Tous les postulants n'ont pas la possibilité de subir une évaluation concrète de leur compétence ; seuls ceux ayant satisfait à la sélection organisée par l'employeur sur la base des critères abstraits en auront l'occasion.

(195) En ce sens, V. CA Versailles, 30 mars 2004, n° 02-2686 : « Malgré l'existence de plusieurs entretiens préalables à l'embauche essentiellement destinés à vérifier et comparer les capacités apparentes de divers candidats à un même poste, l'employeur conserve la possibilité par le truchement de la période d'essai, de tester sur le terrain l'aptitude du salarié embauché, celle-ci pouvant se révéler différente de l'appréciation *a priori*, sans que cette constatation par l'employeur et la décision qu'elle induit ne soit constitutive d'un abus de droit, à défaut de démonstration contraire ».

(196) Le test professionnel n'est pertinent que s'il est réalisé au début de la relation contractuelle. La Cour de cassation précise ainsi que « les résultats des tests de connaissances techniques, pratiqués par l'employeur, ne pouvaient, à eux seuls, justifier le licenciement pour insuffisance professionnelle d'un salarié dont il était reconnu qu'il avait exercé son activité de manière satisfaisante depuis 5 ans » (Cass. soc., 18 juill. 2000, n° 98-44.591).

parcellaire en lien avec le poste proposé⁽¹⁹⁷⁾. Devant permettre au chef d'entreprise de s'assurer que le postulant dispose réellement des aptitudes que l'évaluation abstraite de son parcours professionnel laissait présager, le test impose que le candidat réalise concrètement une opération. Ne saurait dès lors être qualifié d'essai professionnel le temps passé dans l'entreprise par un candidat à un emploi en simple qualité d'observateur sans qu'il ait à fournir de prestation personnelle⁽¹⁹⁸⁾.

722. – Régime du test professionnel. Méthode de recrutement⁽¹⁹⁹⁾, l'essai professionnel n'est soumis qu'aux dispositions des articles L. 1221-6 et suivants du Code du travail. Néanmoins, pèse sur l'employeur qui soumet un candidat à la réalisation d'une opération hors de tout contrat⁽²⁰⁰⁾, un risque de condamnation pour travail dissimulé. La Cour de cassation précise que le postulant ne saurait être placé « dans les conditions normales d'emploi⁽²⁰¹⁾ » sous peine de requalification de cette brève période en relation de travail⁽²⁰²⁾ et de poursuites sur le fondement des articles L. 8221-1 et suivants du Code du travail⁽²⁰³⁾. Cette menace se dissipe si le travail confié n'apporte aucun profit à l'employeur⁽²⁰⁴⁾ ou se réalise dans un temps très bref, incompatible avec la notion de subordination⁽²⁰⁵⁾.

723. – La jurisprudence estime que la prestation exécutée à l'occasion du test répond aux conditions posées par l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale⁽²⁰⁶⁾ : l'absence de lien de subordination ne dispense pas l'employeur de s'acquitter des cotisations sociales sur les sommes versées aux candidats à cette occasion⁽²⁰⁷⁾.

724. – Complémentarité avec la période d'essai. Si un test professionnel apporte des réponses à l'employeur qui s'interroge sur les compétences techniques d'un postulant, il ne saurait, à lui seul, garantir la pertinence de son recrutement. D'une part, cette méthode est dépourvue d'intérêt pour les emplois qui requièrent

(197) En ce sens, H. Sinay, *Le travail à l'essai* : Dr. soc. 1963, p. 150 et s. : « L'épreuve d'essai est l'essai technique préalable, généralement très court, de quelques heures seulement, correspondant à l'exécution d'une tâche parcellaire. Cet essai varie suivant la nature du travail demandé. Il peut aller de l'examen par voie de questions orales ou écrites à l'exécution complète d'un travail déterminé : épreuve dactylographique ou rédaction d'une note pour un employé de bureau, tournage, ajustage, fraisage d'une pièce pour un ouvrier de la métallurgie ».

(198) Cass. soc., 6 janv. 2010, n° 08-44.170.

(199) En ce sens, V. P. Étienne, *Stage et essai en droit du travail* : RJS 1999, p. 623 et s., spéc. p. 624 : « L'essai professionnel constitue un simple procédé de sélection entre plusieurs candidats ».

(200) X. Carsin, *Essai professionnel en vue du recrutement et période de travail* : JCP S 2009, 1094 : « La particularité de ce mécanisme tient en ce qu'il constitue, pour un candidat à l'embauche, une véritable "prestation hors contrat" destinée à vérifier certaines compétences techniques, un savoir-faire du salarié préalablement au recrutement et à l'accomplissement d'une véritable prestation de travail salarié ».

(201) Cass. soc., 4 janv. 2000, n° 97-41.154 : *Bull. civ.* 2000, V, n° 4.

(202) Cass. soc., 28 nov. 2008, n° 07-42.673. Lorsqu'est constatée l'existence d'une relation de travail entre les parties pendant une journée dans les conditions normales d'emploi au cours de laquelle le candidat a activement participé à l'activité de l'entreprise, en se tenant à la disposition de l'employeur, en écoutant ses directives sans pouvoir vaquer librement à ses propres occupations, une période de travail et non un essai professionnel est caractérisée.

(203) En ce sens, V. CA Pau, 19 févr. 2002, n° 01/00411 : *JurisData* n° 2002-196363. Il résulte de cet arrêt que ne tombe pas sous le coup de l'incrimination de travail dissimulé l'employeur qui sollicite des candidats dans le but de vérifier, dans un temps limité, s'ils disposent des aptitudes requises pour une embauche éventuelle. Bien que s'effectuant au sein de l'entreprise, ce test de sélection ne mettrait pas les postulants dans des conditions normales d'emploi, caractéristiques d'un contrat de travail.

(204) Par ex., la réalisation confiée au candidat peut ne pas être destinée à la commercialisation.

(205) En ce sens, V. Cass. soc., 16 sept. 2009, n° 07-45.485. La chambre sociale rejette le pourvoi formé contre une décision qui avait considéré que constituait un test professionnel et non une prestation relevant du salariat le fait pour une candidate à un poste de secrétariat de taper pendant quelques heures une lettre.

(206) CSS, art. L. 242-1 : « Pour le calcul des cotisations (...), sont considérées comme rémunération toutes les sommes versées au travailleurs en contrepartie ou à l'occasion du travail ».

(207) Cass. soc., 19 avr. 1967 : *Bull. civ.* 1967, V, n° 313. – Cass. soc., 10 juill. 1969 : *Bull. civ.* 1969, V, n° 487.

des aptitudes non décelables sur une brève période. D'autre part, en interdisant à l'employeur de placer le candidat dans les conditions normales d'emploi⁽²⁰⁸⁾, il lui est interdit de juger sa capacité à s'intégrer dans l'entreprise et d'apprécier ses réactions face aux exigences réelles du métier proposé⁽²⁰⁹⁾. Or ces aptitudes participent, au même titre que la compétence technique, à la détermination de la « valeur » d'un salarié⁽²¹⁰⁾. À l'évaluation de ces aptitudes, le temps de la période d'essai est dévolu⁽²¹¹⁾. Ayant tous les deux une finalité propre, rien ne s'oppose à ce que le candidat ayant satisfait à un test professionnel soit également soumis à une période d'essai.

2° La période d'essai

725. – Objet. De cette « première phase d'exécution du contrat de travail⁽²¹²⁾ », pour certains indispensables à l'engagement définitif des relations contractuelles⁽²¹³⁾, la jurisprudence⁽²¹⁴⁾ puis le législateur⁽²¹⁵⁾ ont circonscrit l'objet. Elle doit permettre tant à l'employeur qu'au salarié d'apprécier la compatibilité du postulant avec l'emploi. Elle est donc le moment propice à l'évaluation de ses compétences. Consacrant cette spécificité, le droit britannique impose qu'une obligation d'appréciation des performances figure, au moins de manière implicite, dans le contrat de travail des salariés en période d'essai⁽²¹⁶⁾. En droit interne, la faculté de recourir à une période d'essai n'est ouverte qu'à l'employeur qui n'a jamais pu apprécier le comportement du salarié dans les conditions normales d'emploi⁽²¹⁷⁾.

(208) En ce sens, V. S. Béal, *Les limites à la liberté de la rupture de la période d'essai* : JCP E 2004, 646 : « Si le candidat exécute, dans les conditions normales d'activité un travail exploitable ou une prestation, il n'effectue pas un test mais une prestation de travail relevant du salariat ».

(209) En ce sens, V. J. Mouly : *Dr. soc.* 2000, p. 550 et s. : « [Le test professionnel] ne comporte que l'exécution d'une prestation brève et parcellaire, essentiellement technique, permettant d'apprécier le savoir-faire du salarié, mais non sa personnalité ni sa capacité à s'intégrer dans l'entreprise ».

(210) En ce sens, V. D. Corrigan-Carsin, *Caractère abusif de la rupture du contrat, pendant la période d'essai, pour motif non inhérent à la personne du salarié* : JCP G 2008, II 10005 : « Les qualités morales, sociales, sociologiques, psychologiques dont le salarié fait montre ou dont il est au contraire dépourvu, sa faculté d'adaptation au milieu de l'entreprise, son acceptation de l'autorité hiérarchique voire son adhésion à certaines règles de comportement, sont également des éléments qui peuvent rentrer en ligne de compte [dans l'appréciation de l'aptitude du candidat à tenir un poste] ». Ces qualités doivent être utiles à la réalisation des tâches confiées et le salarié devra être évalué sur la qualité du travail qu'il a réalisé au cours de sa période d'essai.

(211) C. trav., art. L. 1221-20 : « La période d'essai permet à l'employeur d'évaluer les compétences du salarié dans son travail, notamment au regard de son expérience, et au salarié d'apprécier si les fonctions occupées lui conviennent ».

(212) I. Ayache-Revah et S. Langot, *Période d'essai : les ruptures prématurées sanctionnées* : JCP E 2010, 1396.

(213) D. Corrigan-Carsin, *La rupture de la période d'essai. Une autonomie sur le déclin ?* : JCP E 2005, 1241. La Cour de cassation a pu estimer que l'employeur faisait preuve d'une « grande légèreté lors de l'embauche d'un jeune salarié sans qualification ni expérience professionnelle » en ne recourant pas à la faculté de lui imposer un essai. Cette faute privait l'employeur d'invoquer, à l'appui de la rupture ultérieure du contrat de travail, l'insuffisance professionnelle du salarié (en ce sens, V. Cass. soc., 2 juin 1988 : *JSL* 1988, n° 43).

(214) Cass. soc., 20 nov. 2007, n° 06-41.212 : *Bull. civ.* 2007, V, n° 194 : « La période d'essai étant destinée à permettre à l'employeur d'apprécier la valeur professionnelle du salarié » ; Cass. soc., 10 déc. 2008, n° 07-42.445 : *Bull. civ.* 2008, V, n° 246. La Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre un arrêt dans lequel les juges du fond avaient reproché à un employeur d'avoir rompu une période d'essai pour un motif sans rapport avec l'appréciation des qualités professionnelles du salarié.

(215) C'est l'article 2-1 de la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail qui a créé l'article L. 1221-20 du Code du travail.

(216) En dehors du temps de l'essai, les employeurs du Royaume-Uni ne « ne sont pas tenus de réaliser des évaluations régulières des performances de leur salariés » (J.-M. Albiol, C. Gallon, E. Slattery, A. Cid, K. Neighbour et A. de Jong, *Chez nos voisins européens. L'évaluation des salariés* : JCP S 2011, act. 131).

(217) En ce sens, V. Cass. soc., 27 oct. 2009, n° 08-41.661. Un salarié contestait la validité de sa période d'essai. La Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre la décision d'appel qui l'avait débouté. Elle relève que le stage de formation professionnelle « rémunéré par l'aide de retour à l'emploi, sous l'égide de l'ANPE » de quatre mois qu'il avait effectué chez ce même employeur avant son embauche définitive « ne constituait pas une période de travail impliquant [qu'il soit] placé

726. – Sa finalité justifie la mise à l'écart des règles gouvernant la rupture du contrat de travail⁽²¹⁸⁾ : est ainsi reconnue aux deux parties la faculté d'y mettre fin sans procédure et sans motif⁽²¹⁹⁾. Son terme est présumé reposer sur les résultats du salarié jugés insuffisants⁽²²⁰⁾ par l'employeur⁽²²¹⁾ et le juge ne saurait substituer son appréciation à celle de ce dernier⁽²²²⁾. Si les conditions de la rupture vont à l'encontre de cette présomption, le salarié peut démontrer que l'essai a été détourné de son objet. Dans ces conditions, le juge⁽²²³⁾ pourra estimer que la rupture est abusive⁽²²⁴⁾. Tel est le cas lorsqu'il a été mis fin à l'essai alors que le salarié n'a pas été en mesure d'exercer les fonctions pour lesquelles il a été recruté⁽²²⁵⁾ ou qu'il n'a pas bénéficié des formations nécessaires pour satisfaire aux exigences du poste⁽²²⁶⁾.

727. – **Motifs de rupture.** Si la période d'essai a pour objet d'apprécier les compétences d'un salarié⁽²²⁷⁾, sa rupture peut-elle reposer sur un autre motif que son in-

dans les conditions normales d'emploi ». La Cour de cassation en a déduit que le recours à une période d'essai était justifié (dans le même sens, V. CA Douai, 16 déc. 2005, n° 05-310. Les juges du fond ont relevé que l'exécution d'un contrat de qualification ne plaçait pas le salarié dans des conditions normales d'emploi. Il pouvait dès lors faire l'objet d'une période d'essai lors de son embauche ultérieure). L'employeur doit avoir été en mesure d'apprécier les qualités professionnelles du salarié en qualité d'employeur et pas uniquement en qualité de collègue de travail. Ainsi, le salarié qui crée une activité peut soumettre un ancien collègue à une période d'essai (en ce sens, V. CA Douai, 31 janv. 2007, n° 06-1206). Une telle clause n'est en revanche pas justifiée si, antérieurement à son embauche en contrat à durée indéterminée, l'employeur a pu apprécier les compétences du salarié qu'il avait recruté sous contrat à durée déterminée pour exercer les mêmes fonctions (en ce sens, V. notamment CA Grenoble, 2 juin 2003, n° 00-3138. – CA Paris, 21 nov. 2006, n° 06-8085).

(218) En ce sens, V. C. trav., art. L. 1231-1.

(219) Cass. soc., 10 mars 2004, n° 01-44.750 : *Bull. civ.* 2004, V, n° 80 : « L'employeur peut sans motif et sans formalité mettre fin à la période d'essai ». La rupture ne saurait néanmoins reposer sur un motif discriminatoire (sur la sanction de la rupture de l'essai motivée par les origines du salarié, V. Cass. soc., 14 oct. 1986, n° 85-96.369 ; sur une rupture reposant sur l'état de santé, V. Cass. soc., 16 févr. 2005, n° 02-43.402 : *Bull. civ.* 2005, V, n° 52). Cependant, l'article L. 1221-25, créé par l'article 2-1 de la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail, a introduit un délai de prévenance lors de la rupture de la période d'essai. La preuve du respect de ce délai impose de constater la rupture de la période d'essai par un écrit.

(220) Le salarié pourra néanmoins démontrer que la rupture de la période d'essai repose sur un autre motif qu'une inadéquation avec le poste proposé. En ce sens, V. P. Neiss, *Faut-il supprimer la période d'essai ? La rupture du contrat en période d'essai* : RDT 2010, p. 348 et s.

(221) En ce sens, V. notamment J. Mouly, *La rupture de l'essai pour un motif non inhérent à la personne du salarié : fraude, abus de droit ou absence de cause réelle et sérieuse ?* : D. 2008, p. 196 et s., spéc. p. 197 : « [L'employeur n'a pas à alléguer de motif de rupture de la période d'essai], la rupture de l'essai reposant sur la double présomption que, d'une part, la période probatoire prend fin en raison des résultats de l'essai et que, d'autre part, ses résultats n'ont pas été concluants aux yeux de l'employeur ».

(222) Cass. soc., 25 mars 1985, n°s 83-44.938, 83-45.014 et 83-45.016 : *Bull. civ.* 1985, V, n° 202. La chambre sociale estime qu'il n'appartient pas au juge de substituer son appréciation à celle de l'employeur quant aux insuffisances professionnelles invoquées par celui-ci pour mettre fin à l'essai.

(223) A. Lyon-Caen, *Le contrat de travail d'un salarié embauché à la suite d'une formation dans la même entreprise peut comporter une période d'essai* : D. 1992, p. 289 : « [La période d'essai] doit permettre à l'employeur d'apprécier l'aptitude du salarié à accomplir la tâche qui lui est confiée. Cette définition est d'une indéniable utilité. Elle peut servir à fixer la durée admissible d'une telle période ou encore à caractériser les abus de résiliation ».

(224) Cass. soc., 6 déc. 1995, n° 92-41.398 : *Bull. civ.* 1995, V, n° 330 : « Si l'employeur peut discrétionnairement mettre fin aux relations contractuelles avant l'expiration de la période d'essai, ce n'est que sous réserve de ne pas faire dégénérer ce droit en abus ». Le professeur Corrigan-Carsin précise que « constatant l'intention de nuire, la malveillance ou, à un degré moindre, la légèreté blâmable, la Cour de cassation sanctionne sur le terrain de la responsabilité civile le comportement répréhensible de l'employeur » (D. Corrigan-Carsin, *Caractère abusif de la rupture du contrat, pendant la période d'essai, pour motif non inhérent à la personne du salarié* : JCP G 2008, II 10005).

(225) En ce sens, V. Cass. soc., 15 mai 2008, n° 07-42.289. Un abus est également caractérisé lorsqu'il résulte de la brièveté de l'essai que le salarié, compte tenu notamment de l'importance de ses fonctions, ne pouvait matériellement « donner la preuve de ses véritables qualités et de sa capacité professionnelle » (Cass. soc., 5 mai 2004, n° 02-41.224 : *Bull. civ.* 2004, V, n° 123).

(226) En ce sens, V. Cass. soc., 6 janv. 2010, n° 08-42.826. La Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre une décision dans laquelle les juges du fond avaient estimé que l'employeur avait agi avec une légèreté blâmable en rompant la période d'essai d'un salarié alors que ce dernier n'avait pas bénéficié de l'intégralité de la formation prévue dans son contrat de travail et nécessaire à l'exercice de ses fonctions.

(227) J. Mouly, *La résiliation de l'essai fondé sur un motif étranger à ses résultats. Pour une autre logique* : Dr. soc. 2005, p. 614 et s., spéc. p. 616 : « Le législateur a entendu, grâce à l'essai, assurer le libre exercice par l'employeur de son pouvoir d'appréciation des qualités professionnelles des salariés ».

suffisance professionnelle ? À notre sens, une réponse affirmative s'impose. En exigeant de l'employeur qui met fin à une période d'essai en raison de la faute du salarié le respect de la procédure disciplinaire, la Cour de cassation tolère ce motif de rupture⁽²²⁸⁾. Mais la position arrêtée, en ce qu'elle restreint la liberté de rupture du chef d'entreprise, apparaît contestable. L'aptitude du salarié à se soumettre à la discipline de l'entreprise est, au même titre que ses compétences professionnelles, l'un des éléments d'appréciation de son adéquation au poste qu'il prétend tenir. Même motivée par une faute, la rupture de l'essai correspond à l'appréciation portée par l'employeur sur les qualités professionnelles du salarié ; il ne saurait dès lors être tenu de respecter la procédure disciplinaire.

728. – Cause économique. En jugeant abusive la fin de l'essai justifiée par un motif non inhérent à la personne du salarié⁽²²⁹⁾, certains auteurs estiment qu'un essai ne pourrait être rompu pour une cause économique⁽²³⁰⁾. Selon eux, l'inverse conduirait à une négation de l'objet même de la période d'essai⁽²³¹⁾. Cette position ne saurait prospérer. En écartant les règles du licenciement pour motif personnel pendant la période d'essai, le législateur n'interdit pas à l'employeur d'invoquer un motif de rupture non inhérent à la personne du salarié. La cause réelle et sérieuse invoquée par l'employeur, qui l'autorise à rompre un contrat de travail, doit justifier la rupture de l'essai⁽²³²⁾. La période d'essai est le temps privilégié de l'appréciation des compétences du salarié⁽²³³⁾ : si son objet est limité, elle ne saurait avoir pour effet d'offrir au salarié nouvellement embauché une garantie d'emploi⁽²³⁴⁾. Néanmoins, dans cette hypothèse, la cause de la rupture ne réside pas dans les aptitudes professionnelles du salarié mais dans des éléments exogènes à sa prestation. La fin de la relation contractuelle ne saurait donc être soumise au régime de l'essai. Le salarié doit bénéficier des dispositions propres au licenciement pour motif économique.

(228) Cass. soc., 10 mars 2004, n° 01-44.750 : *Bull. civ.* 2004, V, n° 80 : « Si l'employeur peut sans motif et sans formalité mettre fin à la période d'essai, il doit, lorsqu'il invoque un motif disciplinaire, respecter la procédure disciplinaire ».

(229) Cass. soc., 20 nov. 2007, n° 06-41.212 : *Bull. civ.* 2007, V, n° 194.

(230) J. Ferraro, note ss Cass. soc., 20 nov. 2007 : *Dr. ouvrier* 2008, p. 299 et s., spéc. p. 300 : « La rupture d'une période d'essai pour un motif non inhérent à la personne du salarié constitue nécessairement un abus de droit de l'employeur ». En ce sens, V. également S. Nouredine, *Rupture pendant la période d'essai et motif non personnel* : *Cah. soc. barreau* Paris 2008, n° 198, p. 103 : « La rupture du contrat ne peut trouver de fondement légitime que relativement aux qualités du salarié. À défaut, l'abus du droit de rompre librement le contrat pendant la période d'essai est caractérisé (...) La chambre sociale a voulu exclure, expressément mais indirectement, le motif économique du régime juridique de la période d'essai ».

(231) J. Ferraro, note ss Cass. soc., 20 nov. 2007 : *Dr. ouvrier* 2008, p. 299 et s., spéc. p. 300. Selon l'auteur, « il ne semble pas d'une élémentaire bonne foi, de la part d'un employeur, de procéder à la rupture d'un essai pour un motif totalement étranger à la qualité de la prestation de travail du salarié ».

(232) En ce sens, V. J. Mouly, *La rupture de l'essai pour un motif non inhérent à la personne du salarié : fraude, abus de droit ou absence de cause réelle et sérieuse ?* : *D.* 2008, p. 196 et s., spéc. 197.

(233) La Cour de cassation estime ainsi que l'employeur ne saurait licencier un salarié « après la fin de la période d'essai pour une cause qui était connue au cours de cette période » (Cass. soc., 18 avr. 1985 : *JSL* 1985, n° 22).

(234) En ce sens, V. J. Mouly, *Le non-cumul de la période d'essai et de la période probatoire* : *JCP G* 2010, 1316 : « Une période d'essai ne saurait en effet comporter une garantie d'emploi, même implicite, que ne comporte pas un contrat définitif ».

§ 2. – L'évaluation au cours du contrat

729. – Comme les salariés « ordinaires » (A), les salariés spécialement protégés sont soumis aux procédures d'évaluation professionnelle mises en œuvre par l'employeur. Elles doivent néanmoins être adaptées à leur disponibilité réduite (B).

A. – Les salariés non spécialement protégés

730. – En fonction des postes confiées au salarié, plusieurs méthodes d'évaluation s'offrent à l'employeur (1°), au déroulement similaire (2°).

1° Les méthodes d'évaluation

731. – Les évaluations visent à satisfaire certains objectifs (a) qui imposent des modalités particulières (b).

a) Les objectifs de l'évaluation

732. – **Double temps de l'évaluation.** L'évaluation des salariés repose le plus souvent sur un entretien. Les vertus associées à ce temps d'échange poussent à son développement au-delà des limites du droit du travail : ils pourraient, à terme, remplacer le système de notation en vigueur dans la fonction publique⁽²³⁵⁾. L'entrevue organisée comporte un aspect rétrospectif et un volet prospectif. La première étape vise à confronter les résultats obtenus aux objectifs fixés et recueillir les explications du salarié sur les écarts constatés. Le second temps consiste à exposer au collaborateur les attentes de l'entreprise pour la période à venir. Pour les satisfaire, l'employeur peut lui proposer des formations et le salarié solliciter des moyens supplémentaires⁽²³⁶⁾. Ce dernier a d'ailleurs intérêt à consigner ses demandes : lors des prochaines évaluations, les requêtes qui n'auront pas été satisfaites seront autant d'éléments exogènes à sa prestation de travail lui permettant de justifier le non-respect de ses objectifs.

733. – **Salariés absents.** Si ces différents aspects de l'évaluation peuvent être examinés au cours d'un entretien unique, les circonstances imposent parfois deux entretiens distinctes. Le salarié nouvellement embauché devra être soumis à l'aspect prospectif de l'évaluation professionnelle dans une période proche de son recrutement⁽²³⁷⁾. Pour les salariés dont l'absence prolongée est prévisible, une évaluation rétrospective devrait se tenir antérieurement à leur départ et le retour dans l'entreprise constitue un moment privilégié pour la fixation de nouveaux objectifs. Cette solution est d'ailleurs préconisée dans la fonction publique⁽²³⁸⁾.

(235) En ce sens, V. D. n° 2007-1365, 17 sept. 2007, portant application de l'article 55 bis de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État.

(236) En ce sens, V. A. Dejean de la Bâtie et J.-P. Robbe, *L'entretien annuel d'évaluation au service du bien-être au travail* : Cah. DRH 2010, n° 166 : « L'entretien doit aussi permettre de clarifier les besoins du salarié en terme de soutien hiérarchique, de ressources, de temps pour effectuer ses missions ».

(237) Des objectifs peuvent être fixés au salarié à l'issue de sa période d'essai.

(238) Le rapport Guégot du 7 mars 2011 relatif à l'égalité professionnelle homme-femme dans la fonction publique préconise (p. 33) : « Afin d'anticiper et préparer au mieux les retours de congés (de maternité ou de parentalité), la mise en place d'entretiens avec un responsable des ressources humaines et le responsable hiérarchique est essentielle. Un premier entretien pourrait être réalisé dans les deux mois précédant le départ. Il permettrait de faire le point de la situation de l'agent avant son interruption professionnelle (...) Un deuxième entretien, en amont de son retour, donnerait à l'agent la possibilité d'un temps d'adaptation pour être informé des changements qui ont eu lieu dans son ser-

734. – Pendant la suspension de leur contrat de travail, les salariés absents ne réalisent aucune prestation pour le compte de l'entreprise : ils ne sauraient prétendre au bénéfice d'un entretien d'évaluation. Pourtant, la Cour de cassation décide que la salariée qui subit un retard de promotion pour ne pas avoir eu la faculté de participer à un entretien d'évaluation en raison de son absence due à un congé de maternité est victime d'une discrimination⁽²³⁹⁾.

735. – À notre sens, cet arrêt ne devrait pas être interprété comme exigeant de l'employeur l'organisation d'entretiens d'évaluation pour les salariés absents puisque ceux-ci seraient dépourvus d'objet. La solution dégagée confirme seulement que la maternité ne doit pas être une cause de ralentissement de l'évolution professionnelle. Alors que le législateur ne reconnaît à la salariée que le bénéfice de la moyenne des augmentations accordées en son absence⁽²⁴⁰⁾, la Cour de cassation étend, à notre sens, la solution aux mesures de promotion. Pour se dispenser de cette obligation, l'employeur ne saurait arguer que ces avancements ont été octroyés sur la base des résultats des évaluations auxquelles la salariée n'a pu participer en raison de son absence. Si cette position consacre la protection de la femme en retour de couches, elle soulève des difficultés pratiques. Contrairement aux augmentations de salaire, les promotions n'ont pas qu'une portée pécuniaire. Elles traduisent l'acquisition par le salarié de compétences nouvelles, le rendant apte à l'exercice de responsabilités plus grandes. Aux exigences de ces responsabilités supérieures, la salariée de retour d'absence ne satisfait pas toujours⁽²⁴¹⁾. Les conséquences de la solution retenue peuvent même s'opposer aux dispositions encadrant le congé de maternité. L'article L. 1225-25 du Code du travail impose qu'à son issue, la salariée retrouve son précédent emploi⁽²⁴²⁾. Ce dernier peut être incompatible avec la qualification qui lui serait automatiquement accordée lors de son retour. Le maintien sur son ancien poste pourrait alors lui permettre d'exercer une action en résiliation judiciaire⁽²⁴³⁾.

736. – **Équilibre.** La prohibition des discriminations impose d'offrir à la femme en retour de congé de maternité la moyenne des mesures pécuniaires, liées à des augmentations ou des promotions, accordées en son absence. À l'inverse, la bonne marche de l'entreprise conduit à lui interdire de prétendre dès son retour et en cette seule qualité, à un coefficient hiérarchique supérieur ou à des responsabilités nouvelles.

vice. Il serait l'occasion d'informer l'agent sur les possibilité de bénéficier d'une formation spécifique afin de ne pas être pénalisé dans son déroulement de carrière ». La solution proposée pourrait être adoptée par les entreprises. Le second entretien devrait également permettre de fixer de nouveaux objectifs aux salariés.

(239) Cass. soc., 28 oct. 2008, n° 07-41.856.

(240) C. trav., art. L. 1225-26 : « [La rémunération de la salariée en congé maternité] est majorée, à la suite de ce congé, des augmentations générales ainsi que de la moyenne des augmentations individuelles perçues pendant la durée de ce congé par les salariés relevant de la même catégorie professionnelle ou, à défaut, de la moyenne des augmentations individuelles dans l'entreprise ».

(241) Elle ne saurait satisfaire à ces responsabilités plus importantes en sa seule qualité de femme en retour de couches.

(242) C. trav., art. L. 1225-25 : « À l'issue du congé de maternité, la salariée retrouve son précédent emploi ou un emploi similaire assorti d'une rémunération au moins équivalente ».

(243) La salariée pourrait prétendre ne pas exercer des fonctions correspondant à sa qualification et à ses compétences reconnues par son statut hiérarchique.

b) Les modalités de l'évaluation

737. – **Diversités et encadrement des méthodes d'évaluation.** Comme le précise le professeur Verkindt, « les méthodes d'évaluation sont variées et présentent des tonalités idéologiques différentes⁽²⁴⁴⁾ ». Même si, organisées collectivement, elles limitent le risque d'arbitraire et annihilent les conséquences des conflits personnels⁽²⁴⁵⁾, les évaluations reposent le plus souvent sur un entretien annuel entre le salarié et son supérieur hiérarchique direct.

738. – Certaines entreprises souhaitent développer d'autres méthodes mais les exigences posées par le législateur et la jurisprudence fixent des limites à leur imagination. L'impératif de pertinence des critères d'évaluation avec le lien qui doit les unir au travail confié s'oppose à la mise en œuvre de tests ponctuels ou des pratiques d'*assessment center*⁽²⁴⁶⁾ qui ne tiennent pas compte des prestations réalisées par les salariés⁽²⁴⁷⁾. Les méthodes d'évaluation dite à « 180° » ou « 360° »⁽²⁴⁸⁾ soulèvent également des critiques. Reposant pour une part non négligeable sur le « ressenti » des collègues du salarié, elles ne satisfont pas, à notre sens, à l'exigence d'objectivité. Elles tendent à l'évaluation prohibée de la personne du salarié et non des prestations qu'il fournit. De surcroît, les résultats obtenus sont faussés par des mécanismes « d'auto-défense » développés par la collectivité de travail⁽²⁴⁹⁾. À la franchise attendue des réponses, se substitue une logique de « donnant-donnant » où chacun évalue l'autre de manière positive de peur des représailles sur sa propre situation⁽²⁵⁰⁾.

(244) P.-Y. Verkindt, *L'évaluation du salarié sous le regard du juge* : Dr. soc. 2009, p. 48 et s., spéc. p. 49.

(245) En ce sens, V. J.-C. Sciberras, *L'évaluation, enjeu de performance pour l'entreprise et de respect pour les salariés* : RDT 2008, p. 498 et s., spéc. p. 500 : « Des évaluations effectuées collectivement sont plus solides que celles réalisées individuellement ».

(246) Destiné à l'origine à déterminer, par des mises en situation, la résistance des espions de l'armée américaine, il est essentiellement appliqué aux cadres (en ce sens, V. P. Lagesse, *Évaluation des salariés : éviter les pratiques à risque* : Cah. DRH 2003, n° 86). Il consiste à placer le candidat à l'embauche ou le salarié dans des situations critiques de travail. Sous forme de jeu de rôle et d'études de cas, il est confronté aux diverses problématiques qui se posent dans son quotidien professionnel ainsi que dans ses domaines d'expertise. Il lui est demandé d'agir, d'analyser les informations, de proposer des solutions concrètes et de les commenter aux évaluateurs. Cette technique d'évaluation ne repose pas sur les résultats concrets obtenus par le salarié et vise à l'observer dans des situations imaginaires. L'*assessment center* ayant pour objectif de placer le candidat dans des situations critiques, il est une importante source de stress. Par ailleurs, cette méthode peut porter atteinte à l'intimité et à la dignité humaine (en ce sens, V. P. Waquet, *Évaluation des salariés : éviter les pratiques à risque* : Cah. DRH 2003, n° 86). Ces effets s'opposent à la généralisation de cette méthode.

(247) En ce sens, V. P. Waquet, *Évaluation des salariés : éviter les pratiques à risque* : Cah. DRH juill. 2003, n° 86. M. Waquet précise que « l'entreprise n'est plus l'école avec distribution de "bons points". L'évaluation doit se faire en fonction des travaux effectués, non sur des tests ponctuels et souvent peu pertinents ».

(248) P.-Y. Verkindt, *L'évaluation du salarié sous le regard du juge* : Dr. soc. 2009, p. 48 et s., spéc. p. 49 : « L'évaluation peut mobiliser l'avis des collègues de travail, voire celui des clients ou des usagers (...) ce sont les évaluations dites à 180° ou à 360° ». Les évaluations à « 360° » font intervenir les subordonnés du salarié évalué. Le doute sur l'objectivité des appréciations portées est renforcé.

(249) En ce sens, V. P. Lubet et M. d'Allende, *L'évaluation des salariés* : JCP S 2011, 1240 : « Il existe une certaine tendance à ne pas dévaloriser ou mettre en cause un collègue de travail, par craintes d'être soi-même évalué avec une certaine sévérité ». Les auteurs relèvent que ce risque est exacerbé dans les petites structures où le caractère confidentiel des évaluations est relatif.

(250) En ce sens, V. E. Léon, *Entretien : Semaine sociale Lamy* 2010, n° 1471, p. 12 et s., spéc. p. 13 : « Le "360", à l'origine, avait pour objectif d'accompagner le développement des compétences du collaborateur et non pas de sanctionner sa performance. Aujourd'hui, les gestionnaires qui l'utilisent à cette fin ont pu constater de nombreux effets pervers et notamment des logiques de donnant-donnant, où chacun évalue l'autre de manière positive, de peur des représailles sur sa propre évaluation, et ce, même si les questionnaires sont, normalement, anonymes ». Sur les aspects positifs de cette forme d'évaluation, V. notamment J.-C. Sciberras, *L'évaluation, enjeu de performance pour l'entreprise et de respect pour les salariés* : RDT 2008, p. 498 et s., spéc. p. 500 : « La globalisation des évaluations "360" réalisées sur l'ensemble de l'équipe permet un travail collectif d'analyse et d'amélioration par l'équipe ».

739. – Cas particulier du ranking. D'origine anglo-saxonne, le *ranking* est une méthode managériale consistant à répartir les salariés dans différents groupes en fonction des notes obtenues lors de leurs évaluations professionnelles⁽²⁵¹⁾. Praticquée dans l'ensemble de la fonction publique⁽²⁵²⁾, la notation des travailleurs n'est pas en soi répréhensible. Mais la spécificité⁽²⁵³⁾ du *ranking* réside dans l'affectation des salariés dans des groupes spécifiques en fonction de leurs performances. Sans que soit constituée une sanction pécuniaire prohibée à l'égard de leur collègue⁽²⁵⁴⁾, les salariés les mieux classés bénéficient de mesures d'augmentation et de promotion ; ceux relevant de la catégorie inférieure font l'objet d'une attention managériale renforcée⁽²⁵⁵⁾. Selon certains, l'évaluation sur laquelle repose le classement assure l'objectivité des décisions arrêtées⁽²⁵⁶⁾ et contribue au respect de l'obligation d'adaptation⁽²⁵⁷⁾. Pour d'autres, l'affectation des collaborateurs dans des catégories prédéterminées pourrait être source de harcèlement moral : les salariés les moins bien classés sont soumis à un management plus contraignant. Pèse également sur eux la menace d'un licenciement pour insuffisance professionnelle⁽²⁵⁸⁾.

740. – Pour apprécier la légalité des processus de ranking en vigueur dans l'entreprise⁽²⁵⁹⁾, la jurisprudence distingue ces deux stades. D'une part, elle soumet la

(251) Comme le précise P. Waquet, les critères de notation doivent être professionnels (en ce sens, V. P. Waquet, *Question sur le « ranking » : Semaine sociale Lamy* 2002, n° 1100, p. 7 et s.).

(252) En ce sens, V. M. de Villiers et T. de Berranger, *Droit public général*, Litec, 4^e éd. 2009, spéc. n° 1355 : « Il est de tradition que les fonctionnaires en activité fassent l'objet chaque année d'une notation qui, si elle n'a pas d'incidence sur le traitement principal, influe sur l'avancement ». Aux termes de l'article 8 du décret n° 2002-682 du 29 avril 2002 relatif aux conditions générales d'évaluation, de notation et d'avancement, la fiche de notation du fonctionnaire comprend une appréciation générale sur les aptitudes du salarié et une notation chiffrée « établie en cohérence avec l'appréciation générale ».

(253) P. Waquet, *Question sur le « ranking » : Semaine sociale Lamy* 2002, n° 1100, p. 7 et s., spéc. p. 8 : « C'est cette séparation des salariés, ce rangement dans des tiroirs différents qui fait toute l'originalité du "ranking" (...) et son caractère étrange ».

(254) Certains soutenaient que l'octroi d'augmentations uniquement au bénéfice des salariés les mieux notés constituait une sanction pécuniaire à l'encontre des salariés moins bien classés. Cet argument n'a pas prospéré devant les juridictions du fond (en ce sens, V. CA Grenoble, 12 nov. 2002, n° 02/02794 : « Le "ranking" n'est pas une sanction pécuniaire »). La solution arrêtée est conforme à la jurisprudence qui retient que le seul fait d'accorder une augmentation de salaire à certains salariés en fonction de leurs qualités professionnelles ne constitue pas à l'égard des autres une sanction (Cass. soc., 29 mai 1990, nos 87-40.512, 87-40.522 et 87-40.525 : *Bull. civ.* 1990, V, n° 243). En outre, comme le rappelle le professeur Morvan, « le refus d'une augmentation n'entraîne aucune diminution de salaire ; à ce titre, il ne peut être qualifié de sanction » (P. Morvan, *Notation des salariés : polémique autour du « ranking » (TGI Grenoble 23 mai 2002, Hewlett Packard)* : *JCP E* 2002, 1042).

(255) Sur ce point, V. F. C., « *Ranking* » *Réflexions juridiques : Semaine sociale Lamy* 2002, n° 1100, spéc. p. 6 : « Le salarié méritant est éligible à une augmentation individuelle de salaire, dans une entreprise où souvent les augmentations collectives n'existent pas (...) aucune augmentation de salaire n'est envisageable dans l'hypothèse d'un mauvais classement, l'intéressé bénéficiant alors d'un "suivi individualisé" ».

(256) P. Morvan, *Notation des salariés : polémique autour du « ranking » (TGI Grenoble 23 mai 2002, Hewlett Packard)* : *JCP E* 2002, 1042. Le professeur Morvan précise que le *ranking* se borne « à traduire une appréciation objective des capacités, des connaissances, de la pratique et de l'expérience de chaque salarié comparées à celles des autres salariés ». En ce sens, V. également P. Lagesse, *Pour ou contre le « ranking » ? : Semaine sociale Lamy* 2002, n° 1100, p. 11 et s., spéc. p. 13 « Le "ranking" est par définition un système d'évaluation des rémunérations fondé sur des critères licites, préétablis, connus et contrôlables ».

(257) Les salariés les moins bien classés sont soumis à des périodes de formation et d'adaptation spécifiques (en ce sens, V. P. Lagesse, *Pour ou contre le « ranking » ? : Semaine sociale Lamy* 2002, n° 1100, p. 11 et s., spéc. p. 12).

(258) En ce sens, V. R. Brihi, *Pour ou contre le « ranking » ? : Semaine sociale Lamy* 2002, n° 1100, p. 11 et s., spéc. p. 13. M. Brihi estime que le phénomène de harcèlement dans l'entreprise peut se trouver exacerbé par le *ranking*, qui est principalement centré sur la notion de performance individuelle. Elle peut engendrer « une concurrence plus ou moins loyale entre les salariés ».

(259) Comme le précise M. Waquet, la technique du *ranking* n'est pas en elle-même illicite ; seules ses conditions de mises en œuvre sont susceptibles de conduire à des comportements prohibés.

phase de notation au droit commun de l'évaluation en vérifiant que les critères arrêtés sont « préétablis, objectifs, connus et contrôlables⁽²⁶⁰⁾ » et en lien avec le travail confié⁽²⁶¹⁾. D'autre part, sans la prohiber expressément⁽²⁶²⁾, elle prive de portée directe l'étape de la hiérarchisation : elle précise que le seul classement des salariés ne saurait justifier leur licenciement⁽²⁶³⁾. Ainsi vidée de ses effets, la pratique du *ranking* ne soulève plus d'inquiétudes particulières.

2° Le déroulement de l'évaluation

741. – Incitation à la franchise. Au salarié, « ardent chercheur d'informations sur l'appréciation [qui lui est portée⁽²⁶⁴⁾] », l'évaluation professionnelle doit apporter des réponses. Elles serviront de référence à la modification de ses attitudes ou l'encourageront à persévérer dans la voie des efforts fournis. L'appréciation des compétences impose donc la franchise de l'auteur de l'évaluation : l'employeur ne saurait se prévaloir de l'incompétence d'un salarié si les appréciations antérieurement portées sur le travail de ce dernier attestaient de sa satisfaction⁽²⁶⁵⁾.

742. – Attitude du salarié pendant l'évaluation. L'employeur tient du contrat de travail le pouvoir d'évaluer ses salariés et il peut, s'il a satisfait à ses obligations d'information⁽²⁶⁶⁾, sanctionner un collaborateur qui refuse de s'y soumettre⁽²⁶⁷⁾. Pèse également sur les salariés une obligation de bonne foi dans les réponses apportées⁽²⁶⁸⁾. L'implication exigée du salarié n'est pas sans limites : si les questions posées n'ont pas de lien direct et nécessaire avec l'évaluation de son travail ou portent atteinte à sa vie privée, il ne saurait lui être reproché de garder le silence ou de quitter l'entretien⁽²⁶⁹⁾ alors même que l'employeur aurait satisfait à ses obligations d'in-

(260) CA Grenoble, 13 nov. 2002, n° 02/02794, confirmant TGI Grenoble, 23 mai 2002 : *JCP E* 2002, 1042.

(261) J. Colonna, *Évaluation des compétences des salariés : la validité du « ranking »* : *Dr. soc.* 2003, p. 988 et s., spéc. p. 989.

(262) La jurisprudence admet que l'employeur « classe » ses salariés en fonction des notes qu'ils obtiennent aux évaluations. Elle semble néanmoins prohiber le *forced ranking* (en ce sens, TGI Nanterre, 27 nov. 2009, n° 09/10164) qui présente la spécificité de « contraindre les managers à évaluer leurs collaborateurs en remplissant un quota minimum de salariés [classés dans la dernière catégorie] » (L. Flament, *Le « ranking » forcé* : *Cah. soc. barreau* Paris 1^{er} avr. 2010, n° 219, spéc. p. 94).

(263) CA Versailles, 26 sept. 2006, n° 05/05663 : « Le seul fait d'être le moins bien classé n'est pas en soit une caractéristique suffisante d'insuffisance professionnelle ; le "ranking" ne peut être un mode de justification des licenciements ».

(264) A. Dejean de la Bâtie et J.-P. Robbe, *L'entretien annuel d'évaluation au service du bien-être au travail* : *Cah. DRH* 2010, n° 166.

(265) En ce sens, V. Cass. soc., 20 févr. 2008, n°s 06-40.085 et 06-40.615 : *Bull. civ.* 2008, V, n° 38. Un employeur ne saurait se prévaloir de l'incompétence d'un salarié pour justifier une différence de traitement lorsque ses fiches d'évaluation mentionnent des « appréciations positives sur la qualité du travail fourni ». Dans le même sens, V. Cass. soc., 2 juill. 2008, n° 07-40.618.

(266) Cass. soc., 10 juill. 2002, n° 00-42.368 : *RJS* 2002, n° 1066. Selon la Cour de cassation, l'employeur tenant de son pouvoir de direction le droit d'évaluer le travail de ses salariés, sous réserve de les informer préalablement de leur mise en œuvre, il peut sanctionner le salarié qui refuse de s'y soumettre.

(267) Cass. soc., 10 juill. 2002, n° 00-42.368 : *RJS* 2002, n° 1066.

(268) Il résulte de l'article L. 1222-2 du Code du travail que « le salarié est tenu de répondre de bonne foi aux demandes d'information effectuées par l'employeur ». Cette disposition ne vise pas expressément « les méthodes et techniques d'évaluation » (C. trav., art. L. 1222-3) mais y trouve vocation à s'appliquer en raison de l'obligation générale de bonne foi devant gouverner l'exécution du contrat de travail (C. trav., art. L. 1222-1).

(269) En ce sens, V. A. Chirez, *Notation et évaluation des salariés* : *Dr. ouvrier* 2008, p. 309 et s., spéc. p. 313 : « On peut cependant affirmer que lorsque le questionnaire d'évaluation est attentatoire à la dignité du salarié, celui-ci peut légitimement s'y soustraire. Nul n'est obligé de contribuer à son propre préjudice ». V. également CA Chambéry, 19 janv. 2010, n° 09-1180 : *RJS* 2010, n° 829. La cour d'appel estime que le désaccord manifesté par le salarié, lors d'un entretien d'évaluation, en quittant la réunion et en refusant de signer le compte rendu ne peut être assimilé à une insubordination ou à une attitude désobligeante envers l'employeur.

formation⁽²⁷⁰⁾. Le domaine de compétence du chef d'entreprise circonscrit le champ de son pouvoir disciplinaire.

743. – L'attitude du salarié lors de son évaluation peut-elle justifier une sanction disciplinaire ? Puisque l'entretien a pour objet de recueillir les explications du salarié sur les écarts constatés entre les objectifs assignés et les résultats obtenus, il doit également lui permettre de manifester ses désirs d'évolution professionnelle⁽²⁷¹⁾. Le droit d'expression reconnu au salarié s'applique au temps de l'évaluation. Sous réserve de l'abus, il ne saurait faire l'objet d'une mesure disciplinaire pour avoir manifesté son désaccord avec son supérieur hiérarchique⁽²⁷²⁾ puisque l'objet de la rencontre est de débattre des attentes respectives des parties. Il paraît difficile de concilier « un discours de responsabilisation et d'autonomie sous la menace de sanctions disciplinaires »⁽²⁷³⁾.

744. – **Pertinence d'une assistance.** L'évaluation des compétences du salarié n'a pas, en principe, une finalité disciplinaire⁽²⁷⁴⁾ et les dispositions des articles L. 1331-1 et suivants du Code du travail n'ont pas vocation à s'appliquer. Dès lors, le collaborateur ne saurait notamment prétendre à une assistance au cours de l'entretien d'évaluation⁽²⁷⁵⁾. Pourtant, la dichotomie entre ces deux manifestations du pouvoir de direction de l'employeur n'est pas absolue. La Cour de cassation retient parfois que l'évaluation a des conséquences sur l'évolution de carrière des salariés⁽²⁷⁶⁾. Certains estiment ainsi que « par nature, l'entretien d'évaluation mériterait d'être entouré de plus de garantie qu'il ne l'est actuellement » et justifierait l'assistance du salarié⁽²⁷⁷⁾. Ces arguments ne sauraient emporter la conviction. L'évaluation des salariés ne constitue pas,

(270) Un salarié peut-il refuser de se soumettre à un entretien d'évaluation qui, sur la forme, n'a pas fait l'objet d'une déclaration préalable, mais qui, sur le fond, est licite ? Faute d'avoir satisfait à ses propres obligations, l'employeur ne pourra sanctionner le manquement du salarié. L'absence de sanction encourue autorise le salarié à refuser de se soumettre à un entretien qui serait licite quant aux questions posées, mais qui n'aurait pas fait l'objet d'une déclaration préalable.

(271) La cour d'appel de Paris a estimé que le simple souhait d'évolution professionnelle manifesté à l'occasion d'un entretien d'évaluation n'est pas de nature à justifier le licenciement d'un salarié (en ce sens, V. CA Paris, 8 oct. 1998, n° 37575/97 : *JurisData* n° 1998-024275. Les juges ont estimé que le souhait manifesté par le salarié d'évoluer dans une autre branche du groupe ne démontrait pas son absence de motivation).

(272) Selon la cour d'appel de Versailles, le fait pour un salarié d'être en désaccord avec les observations faites par son supérieur hiérarchique à l'occasion de l'entretien annuel d'évaluation et de maintenir son désaccord en refusant de signer le compte rendu de cet entretien ne constitue pas un motif légitime de licenciement dès lors qu'il n'est pas soutenu que ce refus ait été exprimé en termes injurieux ou abusifs (CA Versailles, 9 oct. 2008, n° 07-3427 : *RJS* 2009, n° 312). V. également CA Chambéry, 19 janv. 2010, n° 09-1180 : *RJS* 2010, n° 829. Les juges ont estimé que le simple fait pour un salarié de manifester un désaccord avec son supérieur hiérarchique lors d'un entretien d'évaluation ne saurait constituer une faute, puisque cette rencontre avait pour objet de permettre à chaque partie de faire part de ses difficultés, récriminations, souhaits et incompréhensions.

(273) M.-C. Escande-Varniol et J.-F. Paulin, *La performance du salarié confronté au droit du travail : Travail et emploi* avr. 2004, n° 98, p. 95 et s., spéc. p. 96.

(274) En ce sens, V. V. Wauquier, note ss Cass. soc., 10 juill. 2002 : *Dr. ouvrier* 2002, p. 535, spéc. p. 536. L'auteur relève que « l'évaluation du travail des salariés découle du pouvoir de direction » et que « le contrôle et la surveillance des comportements relèvent en principe du pouvoir disciplinaire ».

(275) C. trav., art. L. 1332-2 : « Lorsque l'employeur envisage de prendre une sanction, il convoque le salarié (...). Lors de son audition, le salarié peut se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise ».

(276) En ce sens, V. Cass. soc., 7 mai 2003, n° 01-41.828. Les juges du fond ont retenu que la notation du salarié avait entraîné des incidences sur le déroulement de sa carrière. Ils ont également relevé qu'il n'avait pas fait l'objet d'une évaluation discriminatoire. La chambre sociale a rejeté le pourvoi formé contre cette décision, admettant implicitement que l'évaluation des salariés avait des répercussions sur l'évolution de leur carrière.

(277) A. Chirez, *Notation et évaluation des salariés : Dr. ouvrier* 2003, p. 309 et s., spéc. p. 315. L'auteur émet l'hypothèse selon laquelle « la notation, lorsqu'elle est mauvaise (...) constitue toujours une mesure prise par l'employeur à la suite d'un comportement, [qu'il considère], comme fautif, que cette notation soit de nature à affecter immédiatement ou non la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération ».

quelle que soit la note arrêtée par l'employeur, une mesure disciplinaire ; l'entretien au cours duquel elle est attribuée ne requiert pas l'assistance du salarié.

745. – La qualification de sanction disciplinaire est soumise à deux conditions⁽²⁷⁸⁾. La mesure patronale doit être de nature à affecter la présence du salarié dans l'entreprise et être justifiée par un comportement jugé fautif. Si au premier critère, l'appréciation des compétences satisfait, le second lui demeure étranger. En effet, il ne saurait être valablement soutenu que l'évaluation du salarié n'a pas d'influence sur sa situation professionnelle puisque, de son résultat, dépend souvent une augmentation de salaire, une promotion ou la mise en œuvre d'une formation⁽²⁷⁹⁾.

746. – À l'inverse, contrairement à ce que soutiennent certains auteurs⁽²⁸⁰⁾, une mauvaise appréciation ne traduit pas toujours la sanction par l'employeur d'un comportement fautif du salarié. Illustrant cette position, les juges décident que l'insuffisance professionnelle ne constitue pas une faute disciplinaire⁽²⁸¹⁾. Est ainsi laissée à l'employeur la faculté de porter une appréciation négative sur le travail d'un salarié sans pour autant juger fautive sa prestation. La note résultant de l'évaluation est « la conséquence d'un jugement neutre ou insuffisamment positif⁽²⁸²⁾ » du travail fourni. Elle échappe à la qualification de sanction et la justification de l'assistance du salarié ne saurait être recherchée sur le terrain disciplinaire.

747. – Consacrant cette position, la Cour de cassation précise qu'il n'entre pas dans les attributions d'un délégué du personnel d'assister un salarié lors d'un entretien d'évaluation⁽²⁸³⁾. De surcroît, l'exclusion des représentants du personnel de l'entretien ne porte pas atteinte à leurs prérogatives : leur consultation préalable à la mise en œuvre des dispositifs d'évaluation professionnelle assure leur information⁽²⁸⁴⁾. Le soutien d'un représentant du personnel ne saurait également se fonder sur les objectifs prospectifs de l'entretien d'évaluation : les salariés conservent le droit de saisir directement l'employeur de leurs revendications personnelles⁽²⁸⁵⁾. En outre, la rédaction d'un compte rendu de l'entrevue⁽²⁸⁶⁾, que le collaborateur complète et signe⁽²⁸⁷⁾, prive l'assistance d'un tiers d'un intérêt probatoire.

(278) C. trav., art. L. 1331-1.

(279) Cass. soc., 28 nov. 2007, n° 06-21.964 : *Bull. civ.* 2007, V, n° 207. La chambre sociale reconnaît que les évaluations annuelles des salariés peuvent avoir « une incidence sur le comportement des salariés, leur évolution de carrière et leur rémunération ».

(280) En ce sens, V. A. Chirez, *Notation et évaluation des salariés : Dr. ouvrier* 2003, p. 309 et s., spéc. p. 315. Selon M. Chirez, la notation, lorsqu'elle est mauvaise, « se réfère à la perception par l'employeur d'un comportement fautif, c'est-à-dire un ressenti subjectif ». Il précise également que « la non-atteinte, mal notée, des résultats prescrits sera toujours ou presque perçue par l'employeur comme un manque de diligences du salarié (...) L'insuffisance de résultats est souvent perçue par l'employeur comme fautive ».

(281) En ce sens, V. notamment Cass. soc., 9 mai 2000, n° 97-45.163 : *Bull. civ.* 2000, V, n° 170.

(282) En ce sens, V. J. Pelissier, G. Auzero et E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, 25^e éd. 2010, n° 672 : « Le refus [d'octroyer un avantage en raison d'une évaluation négative] échappe à la qualification de sanction disciplinaire (...) il n'est que la conséquence d'un jugement neutre ou insuffisamment positif. Il n'est donc pas une sanction disciplinaire ».

(283) En ce sens, V. Cass. soc., 11 févr. 2003, n° 01-88.014 : *Bull. civ.* 2003, V, n° 32.

(284) En ce sens, V. *supra*, n° 513 et s.

(285) C. trav., art. L. 2313-10 : « Les salariés conservent le droit de présenter eux-mêmes leurs observations à l'employeur ou à ses représentants ».

(286) Aucune disposition ne rend obligatoire la rédaction d'un compte rendu écrit mais l'évaluation perdrait toute portée pratique si l'employeur n'en conservait aucune trace. En ce sens, V. M. Collignon-Trocme, *L'évaluation des salariés : Les cahiers Lamy du CE* 2010, n° 98.

(287) La cour d'appel de Paris a posé que le refus par le salarié de signer le compte rendu de l'entretien ne prive pas celui-ci de portée (CA Paris, 8 févr. 2011, n° 08-10559).

B. – Les salariés spécialement protégés

748. – Aux exigences précédemment présentées de l'évaluation (1°), s'ajoutent pour les salariés spécialement protégés des contraintes propres (2°)⁽²⁸⁸⁾.

1° La soumission aux normes générales

749. – **Opération nécessaire mais périlleuse.** Si elle s'avère délicate à mettre en œuvre, l'appréciation objective de la compétence des salariés spécialement protégés est nécessaire : la Cour de cassation estime que l'absence d'évaluation d'un tel salarié faisant valoir une stagnation de sa carrière fait présumer l'existence d'une discrimination⁽²⁸⁹⁾. Une distinction illicite est démontrée lorsque le juge constate la baisse des notes accordées aux salariés à compter de leur engagement syndical⁽²⁹⁰⁾. De même, si le juge relève une incohérence entre des appréciations positives portées sur le travail du salarié et son absence d'évolution de carrière, une discrimination est établie⁽²⁹¹⁾. À l'inverse, la notation médiocre du salarié qui ne satisfait pas à ses objectifs est justifiée⁽²⁹²⁾. Les décisions fondées sur les résultats d'une évaluation objective écartent le risque de violation des dispositions de l'article L. 1132-1 du Code du travail⁽²⁹³⁾. La preuve de la compétence ou de l'incompétence incombant tant à l'employeur qu'au salarié spécialement protégé, ce dernier peut établir

(288) En ce sens, V. F. C., *Un système d'avancement ne peut exclure les RP : Semaine sociale Lamy* 2005, n° 1207, p. 7 : « S'il n'est déjà pas simple d'évaluer de la façon la plus objective possible les salariés dits ordinaires, l'exercice se complique pour les salariés protégés ».

(289) Cass. soc., 31 mars 2009, n° 07-45.522. La Cour de cassation reproche à la cour d'appel de ne pas s'être assurée que « l'absence fautive d'entretien d'évaluation et la disparité de traitement constatée, qui laissaient présumer l'existence d'une discrimination, étaient justifiées par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ». En l'espèce, des dispositions conventionnelles faisaient peser sur l'employeur l'obligation d'évaluer ses salariés. Aucune obligation légale similaire n'existant, la solution dégagée doit être circonscrite aux hypothèses où l'employeur est soumis à une obligation conventionnelle d'évaluation, ou lorsqu'il existe dans l'entreprise un usage d'évaluer régulièrement les salariés. Dès lors, le salarié spécialement protégé qui est privé d'entretien d'évaluation, et dont la carrière stagne, pourra se prévaloir d'une présomption de discrimination.

(290) En ce sens, V. Cass. crim., 27 mars 1990, n° 88-85.155. En l'espèce, l'attribution de prime était liée aux notes obtenues par les salariés. Les juges ont constaté que les notes attribuées aux salariés avaient brusquement baissé à la suite de leur engagement syndical.

(291) En ce sens, V. Cass. crim., 22 oct. 2002, n° 01-87.146. Alors que l'employeur reconnaissait au salarié par le biais de ses fiches d'évaluation, « la note maximale concernant le travail fourni, tant dans sa qualité que dans sa quantité, une connaissance professionnelle confirmée dans sa technique et une certaine connaissance professionnelle dans d'autres techniques, acquise par expérience », la capacité « d'organiser le travail d'une équipe appelée à l'assister, ainsi qu'une bonne aptitude au commandement et à la communication », ce dernier n'avait pas bénéficié d'une évolution de carrière normale. Selon les juges, ce retard ne pouvait s'expliquer qu'en raison des activités syndicales du salarié. La discrimination syndicale était établie.

(292) En ce sens, V. Cass. crim., 8 mars 1993, n° 93-81.115. La chambre sociale relève que les salariés « étaient insuffisamment disponibles, ne remplissaient pas les objectifs fixés et méritaient leur notation médiocre ». La disponibilité insuffisante, si elle est liée à l'exercice d'activités syndicales, ne saurait justifier la notation médiocre d'un salarié.

(293) En ce sens, V. Cass. soc., 5 nov. 2009, n°s 08-43.112, 08-43.242 et 08-43.304. Des salariés estimaient que leur employeur les avait exclus de certaines augmentations « au mérite » en raison de leurs activités syndicales. La Cour de cassation rejette leur pourvoi contre la décision qui les avait déboutés. Elle rappelle que « l'employeur tient de son pouvoir de direction né du contrat de travail le droit d'évaluer ses salariés » et « que les résultats d'une telle évaluation peuvent constituer une justification objective des décisions de l'employeur dès lors qu'elle est fondée sur des motifs objectifs étrangers à toute discrimination prohibée ». Selon la Cour de cassation, l'employeur a ainsi démontré que sa décision reposait sur des raisons objectives et pertinentes, sans lien avec les activités syndicales des demandeurs. Selon certains, cet arrêt consacre le mérite comme critère de différenciation licite dans l'entreprise (en ce sens, V. A. Le Quinquis, *L'évaluation des systèmes d'évaluation : Semaine sociale Lamy* 2010, n° 1471, p. 6 et s., spéc. p. 7). Cette affirmation mérite d'être précisée. L'employeur n'est pas libre dans sa définition du « mérite du salarié ». Ce dernier doit, selon la jurisprudence précédemment rappelée, reposer sur des critères objectifs et pertinents (dans l'arrêt précité, la Cour de cassation emploie ici le terme « mérite » en tant que terminologie utilisée par l'entreprise. Il s'agit d'un synonyme d'augmentation individuelle, et non d'un nouveau critère d'évaluation de la performance des salariés. Le mérite est la somme des différents critères objectifs et pertinent évalués).

sa compétence et démontrer le caractère injustifié des reproches formulés à son encontre en se soumettant à des tests organisés par des tiers⁽²⁹⁴⁾.

750. – Évolution de la position sur la mention de l'activité. Conformément aux souhaits de certains auteurs⁽²⁹⁵⁾ et à l'instar de la cour d'appel de Paris⁽²⁹⁶⁾, la Cour de cassation semble désormais interdire la simple référence aux mandats syndicaux exercés par le salarié lors de son évaluation⁽²⁹⁷⁾. Cette solution ne serait « que la simple application des dispositions législatives qui interdisent de prendre en considération l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions⁽²⁹⁸⁾ ». Pourtant, tel n'a pas toujours été la position de la Cour de cassation. En 1998, la chambre criminelle estimait que la simple mention des activités syndicales des salariés sur leur fiche d'évaluation « en l'absence de décision défavorable de l'employeur⁽²⁹⁹⁾ » était insuffisante à établir l'existence d'une discrimination. La chambre sociale considérerait qu'une mention de ce type n'était répréhensible que dans l'hypothèse où l'employeur portait par ailleurs une mention négative sur l'exercice du mandat⁽³⁰⁰⁾. Elle

(294) En ce sens, V. Cass. soc., 4 juill. 2000, n° 98-43.285 : *Bull. civ.* 2000, V, n° 2645. La Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre la décision qui « après avoir constaté que le salarié établissait qu'il avait connu un retard important de promotion en comparaison des autres salariés de la même catégorie et de la même ancienneté, et recherché si cette différence de traitement était fondée sur des critères objectifs de compétence professionnelle, a relevé que l'employeur ne fournissait aucun élément de nature à établir que la situation professionnelle du salarié était la seule cause de la disparité constatée, et qu'au contraire l'intéressé avait subi une série de tests révélant son aptitude à la classification qu'il revendiquait » et en a déduit « que l'absence de promotion était liée à son appartenance syndicale ». V. également Cass. crim., 27 mars 1990, n° 84-91.254 : *Bull. crim.* 1990, n° 156. Les juges du fond relèvent que le rappel, sur la fiche d'évaluation des activités syndicales du salarié, connues de tous, peut être qualifié de superflu, inopportun ou maladroit, mais ne saurait suffire à établir une discrimination. Ce raisonnement est approuvé par la Cour de cassation.

(295) En ce sens, V. M. Hautefort, *Entretiens d'évaluation : mieux vaut éviter toute mention de l'activité syndicale* : *JSL* 2009, n° 263. Commentant la décision de la chambre sociale du 1^{er} juillet 2009 (Cass. soc., 1^{er} juill. 2009, n° 08-40.988 : *Bull. civ.* 2009, V, n° 166), l'auteur estime que « la Cour de cassation enfonce donc le clou : il ne faut pas faire état des mandats représentatifs durant les entretiens d'évaluation. Cette consigne est limpide, on sait ce qu'il ne faut pas faire ». Pourtant, il résulte de cet arrêt que la Cour de cassation n'a pas estimé établie une discrimination, uniquement en raison de la seule mention par l'employeur de l'activité syndicale du salarié sur sa fiche d'évaluation. Ce document précisait que le salarié « n'était pas motivé par la vente, de par ses nombreuses activités syndicales. Sa présence irrégulière ne permet pas un management correct et une implication satisfaisante de sa part ». Les juges ont mis en exergue l'absence de promotion individuelle du salarié sur de nombreuses années. Ce n'est donc pas la simple mention des activités syndicales qui a permis d'établir l'existence d'une discrimination, mais les conséquences que l'employeur y attachait.

(296) En ce sens, V. CA Paris, 10 févr. 2011, n° 07/07229 : « Le fait de mentionner, dans un document dont l'objet est uniquement l'évaluation du salarié (...) ses mandats électifs (...) est discriminatoire, même en l'absence de tout impact [sur son évolution de carrière] ».

(297) En ce sens, V. Cass. soc., 23 mars 2011, n° 09-72.733 : « Sauf application d'un accord collectif visant à en assurer la neutralité ou à le valoriser, l'exercice d'activités syndicales ne peut être pris en considération dans l'évaluation professionnelle d'un salarié ».

(298) F. Signoretto, *Évaluation professionnelle des représentants du personnel : le mandat syndical ou électif ne peut être pris en considération sauf accord collectif* : *RDT* 2011, p. 386 et s., spéc. 387. Pour l'auteur, l'adage *dura lex, sed lex* justifierait la solution.

(299) En ce sens, V. Cass. crim., 31 mars 1998, n° 97-82.830. La Cour de cassation rejette le pourvoi formé à l'encontre d'une décision qui avait estimé qu'une discrimination syndicale n'était pas établie malgré la mention des activités syndicales du salarié sur sa fiche d'évaluation dès lors qu'aucune décision défavorable de l'employeur à l'égard du salarié n'était avérée.

(300) En ce sens, V. Cass. soc., 1^{er} juill. 2009, n° 08-40.988 : *Bull. civ.* 2009, V, n° 166. La Cour de cassation rejette le pourvoi contre une décision qui avait retenu l'existence d'une discrimination syndicale pour un salarié, qui n'avait pas bénéficié de promotion individuelle sur une longue période et dont certaines fiches d'évaluation précisait « qu'il n'était pas motivé par la vente de par ses nombreuses activités syndicales. Sa présence irrégulière ne permet pas un management correct et une implication satisfaisante de sa part ». Dans le même sens, V. également Cass. soc., 30 avr. 2009, n° 06-45.939 : *Bull. civ.* 2009, n° 119, où la chambre sociale relève qu'il résulte des fiches d'évaluation du salarié que ce dernier avait été pénalisé « en raison de son indisponibilité liée à son mandat syndical ». Ses activités syndicales étaient qualifiées de « trop insistantes et incisives ». Dans ces deux arrêts, ce n'est pas la simple mention des activités syndicales du salarié dans sa fiche d'évaluation qui est sanctionnée ; ce sont les conséquences qu'en tire l'employeur sur la qualité du travail fourni.

estimait également que cette mention constituait simplement un « indice » de discrimination⁽³⁰¹⁾. Si l'évolution dénoncée devait se confirmer, elle serait très contestable⁽³⁰²⁾. Les mandats dont est titulaire l'évalué étant publics et ostensibles, en sanctionner la simple évocation relèverait d'une forme d'hypocrisie. Si cette mention est portée en termes neutres, elle ne saurait à elle seule laisser préjuger d'une quelconque discrimination : elle ne traduit que la connaissance de la situation particulière du salarié, sans établir que celle-ci a été prise en compte pour arrêter certaines décisions. L'élément caractéristique de la distinction illicite fait alors défaut. La simple mention de l'activité syndicale d'un salarié sur sa fiche d'évaluation ne saurait entraîner la condamnation de l'employeur.

2° L'application des normes particulières d'évaluation

751. – Adaptation en fonction du temps consacré. En raison du temps qu'ils consacrent à l'exercice de leur mandat, les représentants du personnel « sont déchargés pour partie de certaines obligations professionnelles⁽³⁰³⁾ ». Cette particularité impose l'adaptation des systèmes d'évaluation⁽³⁰⁴⁾. L'aménagement exigé ne saurait conduire à instaurer un système d'évaluation propre aux salariés titulaires de mandats représentatifs : la Cour de cassation estime qu'une telle disposition est discriminatoire⁽³⁰⁵⁾. Une « évaluation par préférence⁽³⁰⁶⁾ » des représentants du personnel est également proscrite : l'employeur ne peut prendre en considération l'exercice par le salarié d'activités syndicales pour arrêter ses décisions, notamment en matière d'avancement⁽³⁰⁷⁾.

752. – La réduction de leur « temps de travail disponible⁽³⁰⁸⁾ » n'a pas de conséquences sur la qualité des prestations que l'employeur est en droit d'attendre. Ils doivent dès lors être soumis aux critères d'évaluation qualitatifs applicables aux autres salariés. À l'inverse, leur disponibilité réduite exige de moduler les critères

(301) En ce sens, V. Cass. soc., 15 févr. 2006, n° 04-41.667.

(302) En ce sens, V. également P. Rozec et V. Manigot, *Activités syndicales et évaluation professionnelle* : JCP S 2011, 1260.

(303) C. Leborgne-Ingelaere, *Charge de la preuve en matière de discrimination syndicale* : JCP S 2009, 1464.

(304) En ce sens, V. notamment F. Signoretto, *Évaluation professionnelle des représentants du personnel : le mandat syndical ou électif ne peut être pris en considération sauf accord collectif* : RDT 2011, p. 386 et s., spéc. p. 388 : « Les employeurs ont tout intérêt à prendre en considération le ou les mandats de ces salariés afin d'éviter qu'il ne leur soit reproché de traiter inégalement les représentants du personnel de leur entreprise ». L'auteur relève à ce titre qu'il est « paradoxal » de refuser qu'il soit fait mention de l'activité syndicale du salarié sur sa fiche d'évaluation.

(305) Cass. soc., 23 févr. 2005, n° 02-47.433. Pour l'évaluation des salariés qui, en raison d'un cumul de mandats syndicaux, consacraient la totalité, ou une majeure partie de leur temps de travail à l'exercice de leurs fonctions, un employeur avait mis en place un système d'évaluation spécifique. La Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre l'arrêt qui avait considéré cette mesure discriminatoire. Elle précise que « le système d'avancement propre aux salariés exerçant des activités syndicales à plein temps faisait de l'appartenance syndicale un critère d'application d'un régime d'avancement différent de celui des autres salariés » et qu'une telle mesure est constitutive d'une discrimination en raison de l'activité syndicale.

(306) S. Niel, *Comment évaluer les représentants du personnel ?* : Cah. DRH 2009, p. 154 et s. L'auteur précise que « l'évaluation du personnel par "la préférence" s'avère délicate ». Il cite néanmoins des exemples de cette pratique : certaines entreprises accordent le statut cadre à tout nouvel élu, quel que soit son emploi ; d'autres gratifient chaque année tous les représentants du personnel du taux d'augmentation salariale le plus élevé de la société.

(307) C. trav., art. L. 1132-1. – V. également Cass. soc., 27 mai 2008, n° 07-40.145 : « L'employeur ne peut, fût-ce pour partie, prendre en compte les absences d'un salarié liées à ses activités syndicales pour arrêter ses décisions en ce qui concerne notamment la conduite et la répartition du travail, la formation professionnelle, l'avancement et la rémunération ».

(308) Le temps consacré aux activités syndicales est considéré par le législateur comme du temps de travail effectif. Constitue un temps de travail disponible celui que le salarié ne consacre pas à l'exercice de ses responsabilités syndicales.

quantitatifs d'évaluation à due proportion du temps consacré au mandat⁽³⁰⁹⁾. La réduction des objectifs assignés au salarié mandaté ne saurait néanmoins entraîner la diminution dans les mêmes proportions des avantages attachés à leur satisfaction⁽³¹⁰⁾.

753. – La validité de ce raisonnement mathématique est soumise à débat. Les bénéfices dégagés d'un travail ne sont pas toujours proportionnels au temps qui y est consacré. Comme le reconnaît la Cour de cassation⁽³¹¹⁾, ils peuvent suivre une évolution exponentielle. Or, la détermination des objectifs des salariés mandatés en fonction de leur temps de travail disponible nie cette réalité en postulant une évolution linéaire des fruits du travail. Selon cette hypothèse, il conviendrait de réduire les objectifs assignés aux salariés mandatés dans des proportions plus importantes que la diminution de leur temps de travail disponible⁽³¹²⁾.

754. – Par ailleurs, l'exercice d'un mandat devant être indifférent aux résultats de l'évaluation, l'employeur ne peut arguer que les lacunes du salarié trouvent leur source dans le temps qu'il consacre à l'exercice de ses activités syndicales⁽³¹³⁾. À l'inverse, la disponibilité réduite du représentant du personnel ayant déjà été compensée par l'adaptation de ses objectifs, le représentant du personnel ne saurait se prévaloir du temps consacré à son mandat pour justifier de leur non-atteinte.

755. – **Cas des permanents syndicaux.** Les « permanents syndicaux⁽³¹⁴⁾ » consacrent la majorité de leur temps de travail effectif à l'exercice de leur mandat. Cette spécificité impose la mise en œuvre de systèmes d'évaluation qui leurs sont propres, sans qu'une discrimination en résulte. Au soutien de cette position, deux arguments concourent. D'une part, « dans la mesure où [les permanents syndicaux]

(309) S. Niel, *L'évaluation des représentants du personnel : Semaine sociale Lamy 2009*, n° 1390, p. 7 et s. M. Niel précise que « les objectifs fixés doivent être adaptés à la disponibilité de chaque élu. C'est finalement une règle de trois pour réduire les objectifs au prorata du temps travaillé ». L'auteur préconise de retenir la durée normale de travail sur l'année après déduction du temps passé à l'exercice des activités syndicales et de la rapporter à la durée de travail d'un salarié non mandaté. Le coefficient d'abattement ainsi calculé permet de fixer les objectifs professionnels déclinés lors de l'entretien annuel. Une vérification doit être opérée à la fin de la période évaluée pour s'assurer que le salarié n'a pas consacré plus de temps que prévu à l'exercice de ses activités syndicales. À défaut, les objectifs devront être réajustés *a posteriori*. Dans le même sens, V. B. Bossu, *Discrimination syndicale, évolution de carrière et primes variables : JCP S 2010*, 1461. Le professeur Bossu estime qu'« il convient d'adapter les objectifs confiés au salarié au temps consacré à son activité professionnelle. La solution est parfaitement logique car, pendant l'exercice de son mandat, le salarié n'est pas disponible pour remplir ses objectifs professionnels. Si ces derniers n'étaient pas adaptés au temps réellement consacré à l'activité professionnelle, le salarié pourrait difficilement remplir les objectifs prévus ».

(310) En ce sens, V. Cass. soc., 6 juill. 2010, n° 09-41.354 : *Bull. civ.* 2010, V, n° 157 ; *RJS* 2010, n° 788. Une prime d'objectif était accordée à des salariés en fonction du nombre d'entretiens commerciaux qu'ils réalisaient. Pour la Cour de cassation, les objectifs attribués à un salarié mandaté doivent être réduits en proportion du temps qu'il consacre à sa mission syndicale, mais le montant de la prime doit être identique à celui prévu au profit des autres salariés.

(311) La Cour de cassation reconnaît que les résultats d'un salarié ne suivent pas toujours une progression linéaire. Elle estime sans cause réelle et sérieuse le licenciement d'un salarié prononcé pour insuffisance de résultat qui se fonde sur une projection hypothétique des résultats de fin d'année à partir des objectifs réalisés en mai (en ce sens, V. Cass. soc., 29 sept. 2009, n° 07-45.722 ou CA Paris 15 avr. 1996 : *RJS* 1996, n° 1157).

(312) Cette position permettrait également d'atténuer les effets des interruptions de travail dues à l'exercice des activités syndicales, qui ont un impact sur la productivité des salariés mandatés.

(313) En ce sens, V. Cass. crim., 25 nov. 2003, n° 03-80.721. Selon la chambre criminelle, caractérise le délit de discrimination syndicale, le fait d'avoir exigé d'un salarié exerçant des mandats représentatifs une période probatoire significativement plus longue que celle notifiée à d'autres en justifiant cette attitude par « l'inexpérience professionnelle » de ce dernier qui trouvait sa cause dans l'exercice de nombreux mandats électifs.

(314) Les permanents syndicaux sont les salariés qui consacrent la majorité ou la totalité de leur temps de travail à l'exercice de mandats représentatifs. Certaines entreprises leur accordent une protection spécifique. L'avenant n° 3 du 15 mars 2010 à l'accord du 2 juillet 2007 relatif au dialogue social chez LCL-le Crédit lyonnais considère comme « grands élus » les salariés qui consacrent plus de 66 % de leur temps de travail à l'exercice de leurs mandats syndicaux.

sont dans une situation objectivement différente des salariés ordinaires, le principe d'égalité commande des aménagements dans leur évaluation⁽³¹⁵⁾ ». D'autre part, l'évaluation par l'employeur des permanents syndicaux est dépourvue d'objet. Ne déployant leurs compétences que dans le cadre de leurs mandats, les permanents syndicaux ne réalisent aucun travail susceptible d'être évalué par le chef d'entreprise. L'appréciation portée ne saurait également reposer sur leur aptitude à satisfaire aux exigences de leur mandat : l'employeur ne peut s'immiscer dans l'exercice des activités des représentants du personnel⁽³¹⁶⁾. Cette responsabilité incombe aux salariés, lors des élections professionnelles, ou aux organisations syndicales.

756. – Objet de négociation. Pour répondre à ces spécificités, certains suggèrent de conclure un accord collectif d'entreprise définissant les modalités d'évaluation de ces salariés particuliers⁽³¹⁷⁾. Ils préconisent également d'offrir aux permanents syndicaux l'évolution moyenne constatée au sein de la catégorie professionnelle de chaque représentant⁽³¹⁸⁾. La position défendue s'appuie sur la solution dégagée par le législateur en faveur des salariées absentes en raison d'un congé de maternité⁽³¹⁹⁾. Si la réponse proposée ne constitue pas une modalité d'évaluation, elle leur garantit une évolution de carrière semblable à celle des autres salariés. Elle présente également l'avantage d'inciter les partenaires sociaux au dialogue sur l'évolution de carrière des représentants syndicaux, comme le préconise l'article L. 2141-5 du Code du travail. Aux termes de cette disposition, « un accord détermine les mesures à mettre en œuvre pour concilier la vie professionnelle avec la carrière syndicale⁽³²⁰⁾ ». Par ailleurs, dans les entreprises d'au moins trois cents salariés, la gestion de la carrière des salariés exerçant des responsabilités syndicales doit faire l'objet

(315) T. Passerone, *L'individualisation des rémunérations*, thèse Paris II, Panthéon-Assas, 2010, n° 365.

(316) En ce sens, V. notamment Cass. soc., 30 juin 2010, n°s 09-66.792 et 09-66.793 : *Bull. civ.* 2010, V, n° 152. Sur cette décision, V. B. Bossu, *Un fait commis dans l'exercice du mandat représentatif ne peut constituer une faute* : *JCP S* 2010, 1444. Il résulte de cet arrêt qu'un employeur ne saurait sanctionner un salarié pour une faute commise dans le cadre de l'exercice d'un mandat. Dès lors, le chef d'entreprise ne saurait porter une appréciation sur les capacités du salarié à satisfaire aux exigences de son mandat. La solution dégagée pourrait s'opposer à la valorisation des compétences acquises au titre des activités syndicales organisées par certains accords collectifs (sur cette possibilité, V. notamment la Charte AXA sur la reconnaissance du parcours syndical dans le développement de la carrière et de l'évolution professionnelle, consultable sur www.espace-presse.axa.fr/attachment/139781) et préconisée par le législateur (en ce sens, V. C. trav., art. L. 2141-5 : « Un accord détermine les mesures à mettre en œuvre (...) 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 »).

(317) En ce sens, V. F. Clerc cité par F. Champeaux, *Le casse tête de l'évaluation des salariés mandatés* : *Semaine sociale Lamy* 2006, n° 1282. Concernant les permanents syndicaux, F. Clerc préconise « de dépasser le niveau supérieur hiérarchique et de centraliser tous les dossiers au niveau de la DRH. Celle-ci doit organiser une réunion annuelle où l'ensemble des cas est passé en revue. Cette gestion doit s'inscrire dans le cadre d'une commission de suivi prévue par un accord sur la carrière des représentants du personnel. En général, ces accords prévoient de faire évoluer ce personnel en prenant pour base la moyenne de la population à laquelle est rattaché chaque représentant ».

(318) En ce sens, V. également S. Niel, *L'évaluation des représentants du personnel* : *Semaine sociale Lamy* 2009, n° 1390, p. 7 et s. M. Niel estime que la solution, au cas particulier des permanents syndicaux, serait de leur accorder « une augmentation salariale égale à la moyenne des augmentations accordées aux autres salariés occupant un emploi identique ou comparable et à ancienneté équivalente ».

(319) C. trav., art. L. 1225-26 : « [La rémunération de la salariée en congé maternité] est majorée, à la suite de ce congé, des augmentations générales ainsi que de la moyenne des augmentations individuelles perçues pendant la durée de ce congé par les salariés relevant de la même catégorie professionnelle ou, à défaut, de la moyenne des augmentations individuelles dans l'entreprise ».

(320) Selon M^{me} Champeaux, le développement de l'obligation de négocier dans les entreprises de plus de trois cents salariés sur le déroulement de la carrière syndicale dans le cadre de la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences devrait « *a priori* tarir » le sujet de la discrimination syndicale lors des évaluations professionnelles (F. Champeaux, *La stabilité de la jurisprudence sur la discrimination syndicale* : *Semaine sociale Lamy* 2011, n° 1477, p. 12 et s., spéc. p. 13). Si l'obligation de négocier entraînera une prise de conscience collective, elle n'aura pas toujours pour effet de faire disparaître les comportements illicites.

d'une négociation dans le cadre de la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences⁽³²¹⁾. Si le juge n'en bouleverse pas l'équilibre, le dialogue social évite parfois les contentieux. Telle ne semble pourtant pas la voie suivie. La Cour de cassation décide en effet que les distinctions issues des accords collectifs ne sauraient à elle seules justifier une différence de traitement⁽³²²⁾. Devra-t-on présumer que les adaptations de l'évolution de carrière des représentants du personnel résultant de tels accords, dont le législateur lui-même incite à la conclusion, seront légitimes du seul fait de leur origine ? Pourront-elles être remises en cause *a posteriori* en raison de la prohibition des discriminations positives ? Le principe d'égalité de traitement étant indisponible, même pour les partenaires sociaux, la seconde hypothèse nous semble la plus vraisemblable. À l'employeur sommé de justifier les différences de traitement dénoncées, le fruit de la négociation collective ne sera alors d'aucun secours.

(321) C. trav., art. L. 2242-20.

(322) En ce sens, V. Cass. soc., 1^{er} juill. 2009, n° 07-42.675 : *Bull. civ.* 2009, V, n° 168.

LES DISPOSITIFS COLLECTIFS D'ÉVICTION DU RISQUE

757. – De la discussion doivent émerger des mécanismes de prévention des distinctions illicites. Les vertus conférées au dialogue social ont conduit le législateur à ériger la situation de certains salariés potentiellement exposés aux discriminations en thème de négociation obligatoire (Section 1). Mais, comme le relève M. le Professeur Teyssié, « il n'y a pas de véritable négociation sans liberté⁽¹⁾ ». Lorsque les thèmes de discussion sont imposés, l'autonomie des partenaires sociaux est reniée⁽²⁾. Celle-ci peut néanmoins s'épanouir dans le cadre des négociations facultatives, où les interlocuteurs décident tant du thème que des moyens consacrés aux fruits de leurs échanges (Section 2). De l'imagination des parties à l'accord surgissent parfois des solutions originales concrétisant la prohibition des discriminations.

S E C T I O N 1

L'ÉVICTION PAR LA NÉGOCIATION OBLIGATOIRE

758. – **Intérêt hypothétique de la négociation.** Le législateur attend du dialogue social qu'il surmonte les difficultés rencontrées par les pouvoirs publics : il doit favoriser l'évolution (§ 1) ou l'intégration dans l'emploi (§ 2) d'individus parfois victimes de discrimination. De ce postulat, la validité peut être discutée. Porteuse d'espoirs, la négociation rendue obligatoire débouche trop souvent sur de simples accords de principe sans portée pratique. Imposée à des périodes où l'entreprise ne dispose pas des moyens financiers nécessaires pour agir, elle intervient dans des domaines en partie étrangers à la sphère d'influence de la collectivité de travail.

(1) B. Teyssié, *À propos de la négociation collective d'entreprise* : Dr. soc. 1990, p. 575 et s.

(2) En ce sens, V. J.-F. Cesaro, *Le Code du travail est pavé de bonnes intentions. Loi n° 2006-340, 30 mars 2006, relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes* : JCP S 2006, 1273. Celle-ci est encore davantage atteinte lorsque le contenu de l'accord est en partie imposé.

§ 1. – Les négociations sur l'évolution dans l'emploi

759. – **Cadeau empoisonné.** Le législateur a fait de la négociation collective⁽³⁾ l'arme ultime pour lutter contre les inégalités professionnelles entre les femmes et les hommes. Les organisations syndicales et les entreprises deviennent les principaux acteurs de ce « combat pour les droits de l'homme du XXI^e siècle⁽⁴⁾ ». Abdiquant face aux difficultés⁽⁵⁾, les pouvoirs publics se déchargent de leurs responsabilités⁽⁶⁾ et confient au monde de l'entreprise le soin de trouver les solutions qui leur échappent depuis 1946⁽⁷⁾. Malgré l'ampleur de la tâche, le « mandant » n'hésite pas à faire peser sur le « mandataire » la menace de sanctions pécuniaires⁽⁸⁾. Ce transfert de responsabilité se traduit par des obligations de négociation disparates (A) aux effets incertains (B), les entreprises n'ayant pas les moyens d'agir sur l'ensemble des sources de l'inégalité professionnelle⁽⁹⁾.

A. – Des obligations disparates

760. – Le thème de l'égalité professionnelle doit être abordé tant au niveau de la branche (1°) qu'à celui de l'entreprise (2°). À cet échelon, les obligations de négociation s'enchevêtrent sans logique apparente.

(3) Dans les entreprises non soumises à l'obligation de négocier en application des articles L. 2232-21 et L. 2232-24 du Code du travail, ou non couvertes par un accord de branche étendu relatif à l'égalité, « il incombe à l'employeur de prendre en compte les objectifs en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et les mesures permettant de les atteindre » (C. trav., art. L. 1142-5). À défaut de partenaires sociaux, l'employeur est tenu d'élaborer et de mettre en œuvre unilatéralement des mesures en faveur de l'égalité.

(4) En ce sens, V. le « Rapport préparatoire à la concertation avec les partenaires sociaux sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes », dit Rapport Grévy, 8 juill. 2009, spéc. p. 3. M^{me} Grévy estime que l'égalité professionnelle « s'inscrit dans un contexte plus large, au niveau international, car le combat pour les droits de l'homme au XXI^e siècle, c'est d'abord celui pour les droits des femmes dans le monde ».

(5) En ce sens, V. B. Teyssié, *À propos de la négociation collective d'entreprise* : Dr. soc. 1990, p. 575 et s. : « [Les responsabilités confiées à la négociation d'entreprise] peuvent être un signe de faiblesse – l'absence d'autorité apte à décider et à imposer le respect de ses décisions ouvrant un vaste champ à la négociation, entre parties rivales ».

(6) Le désengagement de l'État de la lutte pour l'égalité des sexes est notamment illustré par l'absence d'un ministère dédié à cette tâche. Le rapport Guégot du 7 mars 2011 relatif à l'égalité professionnelle homme-femme dans la fonction publique relève (p. 23) qu'« aujourd'hui, l'Observatoire de la parité ou encore la HALDE font partie des instances en France qui sont le plus reconnues pour traiter des questions d'égalité et de discrimination, notamment entre les hommes et les femmes dans la sphère professionnelle. Cependant, l'existence passée d'un ministère de la parité et de l'égalité professionnelle ou encore d'un secrétariat d'État à la condition féminine, montre que même si le sujet est toujours une priorité, sa place dans les instances politiques est plus faible ».

(7) Const. 27 oct. 1946, Préambule, al. 3 : « La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme ». Le législateur a tenté, à de nombreuses reprises, de traduire ce principe dans le cadre des relations de travail (L. n° 72-1143, 22 déc. 1972, relative à l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes. – L. n° 83-635, 13 juill. 1983, dite loi Roudy portant modification du Code du travail et du Code pénal en ce qui concerne l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes. – L. n° 2001-397, 9 mai 2001, relative à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes. – L. n° 2006-340, 30 mars 2006, relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes).

(8) L'article 99 de la loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites crée une pénalité d'un montant égal au maximum à 1 % de leur masse salariale à l'encontre des entreprises qui ne seraient pas couvertes par accord relatif à l'égalité professionnelle au 1^{er} janvier 2012. Sur les incitations à la négociation par l'instauration de pénalité, V. P. Morvan, *Un droit pénal de la gestion des carrières (à propos des contributions punitives et pénalités de 1 %)* : Dr. soc. 2011, p. 274 et s.

(9) En ce sens, V. notamment A. Chevillard, *Négociation collective d'entreprise et suppression des écarts de rémunération entre les femmes et les hommes* : Dr. soc. 2009, p. 923 et s., spéc. p. 927 : « Les chefs d'entreprise ont fait observer qu'ils étaient les seuls à être montrés du doigt et que l'on envisageait de leur faire supporter la charge économique du règlement d'une situation qui relève bien des facteurs culturels, et dont ils ne sauraient être considérés comme seuls responsables ».

1° La négociation au niveau de la branche

761. – Rôle central. L'égalité entre les hommes et les femmes joue un rôle majeur au niveau de la branche professionnelle. Une convention conclue à cet échelon ne saurait être étendue si elle ne contient pas une clause « sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, la suppression des écarts de rémunérations et les mesures tendant à remédier aux inégalités constatées⁽¹⁰⁾ ».

762. – Information défailante. La loi du 9 mai 2001⁽¹¹⁾ a institué une obligation de négociation triennale portant sur « les mesures tendant à assurer l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et sur les mesures de rattrapage tendant à remédier aux inégalités constatées⁽¹²⁾ ». La discussion imposée doit s'engager sur la base d'indicateurs pertinents et chiffrés permettant de mesurer l'écart de situation entre les hommes et les femmes⁽¹³⁾. Le législateur n'ayant pas désigné le débiteur de ce travail préparatoire indispensable⁽¹⁴⁾, la plupart des partenaires sociaux renvoient aux observatoires de branche la charge de collecter ces données⁽¹⁵⁾. Cette tâche aurait également pu être confiée à la Commission nationale de la négociation collective notamment chargée « de suivre annuellement l'application dans les conventions collectives (...) du principe d'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes⁽¹⁶⁾ ».

763. – Cette omission porte préjudice à l'effectivité de la négociation. L'information, préalable à l'action, faisant défaut, en amont, les partenaires sociaux sont contraints de formuler des propositions sans connaître la réalité de la situation. En aval, elle rend impossible l'appréciation des effets des mesures arrêtées.

764. – Transfert. Conscients des limites de leur action, les signataires de la plupart des accords de branche transfèrent aux entreprises la charge de ce combat. Après avoir constaté les différences de traitement entre les femmes et les hommes, ils leur confient le soin de prendre les mesures pour y faire face⁽¹⁷⁾. Dernier maillon de la chaîne de la fuite des responsabilités, celles-ci sont contraintes d'agir. L'entreprise est la cible des menaces de sanctions pécuniaires qui doivent les persuader « que leur immobilisme sociétal [leur coûtera] plus cher que leur dynamisme⁽¹⁸⁾ ».

(10) C. trav., art. L. 2261-22 : « Pour pouvoir être étendue, la convention de branche conclue au niveau national (...) contient des clauses portant sur : 9° l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, la suppression des écarts de rémunération et les mesures tendant à remédier aux inégalités constatées ».

(11) L. n° 2001-397, 9 mai 2001, relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes.

(12) C. trav., art. L. 2241-3. Cette disposition précise que « la négociation porte notamment sur : 1° Les conditions d'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle ; 2° Les conditions de travail et d'emploi et notamment celles des salariés à temps partiel ».

(13) C. trav., art. D. 2241-7.

(14) A. Olivier, *Loi sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes : la notion d'indicateurs pertinents* : Lexbase n° N0752AA4 : « Si la loi ne spécifie pas qui devrait, au niveau de la branche, être l'auteur du rapport de situation comparée, en revanche, au niveau de l'entreprise, c'est à l'employeur de présenter ledit rapport aux membres du comité d'entreprise ».

(15) En ce sens, V. le « Rapport préparatoire à la concertation avec les partenaires sociaux sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes », dit Rapport Grézy, 8 juill. 2009, spéc. p. 55.

(16) C. trav., art. L. 2271-1, 8°.

(17) En ce sens, V. le « Rapport préparatoire à la concertation avec les partenaires sociaux sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes », dit Rapport Grézy, 8 juill. 2009, spéc. p. 56 : « Les accords [de branche] restent centrés sur le diagnostic partagé de la situation comparée des femmes et des hommes et les mesures envisagées sont majoritairement renvoyées aux entreprises ».

(18) D. Martins, *Les pénalités sociales : Semaine sociale Lamy* 2010, n° 1459, p. 6 et s., spéc. p. 7. Pour l'auteur, « les pénalités sociales marquent le passage de la "politique de la carotte" à la "politique du bâton". Les entreprises qui s'engagent dans des actions sociétales ne sont pas récompensées. Par contre, celles qui refuseraient de s'y engager sont sévèrement sanctionnées ».

2° L'enchevêtrement de la négociation au niveau de l'entreprise

765. – Les obligations de négociation se multiplient au niveau de l'entreprise (a), sans que le législateur en ait défini les conditions (b).

a) Le domaine de la négociation

766. – **Multipliation des textes.** La loi n° 2006-340 du 30 mars 2006⁽¹⁹⁾, complétant les dispositions issues de la loi du 9 mai 2001⁽²⁰⁾, fixe le cadre de l'obligation de négociation sur le thème de l'égalité professionnelle. Pèsent sur les employeurs des obligations multiples aux périodicités distinctes. D'une part, la négociation annuelle obligatoire relative aux salaires effectifs⁽²¹⁾ doit « définir et programmer les mesures permettant de supprimer les écarts de rémunérations entre les femmes et les hommes⁽²²⁾ ». D'autre part, le législateur impose une négociation annuelle sur les objectifs d'égalité professionnelle *lato sensu* et les mesures permettant de les atteindre⁽²³⁾. Lorsqu'elle aboutit, la périodicité de la négociation est portée à trois ans⁽²⁴⁾. Les entreprises sont incitées à faire preuve d'imagination : si les mesures qu'elles engagent sont « exemplaires pour la réalisation de l'égalité professionnelle⁽²⁵⁾ », elles peuvent prétendre à des aides financières.

767. – **Simplification.** L'addition d'obligations de négociation engendre « un système peu lisible et coûteux pour les entreprises⁽²⁶⁾ ». Un effort d'harmonisation s'impose⁽²⁷⁾. Devrait se substituer à ces obligations disparates une négociation unique et cohérente. Sauf à vouloir subir le sort réservé aux Danaïdes, il est illusoire de vouloir remédier aux inégalités de rémunération sans traiter des différences de situation qui les engendrent. Ces deux négociations visant le même objectif, il est nécessaire de les réunir. Le rapport Grésy propose de fusionner les discussions relatives à l'égalité professionnelle et à l'égalité salariale et préconise la suppression des discussions portant sur l'égalité salariale de la négociation annuelle sur les salaires effectifs⁽²⁸⁾. Cette recommandation présente le double avantage de favoriser une ap-

(19) L. n° 2006-340, 30 mars 2006, relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes.

(20) L. n° 2001-397, 9 mai 2001, relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes.

(21) C. trav., art. L. 2242-8, 2°.

(22) C. trav., art. L. 2242-7.

(23) La négociation porte notamment sur « les conditions d'accès à l'emploi, à la formation professionnelle et à la promotion professionnelle, les conditions de travail et d'emploi et en particulier celles des salariés à temps partiel, et l'articulation entre la vie professionnelle et les responsabilités familiales » (C. trav., art. L. 2242-5, al. 2).

(24) C. trav., art. L. 2242-5, al. 3.

(25) C. trav., art. D. 1143-12 : « Les actions réalisées (...) dans le cadre d'une convention ou d'un accord collectif de travail, notamment en matière de formation, de promotion ou d'organisation du travail, peuvent bénéficier d'une aide financière de l'État lorsqu'elles constituent des actions exemplaires pour la réalisation de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ».

(26) J.-F. Cesaro, *Le Code du travail est pavé de bonnes intentions. Loi n° 2006-340, 30 mars 2006, relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes* : JCP S 2006, 1273.

(27) En ce sens, V. B. Teyssié, *À propos d'une obligation de négociation triennale : commentaire de l'article L. 320-2 du Code du travail* : Dr. soc. 2005, p. 377 et s. – M. le Professeur Teyssié estime, au sujet de l'obligation de négociation sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, que « l'addition, au gré de textes successifs, d'obligation de négocier ne pourra cependant se poursuivre longtemps sans réel effort de coordination de dispositions éparées, voire, dans certains cas, d'harmonisation ». À notre sens, cette réflexion trouve vocation à s'appliquer pour les obligations de négociation concernant l'égalité professionnelle.

(28) En ce sens, V. le « rapport préparatoire à la concertation avec les partenaires sociaux sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes », dit Rapport Grésy, 8 juill. 2009, spéc. p. 89. Les auteurs proposaient « d'ajouter, à l'article L. 2242-5 du Code du travail que la négociation porte également sur l'égalité salariale et doit tendre à résorber les écarts de rémunération en définissant et en programmant des mesures permettant de résorber ces écarts ; suppri-

proche globale de l'égalité professionnelle et de réduire le nombre des obligations de négociation ; elle ne peut qu'être approuvée.

b) Les conditions de la négociation

768. – Bases des négociations. L'information des partenaires sociaux sur la situation des femmes et des hommes dans l'entreprise est un préalable à l'engagement des négociations sur l'égalité professionnelle⁽²⁹⁾. Pour le législateur, elle doit reposer « sur les éléments figurant dans le rapport de situation comparée prévu par l'article L. 2323-57 [du Code du travail], complétés éventuellement par des indicateurs tenant compte de la situation particulière de l'entreprise⁽³⁰⁾ ». Cette liste a un caractère limitatif et l'employeur ne saurait être contraint de produire d'autres éléments chiffrés dans le cadre de la préparation de cette négociation⁽³¹⁾.

769. – Pour le professeur Verkindt, le rapport de situation comparée est « la pierre angulaire de l'action en faveur de l'égalité professionnelle⁽³²⁾ ». Nombre d'édifices devraient s'effondrer : en effet, plus de la moitié des entreprises devant l'établir s'en dispensent⁽³³⁾.

770. – Par ailleurs, le renvoi général à l'article L. 2323-57 du Code du travail surprend. Alors que la négociation annuelle obligatoire concerne toutes les entreprises « où sont constituées une ou plusieurs sections syndicales d'organisations représentatives⁽³⁴⁾ » sans condition d'effectif particulière, le rapport de situation comparée⁽³⁵⁾ visé à l'article L. 2323-57 n'est obligatoire que dans les entreprises d'au moins trois cents salariés⁽³⁶⁾. La rigueur législative conduisait à proscrire le renvoi au seul article L. 2323-57⁽³⁷⁾ ; il aurait dû concerner le rapport de situation comparée *lato sensu*⁽³⁸⁾.

mer à l'article L. 2242-7 la clause d'intégration de la négociation sur les écarts de rémunération dans la NAO sur les salaires effectifs ».

(29) En ce sens, V. P.-Y. Verkindt, *L'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes : Dr. soc.* 2008, p. 1051 et s., spéc. p. 1057 : « L'efficacité de la lutte contre les inégalités salariales entre les hommes et les femmes est conditionnée par un travail préalable de connaissance du phénomène, objet de l'action (...) L'apport principal des lois les plus récentes en la matière se situe dans la volonté d'engager un "cercle vertueux" au sein duquel processus de connaissance et action s'enrichissent mutuellement ».

(30) C. trav., art. L. 2242-5, al. 2 : « Le procès-verbal [d'ouverture des négociations portant sur les écarts de rémunérations entre les femmes et les hommes] atteste que l'employeur a engagé sérieusement et loyalement les négociations ».

(31) En ce sens, V. J.-F. Cesaro, *Le Code du travail est pavé de bonnes intentions. Loi n° 2006-340, 30 mars 2006, relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes : JCP S 2006, 1273* : « Il paraît déraisonnable d'exiger [des entreprises] la recherche coûteuse d'informations supplémentaires ».

(32) En ce sens, V. P.-Y. Verkindt, *L'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes : Dr. soc.* 2008, p. 1051 et s., spéc. p. 1057.

(33) En ce sens, V. notamment M. Véricel, *Égalité professionnelle entre les femmes et les hommes : les propositions du rapport Grésy : RDT* 2009, p. 594. Reprenant les données du rapport Grésy, l'auteur rappelle également que seulement 5,2 % des accords d'entreprise abordent le thème de l'égalité professionnelle.

(34) C. trav., art. L. 2242-1.

(35) Sur ce rapport, V. le « rapport de situation comparée : guide de réalisation », août 2008, disponible sur le site Internet www.travail-emploi-sante.gouv.fr.

(36) C. trav., art. L. 2323-57.

(37) Le législateur a reproduit cette erreur à l'article L. 1143-2 du Code du travail. Cette disposition précise que le plan pour l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes est établi « au vu notamment du rapport sur la situation comparée des femmes et des hommes prévu à l'article L. 2323-57 ». Or ce plan peut être mis en œuvre dans des entreprises qui ne disposent pas d'institution représentative du personnel et dont l'effectif est largement inférieur à trois cents salariés.

(38) L'administration s'affranchit des dispositions réglementaires qui ne fixent pas le contenu du rapport de situation comparée pour les entreprises de moins de 300 salariés. Faisant œuvre créatrice, elle estime qu'avec « l'obligation de négocier sur les écarts de rémunération, il apparaît pertinent de présenter le même rapport [dans les entreprises de moins de trois salariés] que celui qui prévaut dans les entreprises d'au moins trois cents salariés » (en ce sens, V. Circ. 19 avr. 2007 concernant l'application de la loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes).

771. – Concernant la négociation relative à la réduction des écarts de rémunération, il est imposé à l'employeur de fournir aux organisations de salariés « les informations nécessaires pour leur permettre de négocier en toute connaissance de cause⁽³⁹⁾ ». L'administration préconise de leur communiquer les éléments figurant dans le rapport de situation comparée⁽⁴⁰⁾. La solution proposée ne nous paraît pas opportune. D'une part, elle entretient la confusion entre les deux négociations et n'est pas conforme au texte⁽⁴¹⁾. D'autre part, le rapport de situation comparée contient des informations étrangères à la négociation portant sur les rémunérations. Dans le cadre de la préparation de cette discussion, il convient, à notre sens, de remettre aux partenaires sociaux les renseignements exigés pour la négociation relative aux salaires effectifs⁽⁴²⁾, ventilés par sexe.

772. – **Comportement lors de la négociation.** Puisqu'« il est impossible d'exiger de deux personnes la conclusion d'un accord⁽⁴³⁾ », si le chef d'entreprise est tenu d'engager « sérieusement et loyalement⁽⁴⁴⁾ » les discussions, l'obligation de négociation n'est que de moyen⁽⁴⁵⁾. Entendue de manière limitative, cette disposition n'impose pas à l'employeur de faire des propositions⁽⁴⁶⁾. Elle sanctionne uniquement l'absence d'engagement formel des discussions. Cette position est conforme aux solutions retenues par la jurisprudence en matière d'obligation de négociation : elle précise que ni l'attitude passive de l'employeur⁽⁴⁷⁾ ni l'échec des négociations⁽⁴⁸⁾ ne sauraient donner lieu à sanction. Ainsi, « l'obligation de négocier de bonne foi ne peut entraîner aucune sanction pénale⁽⁴⁹⁾ ».

(39) C. trav., art. L. 2242-10, al. 2.

(40) En ce sens, V. Circ. 19 avr. 2007 concernant l'application de la loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes : « [L'entreprise] doit fournir les éléments permettant d'établir le diagnostic des écarts de rémunération existant, notamment sur la base du rapport de situation comparée des conditions générales d'emploi et de formation des femmes et des hommes ».

(41) La négociation sur les écarts de rémunération est intégrée à la négociation plus générale sur les salaires effectifs.

(42) Selon l'administration, la communication doit porter sur le salaire moyen par catégorie professionnelle et par sexe, mais également sur la mesure de la dispersion des rémunérations au sein de chaque catégorie professionnelle (en ce sens, V. Circ. DRT, 15 oct. 1983). Les catégories professionnelles doivent être déterminées selon la grille de classification appliquée dans l'entreprise (en ce sens, V. Rép. min. n° 26698 : JOAN CR 2 mai 1983.). Sauf accord des salariés concernés, les informations fournies ne sauraient faire état des salaires individualisés (Circ. DRT, 8 mai 1983). La cour d'appel de Versailles estime qu'une telle communication serait contraire à la protection des libertés individuelles (CA Versailles, 27 mai 1993, n° 92/3422).

(43) B. Teyssié, *À propos de la négociation collective d'entreprise* : Dr. soc. 1990, p. 575 et s., spéc. p. 579 : « Négocier n'est pas conclure (...) si deux personnes peuvent être contraintes de s'asseoir autour d'une table de négociation, il est très difficile – sinon impossible – d'exiger d'elles la conclusion d'un accord. La virtualité de l'échec fait partie du jeu ».

(44) C. trav., art. L. 2242-10, al. 2 : « Le procès-verbal [d'ouverture des négociations portant sur les écarts de rémunérations entre les femmes et les hommes] atteste que l'employeur a engagé sérieusement et loyalement les négociations ».

(45) En ce sens, V. Circ. 19 avr. 2007 concernant l'application de la loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes : « Il s'agit d'une obligation de négocier et non d'une obligation de signer un accord. En cas d'échec des négociations, le thème de la suppression des écarts de rémunérations devra être de nouveau abordé l'année suivante ».

(46) Selon l'article L. 2242-10 du Code du travail, les négociations ont été engagées sérieusement et loyalement lorsque l'employeur a « convoqué à la négociation les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise et fixé le lieu et le calendrier des réunions ».

(47) En ce sens, V. Cass. crim., 4 oct. 1989, n° 88-86.163 : Bull. crim. 1989, n° 341 : « L'article [L. 2243-1 et L. 2243-2] du Code du travail ne réprime que les manquements de l'employeur aux obligations qui lui sont imposées par les articles [L. 2241-1 et s.], dudit code, et qui sont relatives à l'ouverture de la négociation annuelle sur les salaires effectifs, la durée effective et l'organisation du temps du travail dans les entreprises où sont constituées une ou plusieurs sections syndicales d'organisations représentatives ; que le comportement de l'employeur au cours des réunions consacrées à cette négociation n'entre pas dans les prévisions de ces textes ».

(48) En ce sens, TGI Versailles, ch. corr., 5 sept. 2005, aff. n° 0431380086. Sur cette décision, V. *Échec de la négociation annuelle obligatoire et interprétation stricte de la loi pénale* : JCP S 2005, 1379.

(49) J. Savatier, *L'obligation de négociation annuelle dans l'entreprise : quelle sanction ?* : Dr. soc. 1990, p. 154 et s.

773. – Il nous semble regrettable que le législateur n'ait pas mis à la charge des organisations de salariés une semblable obligation de négocier de bonne foi⁽⁵⁰⁾. Celle-ci aurait permis d'écartier des discussions les revendications syndicales manifestement excessives⁽⁵¹⁾.

774. – **Sanction de la négociation.** Outre les menaces de pénalités qui pèsent sur les entreprises non couvertes par un accord sur l'égalité professionnelle, le chef d'entreprise qui n'aborde pas ce thème encourt une condamnation pour délit d'entrave⁽⁵²⁾. En théorie, il s'expose également à la paralysie de l'ensemble du processus de négociation annuelle obligatoire. Aux termes de l'article L. 2242-10 du Code du travail, les accords collectifs d'entreprise sur les salaires effectifs ne peuvent être déposés auprès de l'autorité administrative que s'ils sont accompagnés « d'un procès-verbal d'ouverture des négociations portant sur les écarts de rémunérations entre les femmes et les hommes, consignait les propositions respectives des parties ». Si le fruit des négociations sur les salaires non déposé ne peut entrer en vigueur⁽⁵³⁾, il conserve néanmoins sa nature d'accord collectif⁽⁵⁴⁾ et l'employeur demeure contraint de s'y soumettre. Cette sanction est donc dénuée d'intérêt ; sa suppression a été proposée par le rapport Grésy⁽⁵⁵⁾.

B. – Des effets incertains

775. – **Objet de la négociation.** Formalisant les souhaits des partenaires sociaux⁽⁵⁶⁾, le législateur en 2006 avait fixé à la négociation sur l'égalité professionnelle un objectif : assurer, au 31 décembre 2010⁽⁵⁷⁾, l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes⁽⁵⁸⁾. Mais à l'approche de l'échéance, des différences de rémunération subsistaient. Au lieu des sanctions annoncées, le législateur a, en 2010,

(50) Le professeur Cesaro relève que cette omission engendre une rupture d'égalité (J.-F. Cesaro, *Le Code du travail est pavé de bonnes intentions. Loi n° 2006-340, 30 mars 2006, relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes* : JCP S 2006, 1273). Cette affirmation pourrait, à notre sens, être contestée. Organisations de salariés et délégation de l'employeur ne se trouvent pas dans une situation identique au regard des négociations sur l'égalité salariale. Seule la partie patronale connaît les moyens dont dispose l'entreprise et peut ainsi proposer les mesures susceptibles d'être mises en œuvre.

(51) Le législateur impose à l'employeur de répondre de « manière motivée aux éventuelles propositions des organisations syndicales » (C. trav., art. L. 2242-10). L'employeur est contraint d'apporter des réponses même aux revendications les plus extrêmes.

(52) C. trav., art. L. 2243-2 : « Le fait de se soustraire aux obligations prévues aux articles L. 2242-5 (...) relatives au contenu de la négociation annuelle obligatoire est puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 € ».

(53) Selon M. le Professeur Teysié, « la méconnaissance de la règle du dépôt n'affecte pas la validité, ni la nature de la convention, elle met obstacle à son entrée en vigueur » qui n'est prévue que le lendemain de l'accomplissement de cette formalité (B. Teysié, *Droit du travail, Relations collectives*, Litec, 6^e éd. 2010, n° 991).

(54) En ce sens, V. Cass. soc., 18 oct. 2006, n° 04-40.493 : *Bull. civ.* 2006, V, n° 315 : RJS 2007, n° 125 : « Conserve son caractère d'accord d'entreprise, l'accord exécuté bien que le dépôt légal n'en ait pas été fait, dès lors que les parties à cet accord n'avaient pas entendu subordonner son entrée en vigueur à ce dépôt ». Dans le même sens, V. Cass. soc., 22 avr. 1985, n° 84-11.024 : *Bull. civ.* 1985, V, n° 249.

(55) En ce sens, V. le « rapport préparatoire à la concertation avec les partenaires sociaux sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes », dit rapport Grésy, 8 juill. 2009, spéc. p. 89.

(56) En ce sens, V. ANI 1^{er} mars 2004 relatif à la mixité et à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, art. 13-1 : « Lorsqu'un écart moyen de rémunération entre les hommes et les femmes est objectivement constaté, les branches professionnelles et les entreprises doivent faire de sa réduction une priorité ».

(57) Cet objectif est un aveu d'échec des précédentes réformes puisque l'article L. 3221-1 du Code du travail proclame que « tout employeur assure, pour un même travail ou pour un travail de valeur égal, l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes ».

(58) Antérieurement à cette réforme, l'objectif affiché était simplement de réduire les écarts de rémunération. En ce sens, V. S. Canadas-Blanc, *L'égalité salariale et professionnelle : les femmes y parviendront-elles ? À Propos de la loi n° 2006-340 du 23 mars 2006* : JCP G 2006, act. 196 : « L'objectif affiché revêt une forme de rupture à l'égard des comportements

accordé un délai supplémentaire aux entreprises. Il a également revu à la baisse l'objectif initial. L'article 99⁽⁵⁹⁾ de la loi du 9 novembre 2010⁽⁶⁰⁾ exige désormais que les entreprises d'au moins cinquante salariés soient couvertes, au 1^{er} janvier 2012, par un accord sur l'égalité professionnelle, visé à l'article L. 2245-1 du Code du travail ou, à défaut, par un plan d'action, tel que mentionné dans les rapports prévus par les articles L. 2323-47 ou L. 2323-57 dudit code. Les employeurs qui ne satisferaient pas à cette exigence s'exposeraient à une pénalité d'un montant égal, au maximum, à 1 % de l'ensemble des rémunérations versées aux salariés pendant la durée au cours de laquelle leur entreprise n'aurait pas été couverte par un de ces dispositifs.

776. – L'objectif d'égalité salariale demeure affiché mais les contraintes pour y parvenir ont été relâchées. Réformé, le dispositif semble factice. En transformant l'obligation de résultat initiale en obligation de moyens⁽⁶¹⁾, les pouvoirs publics n'encouragent pas les entreprises à agir concrètement contre l'inégalité professionnelle⁽⁶²⁾. Les accords permettant d'échapper à la pénalité prévue par l'article L. 2242-5-1 du Code du travail pourront se limiter à de simples déclarations d'intention sans portée concrète⁽⁶³⁾. Et même si les partenaires sociaux démontraient une réelle volonté de lutte contre les écarts constatés, il est possible de douter qu'ils disposent des moyens nécessaires pour y remédier : les vertus du dialogue sont dérisoires lorsque « sont en cause des représentations sociales difficiles à modifier⁽⁶⁴⁾ ».

777. – **Moyens limités de l'entreprise.** Si l'empilement des obligations de négocier sur l'égalité professionnelle nuit à la lisibilité du dispositif, « il éclaire sur le sens à donner à la suppression des écarts de rémunérations⁽⁶⁵⁾ ». Partenaires sociaux⁽⁶⁶⁾, administration⁽⁶⁷⁾ et doctrine⁽⁶⁸⁾ sont unanimes : il est illusoire de vouloir supprimer les inégalités salariales sans s'attaquer à leurs causes. S'il souhaite s'épargner le destin de Sisyphe, l'employeur doit prendre en compte cette réalité.

antérieurs, qui toujours visaient la simple réduction des écarts (...) un certain nombre d'entreprises avaient "défini" certaines mesures à cet effet mais que leur programmation était beaucoup plus rare ».

(59) Cette disposition est codifiée à l'article L. 2242-5-1 du Code du travail.

(60) L. n° 2010-1330, 9 nov. 2010, portant réforme des retraites.

(61) Antérieur à cette réforme, le rapport Grésy (spéc. p. 88) soulignait qu'il était difficile de passer d'une logique de moyen à une logique de résultat. Pour s'affranchir de cet obstacle, le législateur a fait machine arrière et a délaissé ses ambitions premières.

(62) Pourtant, lors des débats parlementaires sur la loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites, il a été soutenu que la nouvelle obligation édictée était « plus efficace » que celle voulue par les auteurs de la loi du 30 mars 2006 (en ce sens, V. Question écrite au Sénat n° 16241 : JO Sénat Q, 2 déc. 2010).

(63) En ce sens, V. M. Mine, *Discrimination et rémunération entre les femmes et les hommes : une loi ambiguë* ; RDT 2011, p. 121 et s., spéc. p. 122 : « Cette pénalité concernera les entreprises qui n'auront pas conclu un accord ou à défaut, établi un plan d'action en matière d'égalité professionnelle ; or des mesures favorables à l'égalité professionnelle peuvent ignorer la question des écarts de rémunération. Par conséquent, une entreprise pourra maintenir des écarts de rémunération entre les femmes et les hommes et pourtant échapper à la pénalité ».

(64) P.-Y. Verkindt, *La négociation d'entreprise sur les seniors* : Dr. soc. 2009, p. 915 et s., spéc. p. 920.

(65) A. Chevillard, *Négociation collective d'entreprise et suppression des écarts de rémunération entre les femmes et les hommes* : Dr. soc. 2009, p. 923 et s., spéc. p. 925.

(66) En ce sens, V. ANI 1^{er} mars 2004 relatif à la mixité et à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, art. 13 qui souligne l'importance des éléments structurels dans les inégalités de rémunération.

(67) En ce sens, V. Circ. 19 avr. 2007 concernant l'application de la loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes : « Les négociations doivent prendre en compte à la fois les discriminations salariales et l'ensemble des "effets de structure" qui concourent aux écarts de rémunération ».

(68) En ce sens, V. A. Chevillard, *Négociation collective et suppression des écarts de rémunération entre les femmes et les hommes* : Dr. soc. 2009, p. 923 et s., spéc. p. 925 : « L'objectif du législateur n'est pas simplement la disparition des discriminations salariales (...) mais bien la recherche de l'égalité des situations permettant de parvenir à l'égalité des rémunérations ».

778. – Les différences de rémunération reposent sur des facteurs structurels. Le rapport Grésy a ainsi relevé « dix leviers pour l'égalité professionnelle et salariale entre les femmes et les hommes⁽⁶⁹⁾ » sur lesquels l'entreprise doit agir⁽⁷⁰⁾. Pourtant décisifs, certains échappent à la sphère de compétence de la collectivité de travail.

779. – **Action isolée vouée à l'échec.** Ce même rapport relève que « l'articulation entre la vie professionnelle et la vie personnelle » est un élément prépondérant dans l'inégalité professionnelle, « les femmes consacrant beaucoup de temps à l'éducation des enfants et aux tâches ménagères⁽⁷¹⁾ ». Le législateur souligne également l'importance de ce motif d'inégalité puisque le rapport de situation comparée, dans les entreprises d'au moins trois cents salariés, doit contenir un indicateur chiffré sur « l'articulation entre l'activité professionnelle et l'exercice des responsabilités familiales⁽⁷²⁾ ». Si l'employeur peut influencer indirectement sur ce facteur⁽⁷³⁾, l'impulsion principale doit être donnée par les pouvoirs publics. L'organisation de la vie personnelle du salarié est en dehors de la sphère d'influence du chef d'entreprise⁽⁷⁴⁾. Le rapport Grésy souligne également l'impact des différences de formation initiale dans les écarts de rémunération dénoncés⁽⁷⁵⁾. Sur cette cause de l'inégalité, l'entreprise ne dispose que de moyens d'action limités⁽⁷⁶⁾ ; la société civile ne saurait être dispensée d'assumer ses responsabilités.

780. – **Actions concertées nécessaires.** Les responsabilités dans le déséquilibre actuel sont partagées ; les actions pour y mettre un terme doivent être concertées. L'entreprise ne saurait être seule chargée d'assumer le fardeau de l'évolution des mentalités, condition nécessaire à la réalisation de l'égalité. Elle n'en a ni les moyens ni les compétences. Sans appui extérieur, le mandat confié par les pouvoirs publics est voué à l'échec. De chacun, le rôle doit être rétabli. Par tous, les responsabilités

(69) En ce sens, V. « Rapport préparatoire à la concertation avec les partenaires sociaux sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes », dit Rapport Grésy, 8 juill. 2009, spéc. p. 90. Les auteurs de ce document estiment que le recrutement, la formation professionnelle, les parcours professionnels et les évolutions de carrière, l'accès des femmes aux postes à responsabilité, la politique de rémunération, l'organisation et l'aménagement du temps de travail, le travail à temps partiel, les conditions de travail, l'articulation entre la vie professionnelle et la vie privée, la communication et la sensibilisation à la mixité et à l'égalité professionnelle, sont des thèmes de négociation indispensables pour parvenir à une égalité salariale réelle. Chaque thème fait l'objet de propositions concrètes que l'entreprise peut mettre en œuvre.

(70) Les entreprises peuvent également se référer au « répertoire sur les pratiques d'égalités professionnelles entre les hommes et les femmes » lors de leur négociation. Compilant les initiatives, ce document recense les engagements que peuvent prendre les entreprises. Il aborde également les questions sociétales auxquelles les entreprises sont confrontées (notamment le poids des représentations culturelles et des stéréotypes, segmentation des métiers et des fonctions entre les hommes et les femmes). Sur ce répertoire, V. JCP S 2009, act. 335.

(71) En ce sens, V. Rapp. Sénat n° 642, 7 juill. 2010, sur le mal-être au travail, spéc. p. 36.

(72) C. trav., art. L. 2323-57. Consentir du risque d'immixtion dans la vie privée des salariés, le décret d'application de cette disposition n'a pas prévu d'indicateur sur ce thème.

(73) Sur des exemples d'action, V. *supra*, n° 418 et s.

(74) En ce sens, V. A. Chevillard, *Négociation collective d'entreprise et suppression des écarts de rémunération entre les femmes et les hommes* : Dr. soc. 2009, p. 923 et s., spéc. p. 929 : « On assiste à une véritable montée en puissance des questions liées à la parentalité, face auxquelles les entreprises s'interrogent parfois sur ce que peut être leur sphère de responsabilité au regard de questions qui touchent à la vie de couple, et qu'il n'est pas toujours facile de débattre dans le cadre du dialogue social ».

(75) En ce sens, V. B. Grésy, *Parité, parité chérie...* : D. 2010, p. 424 : « Les femmes restent concentrées dans dix familles professionnelles, les moins porteuses de débouchés et peu valorisées financièrement. L'écart de rémunération de l'ordre de 27 % en rémunération brute totale moyenne s'explique pour partie par la concentration des femmes dans les bas salaires ».

(76) Le rapport Grésy (spéc. p. 90) préconise de réviser la classification appliquée aux catégories professionnelles fortement féminisées.

doivent être assumées. Pour conduire la société vers l'égalité, l'entreprise ne saurait être désignée comme moteur. Elle peut néanmoins assumer avec succès la fonction « d'embrayage » chargée de transmettre à ses salariés l'impulsion venant d'une volonté politique réelle⁽⁷⁷⁾.

§ 2. – Les négociations sur le maintien dans l'emploi

781. – Le législateur impose au chef d'entreprise de négocier tant sur l'emploi des seniors⁽⁷⁸⁾ (A) que sur celui des personnes handicapées (B). Comme pour l'égalité professionnelle, il est à craindre que les partenaires sociaux ne disposent pas de moyens d'action suffisants pour parvenir seuls à des solutions pérennes.

A. – Les négociations sur les seniors

782. – **Évolution nécessaire.** Le vieillissement de la population et son impact sur le financement des systèmes de protection sociale⁽⁷⁹⁾ ont conduit les pouvoirs publics à modifier leur approche du travail des seniors. Auparavant, leur départ de l'entreprise était unanimement⁽⁸⁰⁾ perçu comme une aubaine permettant de lutter contre le chômage des plus jeunes. L'opinion dominante s'est révélée erronée puisque les mesures adoptées n'ont pas produit les effets escomptés⁽⁸¹⁾. Par ailleurs, la pression démographique et les exigences de l'Union européenne⁽⁸²⁾ ont contraint les pouvoirs publics à changer de cible : le maintien nécessaire⁽⁸³⁾ des seniors dans l'emploi est dorénavant érigé en objectif de société⁽⁸⁴⁾. L'entreprise y trouverait un intérêt : l'expérience des salariés les plus âgés, qui constituait un frein

(77) La Charte de la parentalité en entreprise, rédigée « sous le haut patronage et avec la collaboration du ministère du Travail, des Relations sociales, de la Famille et de la Solidarité » précise d'ailleurs que « c'est ensemble [pouvoirs publics et partenaires sociaux] que nous parviendrons à faire évoluer les mentalités, et à passer des grands discours sur l'égalité professionnelle aux travaux pratiques ».

(78) La négociation sur les salariés âgés concerne les salariés âgés de plus de cinquante ans pour les mesures de recrutement et les salariés de plus de cinquante-cinq ans pour les mesures de maintien dans l'emploi (CSS, art. R. 138-25). Le terme senior désigne ainsi les salariés âgés d'au moins cinquante ans. Par ailleurs, des dispositifs spécifiques sont destinés aux salariés de plus de quarante-cinq ans. Ils doivent notamment bénéficier d'un entretien de seconde partie de carrière (C. trav., art. L. 6321-1, al. 3).

(79) En ce sens, V. P.-Y. Verkindt, *La négociation d'entreprise sur les seniors : Dr. soc.* 2009, p. 915 et s. : « La question de l'emploi des seniors (...) ne cesse d'être reposée depuis plusieurs années en raison de l'augmentation de la part des plus âgés dans la population totale et des déséquilibres qui en résultent dans le financement de la protection sociale ainsi que du fait de la progression du nombre de travailleurs atteignant ou dépassant l'âge de 55 ans ».

(80) En ce sens, V. S. Guerin, *Seniors : une richesse malmenée par les entreprises : Les cahiers Lamy du CE* 2009, n° 85. L'auteur précise que par le départ anticipé des seniors, « l'État espérait faire baisser les chiffres du chômage, les entreprises pensaient se "débarrasser" de salariés considérés comme "coûteux" et peu productifs, les syndicats y voyaient une avancée sociale [certains seniors] n'étaient pas mécontents de partir plus tôt et tous pensaient faire acte de solidarité en "laissant la place aux jeunes" ».

(81) Le départ anticipé des salariés les plus âgés n'a pas donné lieu à des embauches massives ; ils ont conduit les entreprises à réduire leur effectif et à favoriser les promotions internes (en ce sens, V. P. Le Cohu, *Emploi des seniors : nouvelle donne : Cah. DRH* 2004, n° 102).

(82) En 2000, lors du Conseil de Lisbonne puis en mars 2001 à l'occasion d'une réunion à Stockholm, le Conseil européen s'était fixé pour objectif de porter à 50 % le taux d'emploi moyen des cinquante-cinq/soixante-quatre ans à l'horizon 2010.

(83) En ce sens, V. B. Teyssié, édito : *JCP S* 2008, n° 40 : « Le maintien en activité ou le retour vers l'emploi des salariés âgés de plus de 55 ans est assurément souhaitable : la structure de la démographie française y pousse ; les contraintes s'exerçant sur le financement des régimes de retraite l'imposent ; l'allongement de la durée de vie le justifie ».

(84) À ce titre, la rupture des contrats de travail des salariés âgés fait l'objet d'une déclaration auprès des URSSAF, sous peine de sanction financière (C. trav., art. L. 1221-18).

au développement de leur carrière, doit devenir une source de richesse⁽⁸⁵⁾. Ce changement de modèle⁽⁸⁶⁾ ne peut s'opérer sans un ensemble cohérent de réformes et l'implication de tous les acteurs⁽⁸⁷⁾. Pour le législateur, le dialogue social revêt une importance primordiale : le compromis qu'il recherche facilite la modification des représentations sociales et l'évolution des comportements collectifs⁽⁸⁸⁾. Face à cette situation, les pouvoirs publics ont multiplié les obligations de négociations (1°). Pourtant, les accords conclus n'ont que des effets limités (2°).

1° Le domaine de la négociation

783. – L'emploi des seniors est à la fois un thème de négociation impératif (a) et celui d'un accord obligatoire (b).

a) Les seniors, thème de négociation obligatoire

784. – **Intégration dans la GPEC.** Comme au niveau de la branche⁽⁸⁹⁾, la négociation portant sur « les conditions de retour et de maintien dans l'emploi des salariés et de leur accès à la formation professionnelle⁽⁹⁰⁾ » est intégrée aux discussions triennales⁽⁹¹⁾ ayant pour objet la gestion prévisionnelle des emplois. Elle ne concerne que les entreprises ou les groupes d'au moins trois cents salariés. La discussion imposée

(85) En ce sens, V. P. Le Cochu, *Emploi des seniors : les nouvelles obligations de l'employeur* : JCP S 2009, 1248 : « Les fins d'activité précoces [engendrent] une perte importante pour les entreprises de savoirs et de compétences acquis au fil du temps par des salariés qui quittent prématurément leur emploi ». Dans le même sens, V. également S. Guerin, *Seniors : une richesse malmenée par les entreprises* : Les cahiers Lamy du CE 2009, n° 85 : « L'entreprise tend toujours à exclure les seniors, à les reléguer aux tâches sans avenir, à les penser comme des salariés de seconde zone. L'expérience, le savoir-faire, la capacité relationnelle sont des qualités non ou peu valorisées par les entreprises qui se pensent seulement dans le court terme ou la prochaine échéance comptable ».

(86) Les partenaires sociaux estiment qu'« il est nécessaire de passer le plus rapidement possible d'une logique où l'âge a été considéré comme un facteur d'ajustement du marché du travail (...) à une pratique conduisant au maintien ou à la reprise de l'activité professionnelle jusqu'à ce que les conditions pour obtenir une retraite à taux plein soient réunies » (en ce sens, V. ANI 13 oct. 2005 relatif à l'emploi des seniors en vue de promouvoir leur maintien et leur retour à l'emploi, Préambule).

(87) Par l'accord national interprofessionnel du 13 octobre 2005 relatif à l'emploi des seniors en vue de promouvoir leur maintien et leur retour à l'emploi, les partenaires sociaux souhaitent qu'une action concertée sur le maintien en activité des seniors s'engage. Ils estimaient ainsi que « l'effort de modification des représentations socioculturelles demandé aux branches, aux territoires et aux entreprises ne pourra produire pleinement ses effets que s'il s'intègre dans un plan national d'action pour l'emploi impliquant l'État et les partenaires sociaux. L'action à mener doit s'inscrire dans le cadre d'une mobilisation générale pour l'emploi qui suppose un ensemble d'actions concernant tous les âges » (ANI préc., art. 3). Ils ont en partie été entendus ; un ensemble de mesures a été adopté afin d'encourager le maintien dans l'emploi des salariés les plus âgés. L'âge pour prétendre à une retraite à taux plein et la durée de cotisation ont progressivement été augmentés, les conditions du cumul emploi-retraite ont été assouplies, un barème de surcote progressif a été mis en place. Par ailleurs, des pénalités sur les préretraites d'entreprises ont été instituées et la « contribution Delalande » a été supprimée.

(88) En ce sens, V. P. Le Cochu, *Emploi des seniors : les nouvelles obligations de l'employeur* : JCP S 2009, 1248 : « Il convient avant tout de modifier les comportements collectifs et les représentations sociales. Pour ce faire le législateur a opté en grande partie pour la voie de la négociation collective qui permet une meilleure compréhension de la problématique ».

(89) C. trav., art. L. 2241-4 : « Les organisations liées par une convention de branche, ou à défaut, par des accords professionnels se réunissent, au moins une fois tous les trois ans pour négocier sur les conditions de travail, la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences et l'emploi des salariés âgés notamment par l'anticipation des carrières professionnelles et la formation professionnelle et sur la prise en compte de la pénibilité du travail ». La négociation sur la pénibilité du travail avait été initialement confiée par le législateur aux partenaires sociaux au niveau interprofessionnel (en ce sens, V. L. n° 2003-775, 21 août 2003, portant réforme des retraites).

(90) C. trav., art. L. 2242-19.

(91) Selon M. Le Cochu, le législateur a retenu un rythme triennal pour la négociation sur l'emploi des seniors puisque celle-ci peut amener « à revoir en profondeur l'organisation du travail dans l'entreprise ». En outre, il a craint qu'une négociation trop fréquente devienne « l'occasion d'examiner chaque année l'opportunité de mettre en place des dispositifs de préretraite » (P. Le Cochu, *Négocier sur l'emploi des seniors* : Cah. DRH 2004, n° 104).

aurait dû permettre « de renouveler les pratiques des ressources humaines et de recréer une synergie entre les projets de l'entreprise et ceux du salarié âgé⁽⁹²⁾ ». Certaines entreprises⁽⁹³⁾ ont saisi cette opportunité mais le législateur a estimé que les effets de cette incitation étaient insuffisants. Est dorénavant exigée la conclusion d'un accord sur le thème du maintien dans l'emploi des salariés les plus âgés.

b) Les seniors, thème d'un accord obligatoire

785. – Domaine de la négociation. Issu de la loi n° 2008-1330 du 17 décembre 2008⁽⁹⁴⁾, l'article L. 138-24 du Code de la sécurité sociale oblige les entreprises employant au moins cinquante salariés ou appartenant à un groupe de même effectif⁽⁹⁵⁾ à être « couvertes par un accord ou un plan d'action relatif à l'emploi des salariés âgés ». À défaut, elles s'exposent à une pénalité financière⁽⁹⁶⁾.

786. – Le dialogue n'est pas la seule issue puisque le chef d'entreprise peut dépasser l'inertie des partenaires sociaux ou s'affranchir des revendications excessives en mettant en œuvre unilatéralement un plan d'action⁽⁹⁷⁾. Cette faculté n'est pas soumise à la constatation d'un désaccord lors des négociations⁽⁹⁸⁾.

787. – Lien entre les négociations distinctes. L'obligation issue du Code de la sécurité sociale conserve des liens avec le dispositif prévu par le Code du travail. L'entreprise dont l'effectif est compris entre cinquante et deux cent quatre-vingt-neuf salariés est dispensée d'une action directe si elle est couverte par un accord de branche répondant aux conditions visées par l'article L. 138-25 du Code de la sécurité sociale⁽⁹⁹⁾. Par analogie avec cette solution, une entreprise ayant conclu, dans

(92) T. Bothuan, *De la gestion par l'âge à la GPEC : vers une nouvelle gestion de la relation salariale* : BS Lefebvre 2008, p. 529 et s., spéc. p. 535.

(93) Sur le contenu de certains accords de GPEC sur les seniors, V. T. Bothuan, *De la gestion par l'âge à la GPEC : vers une nouvelle gestion de la relation salariale* : BS Lefebvre 2008, p. 529 et s., spéc. p. 532.

(94) L. n° 2008-1330, 17 déc. 2008, de financement de la sécurité sociale pour 2009, art. 87 : JO 18 déc. 2008.

(95) Le décompte de l'effectif de l'entreprise pour l'obligation de négocier un accord sur les salariés âgés fait l'objet d'une disposition spécifique du Code de la sécurité sociale (CSS, art. D. 138-25) qui prend en compte « les salariés titulaires d'un contrat de travail au dernier jour de chaque mois ». Or, selon l'article L. 1111-2 du Code du travail, qui fixe le calcul des effectifs de l'entreprise pour l'ensemble des dispositions du Code du travail, « les salariés titulaires d'un contrat de travail à durée déterminée, les salariés titulaires d'un contrat de travail intermittent, les salariés mis à la disposition de l'entreprise par une entreprise extérieure (...) à due proportion de leur temps de présence au cours des douze mois précédents ». L'existence de deux modalités de calcul de l'effectif de l'entreprise complexifie de façon inutile la gestion de l'entreprise (en ce sens, V. P. Le Cohu, *L'année de la négociation sur l'emploi des seniors* : Cah. DRH 2009, n° 150 : « Un décret déterminera les modalités de calcul du seuil d'effectif de 50 salariés qui pourraient, de ce fait, être différentes de celles définies pour les obligations résultant du Code du travail, et ce d'autant que cette négociation est curieusement régie par des dispositions du Code de la sécurité sociale et non par le Code du travail »).

(96) À défaut d'être couvert par un plan ou un accord, l'entreprise doit s'acquitter d'une pénalité « égale à 1 % des rémunérations ou gains, au sens du premier alinéa de l'article L. 242-1 du présent code et du deuxième alinéa de l'article L. 741-10 du Code rural et de la pêche maritime, versés aux travailleurs salariés ou assimilés au cours des périodes au titre desquelles l'entreprise n'est pas couverte par l'accord ou le plan d'action mentionné à l'alinéa précédent » (CSS, art. L. 138-24, al. 2).

(97) Ce plan d'action est établi après avis du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel (CSS, art. L. 138-26).

(98) En ce sens, V. également P. Le Cohu, *Emploi des seniors : les nouvelles obligations de l'employeur* : JCP S 2009, 1248 : « Nulle part ces textes, qui insistent sur les conditions d'imposition de la pénalité, ne donnent une quelconque prééminence à l'accord par rapport au plan d'action, et ce d'autant plus que ce plan d'action doit avoir le même contenu que l'accord ».

(99) CSS, art. L. 138-26, al. 2 : « Les entreprises dont l'effectif comprend au moins cinquante salariés et est inférieur à trois cents salariés ou appartenant à un groupe dont l'effectif comprend au moins cinquante salariés et est inférieur à trois cents salariés ne sont pas soumises à cette pénalité lorsque la négociation portant sur l'emploi des salariés âgés mentionnée à l'article L. 2241-4 du Code du travail a abouti à la conclusion d'un accord de branche étendu, respec-

le cadre d'une négociation triennale sur la GPEC, un accord satisfaisant aux conditions posées par l'article L. 138-25 du Code de la sécurité sociale est-elle libérée de son obligation ? Selon M^{lle} Dauxerre⁽¹⁰⁰⁾, deux négociations distinctes seraient nécessaires, la loi ne dispensant de l'obligation prévue par l'article L. 138-25 du Code de la sécurité sociale que les entreprises couvertes par un accord de branche. Pour le professeur Verkindt, la prudence impose de séparer dans les supports la négociation sur la GPEC des salariés âgés et celle en faveur de l'emploi de seniors⁽¹⁰¹⁾.

788. – À notre sens, la double négociation préconisée n'est pas indispensable. Si l'accord conclu dans le cadre de la GPEC satisfait aux conditions posées par l'article L. 138-25 du Code de la sécurité sociale, la menace de sanction doit se dissiper. Plus qu'au contexte de la négociation, le législateur s'attache au contenu de l'accord⁽¹⁰²⁾. Par ailleurs, la fréquence identique de ces deux négociations incite à ne pas les séparer⁽¹⁰³⁾. Le dispositif du rescrit, prévu à l'article L. 138-27 du Code de la sécurité sociale⁽¹⁰⁴⁾, assure à l'employeur la validité de son dispositif. Est alors offert à l'employeur la sécurité que recherche le professeur Verkindt.

789. – Cette possibilité devrait néanmoins demeurer exceptionnelle : ce n'est que s'il contient les dispositions énumérées par la loi que l'accord conclu exonère de la pénalité. Or, les négociations de GPEC sur les seniors « s'inscrivent plutôt dans le domaine des principes que dans un objectif chiffré de maintien en emploi ou de recrutement des seniors⁽¹⁰⁵⁾ ». Dans ces conditions, ils ne satisferont pas au contenu imposé par les dispositions du Code de la sécurité sociale.

790. – Contenu de la négociation. La liberté de la négociation est atteinte par l'instauration de thèmes de discussion obligatoires ; elle est niée lorsque le contenu de l'accord est imposé⁽¹⁰⁶⁾. L'article L. 138-25 du Code de la sécurité sociale exige que l'accord ou le plan d'action en faveur de l'emploi des salariés âgés comporte un objectif chiffré de maintien dans l'emploi ou de recrutement des seniors,

tant les conditions mentionnées à l'article L. 138-25 du présent code et ayant reçu à ce titre un avis favorable du ministre chargé de l'emploi ».

(100) N. Dauxerre, *La solution française à l'emploi des seniors* : JCP S 2009, 1474 : « À s'en tenir à la lettre du texte, l'obligation de négocier sur l'emploi des seniors doit être distincte de la négociation relative à la GPEC. En effet, l'article 87 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2009 pose l'obligation, sous peine de pénalité financière pour les entreprises employant entre 50 et 300 salariés, de négocier un accord en faveur de l'emploi des seniors à moins qu'elles ne soient couvertes par un accord de branche. Dans les entreprises de plus de 300 salariés, la négociation d'un accord d'entreprise ou, à défaut, la mise en place d'un plan d'action unilatéral sur le sujet est obligatoire sans dérogation possible au niveau de la branche ».

(101) En ce sens, V. P.-Y. Verkindt, *La négociation d'entreprise sur les seniors* : Dr. soc. 2009, p. 915 et s., spéc. p. 921 : « La prudence imposera de séparer dans les supports (conventionnels ou non) [la négociation sur l'emploi des seniors] de la politique de gestion des âges de la branche, de l'entreprise ou du groupe ».

(102) En ce sens, V. P. Le Cohu, *Emploi des seniors : les nouvelles obligations de l'employeur* : JCP S 2009, 1248 : « Peu importe le support juridique, c'est l'objectif qui compte, c'est-à-dire l'élaboration sous une forme ou une autre de mesures favorisant l'emploi des seniors au niveau de l'entreprise ».

(103) CSS, art. L. 138-25.

(104) Selon les dispositions des articles L. 138-27 et R. 138-31, les entreprises peuvent soumettre leur accord ou leur plan d'action au préfet de région pour qu'il se prononce sur la validité de leur dispositif. Ce dernier a trois mois, à compter de la réception de la demande, pour notifier sa réponse à l'entreprise. Au-delà, la réponse de l'administration est réputée favorable à l'entreprise. L'avis obtenu est opposable aux organismes de recouvrement de la pénalité.

(105) B. Courtine et D. Ba, *L'emploi des seniors à compter de 2010* : JCP G 2009, 394.

(106) En ce sens, V. N. Dauxerre, *La solution française à l'emploi des seniors* : JCP S 2009, 1474 : « En imposant un contenu réglementaire strict et en assortissant l'obligation de négocier d'une pénalité financière exorbitante, le législateur a méconnu gravement le principe de la liberté de négociation ».

des mesures choisies dans une liste arrêtée par le pouvoir réglementaire et des modalités de suivi de sa mise en œuvre⁽¹⁰⁷⁾. L'accord ou le plan doit prévoir des indicateurs chiffrés de suivi dans au moins trois⁽¹⁰⁸⁾ des six domaines d'action visés par l'article R. 138-26 du Code de la sécurité sociale⁽¹⁰⁹⁾. Par une interprétation littérale contestable de cette disposition, l'administration ajoute une condition formelle à la loi. Elle impose que l'intitulé des domaines d'action tels que visés par le Code de la sécurité sociale apparaisse à l'identique dans l'accord ou le plan de l'entreprise⁽¹¹⁰⁾. Ainsi réglementée, la négociation n'offre aux partenaires sociaux que l'apparence de la liberté⁽¹¹¹⁾.

791. – L'entreprise est contrainte de mettre en œuvre une démarche d'amélioration de la situation des salariés âgés, en ciblant des domaines d'action et en prévoyant des mesures de suivi, mais elle ne saurait être sanctionnée si elle ne satisfait pas aux objectifs qu'elle affiche. L'employeur n'est débiteur que d'une « obligation de couverture⁽¹¹²⁾ » et non d'action⁽¹¹³⁾. Ces mesures formelles risquent de se révéler insuffisantes à améliorer la situation des seniors. Il est alors à craindre que le législateur sanctionne la non-atteinte des objectifs.

792. – **Sanction de la négociation.** L'entreprise non couverte par un accord ou un plan d'action s'expose à une pénalité financière dont le montant est égal à 1 % des salaires versés au cours des périodes où elle n'aura pas satisfait à son obligation⁽¹¹⁴⁾. Cette pénalité étant affectée à la Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés, ce sont les agents de l'URSSAF qui contrôlent le respect de cette obligation. Cette mission implique l'analyse de données qui leur échappent

(107) CSS, art. L. 138-25 : « [L'accord en faveur de l'emploi des salariés âgés comporte] 1° un objectif chiffré de maintien dans l'emploi ou de recrutement des salariés âgés ; 2° des dispositions favorables au maintien dans l'emploi et au recrutement des salariés âgés portant sur trois domaines d'action au moins choisis parmi une liste fixée par décret en Conseil d'État et auxquelles sont associés des indicateurs chiffrés ; 3° des modalités de suivi de la mise en œuvre de ces dispositions et de la réalisation de cet objectif ».

(108) Dans l'hypothèse où l'entreprise s'engage dans plus de trois domaines d'action, il n'est pas nécessaire que tous prévoient des objectifs chiffrés mesurés au moyen d'un indicateur dès lors qu'au moins trois font l'objet d'un tel suivi (en ce sens, V. Circ. DGEFP-DGT-DSS n° 2009-31, 9 juill. 2009, relative aux accords et aux plans d'action en faveur de l'emploi des salariés âgés prévus par l'article 87 de la loi n° 2008-1330 de financement de la sécurité sociale pour 2009, spéc. p. 5).

(109) Les six domaines d'action sont : « 1° Recrutement des salariés âgés dans l'entreprise ; 2° Anticipation de l'évolution des carrières professionnelles ; 3° Amélioration des conditions de travail et prévention des situations de pénibilité ; 4° Développement des compétences et des qualifications et accès à la formation ; 5° Aménagement des fins de carrière et de la transition entre activité et retraite ; 6° Transmission des savoirs et compétences et développement du tutorat » (CSS, art. R. 136-26).

(110) En ce sens, V. Circ. DGEFP-DGT-DSS n° 2009-31, 9 juill. 2009, relative aux accords et aux plans d'action en faveur de l'emploi des salariés âgés prévus par l'article 87 de la loi 2008-1330 de financement de la sécurité sociale pour 2009, spéc. p. 6.

(111) En ce sens, V. B. Courtine et D. Ba, *L'emploi des seniors à compter de 2010* : JCP G 2009, 394 : « Le législateur n'a donné qu'un semblant d'autonomie aux partenaires sociaux quant à la fixation des objectifs assignés dans l'accord ou le plan d'action, dans la mesure où la validité de l'accord ou du plan relève finalement et avant tout de l'appréciation de l'administration ».

(112) P.-Y. Verkindt, *La négociation d'entreprise sur les seniors* : Dr. soc. 2009, p. 915 et s., spéc. p. 920.

(113) En ce sens, V. P.-Y. Verkindt, *La négociation d'entreprise sur les seniors* : Dr. soc. 2009, p. 915 et s., spéc. p. 921 : « L'objectif peut être ou ne pas être atteint mais il s'agit avant tout d'amener l'entreprise à aller plus loin que les seules déclarations de principe et à mettre en œuvre une démarche qu'elle adopte naturellement sur le plan des décisions économiques ou de gestion ».

(114) CSS, art. L. 138-24, al. 2 : « Le montant de cette pénalité est fixé à 1 % des rémunérations ou gains, au sens du premier alinéa de l'article L. 242-1 du [Code de la sécurité sociale] et du deuxième alinéa de l'article L. 741-10 du Code rural [et de la pêche maritime], versés aux travailleurs salariés ou assimilés au cours des périodes au titre desquelles l'entreprise n'est pas couverte par l'accord ou le plan d'action mentionné à l'alinéa précédent ».

dans le cadre de leur activité classique et certains doutent de l'efficacité de ce contrôle⁽¹¹⁵⁾.

2° Les limites aux effets de la négociation

793. – Volonté du salarié. Objet de toutes les attentions, la prolongation de la carrière du salarié âgé demeure soumise à sa volonté de continuer à travailler. Or le souvenir d'anciens dispositifs de retraite anticipée a développé un « droit au retrait précoce⁽¹¹⁶⁾ ». Malgré les incitations dont ils sont l'objet et les contraintes qui pèsent sur les entreprises, les seniors « résistent⁽¹¹⁷⁾ » et souhaitent toujours quitter au plus tôt le marché du travail⁽¹¹⁸⁾. Le dispositif mis en œuvre peut imposer à l'entreprise d'assumer financièrement les conséquences des décisions individuelles des salariés⁽¹¹⁹⁾.

794. – Facteur prédominant. L'inefficacité relative des efforts déployés démontre que la norme seule⁽¹²⁰⁾ est impuissante à lutter contre cette situation. L'augmentation du taux d'emploi des seniors « dépend davantage d'une bonne tenue du marché économique et d'une évolution des mentalités que de la mise en place de dispositifs juridiques⁽¹²¹⁾ ». Sur ces facteurs, l'employeur n'a que peu d'emprise et les pouvoirs publics ne sauraient se décharger totalement de leur responsabilité sur

(115) En ce sens, V. P. Le Cohu, *Emploi des seniors : les nouvelles obligations de l'employeur* : JCP S 2009, 1248. « On peut s'interroger sur les modalités de ce contrôle portant sur des mesures liées aux politiques sociales de l'entreprise, à sa pyramide des âges et à sa situation économique, éléments qui n'entrent pas dans les éléments de contrôle habituel des organismes de sécurité sociale ». V. également B. Courtine et D. Ba, *L'emploi des seniors à compter de 2010* : JCP G 2009, 394 : « Les URSSAF, la caisse d'assurance maladie pour les départements d'Outre-mer, ou la caisse de mutualité sociale agricole doivent constater l'existence ou non de l'accord ou du plan d'action et, s'il existe, vérifier qu'il est conforme aux exigences légales. Cela peut engendrer des difficultés sur le terrain dans la mesure où ces organismes n'ont pas l'habitude de contrôler la validité des accords collectifs ».

(116) En ce sens, V. T. Meiers, *Le nouveau dispositif en faveur de l'insertion durable des seniors dans l'emploi : enjeux et perspectives* : RDT 2009, p. 651 et s. Dans le même sens, V. P.-Y. Verkindt, *La négociation d'entreprise sur les seniors* : Dr. soc. 2009, p. 915 et s. : « Dire aujourd'hui qu'il faut chercher à maintenir les plus anciens dans l'entreprise implique une inversion culturelle d'importance (...) Parmi les causes [de résistance à l'emploi des seniors] certaines s'inscrivent dans une logique de maintien des droits acquis ». Les partenaires sociaux ont également relevé cet obstacle à l'emploi des seniors. Ils estiment que « les représentations socioculturelles des seniors constituent un frein important à l'augmentation du taux d'emploi de cette catégorie de salariés (...) ». Ce phénomène a été fortement accentué dans notre pays par l'ampleur des mesures de préretraites. Elle a créé chez les employeurs et les salariés des réflexes d'anticipation des cessations d'activité encore plus importants que dans la moyenne des pays européens et préjudiciables à l'emploi des salariés » (en ce sens, V. ANI 13 oct. 2005 relatif à l'emploi des seniors en vue de promouvoir leur maintien et leur retour à l'emploi, art. 1).

(117) P. Le Cohu, *Emploi des seniors : les nouvelles obligations de l'employeur* : JCP S 2009, 1248 : « Il y a un double blocage à l'emploi des seniors : d'un côté, la résistance des salariés à travailler plus longtemps, et ce en dépit des différentes mesures prises par le législateur, notamment pour les inciter à retarder l'âge de liquidation de leur retraite, de l'autre la persistance d'une image négative au travail des seniors ».

(118) En ce sens, V. S. Guérin, *Seniors : une richesse malmenée par les entreprises* : Les cahiers Lamy du CE 2009, n° 85 : « Plus de 80 % des salariés souhaitent s'arrêter avant 60 ans et idéalement entre 50 et 57 ans ». Selon l'auteur, cette situation se fonde notamment sur le stress de plus en plus présent dans l'activité professionnelle et la perte de légitimité de l'entreprise « qui apparaît seulement inscrite dans une logique de court terme et de rentabilité pure ». Ces contraintes inhérentes à l'emploi n'incitent pas les seniors à poursuivre leur activité. Il nous apparaît dès lors illusoire d'isoler le traitement du travail des salariés âgés de ces autres difficultés connexes.

(119) En ce sens, V. N. Dauxerre, *La solution française à l'emploi des seniors* : JCP S 2009, 1474 : « L'entreprise étant contrainte de fixer un objectif de maintien dans l'emploi des seniors, une part importante de la réalisation de cet objectif est indépendante de l'entreprise puisque les seniors disposent au final de la faculté de poursuivre leur activité ».

(120) En ce sens, V. P.-Y. Verkindt, *La négociation d'entreprise sur les seniors* : Dr. soc. 2009, p. 915 et s., spéc. p. 922 : « Quel que soit le résultat [des dispositifs d'incitation au maintien dans l'emploi des salariés âgés], on peut néanmoins penser qu'elles ne permettent pas de faire l'économie d'un travail plus en profondeur sur le sens que la société civile et ses représentants entendent donner au travail ainsi qu'aux rapports de l'âge et du travail ».

(121) F. Favennec-Hery, *L'accord national interprofessionnel relatif à l'emploi des seniors : un premier pas* : JCP S 2009, 1329.

les entreprises⁽¹²²⁾. Comme pour l'égalité professionnelle, ces dernières n'ont ni les compétences ni les moyens pour trouver, seules, les clés du maintien dans l'emploi des seniors.

B. – Les négociations sur les handicapés

795. – **Constat.** Conséquence de la Première Guerre mondiale, de nombreux travailleurs furent exclus du marché du travail en raison des séquelles qu'ils ramènèrent du front. Plus pour protéger les intérêts des anciens combattants que ceux des handicapés, le Parlement « Bleu horizon » a imposé, par une loi du 26 avril 1924⁽¹²³⁾, une obligation d'emploi en faveur des mutilés mais aussi des veuves et des orphelins de guerre⁽¹²⁴⁾. La loi « Gazier » du 23 novembre 1957⁽¹²⁵⁾ étendit pour partie cette obligation « aux travailleurs handicapés⁽¹²⁶⁾ » dont l'infirmité n'était pas d'origine militaire⁽¹²⁷⁾. Le quota de mutilés de guerre fut remplacé par une obligation d'emploi de travailleurs handicapés par une loi du 10 juillet 1987⁽¹²⁸⁾.

796. – Malgré le pouvoir d'action reconnue à certaines associations⁽¹²⁹⁾, les efforts du législateur n'ont pas permis « de mettre les infirmes et les valides sur un pied d'égalité⁽¹³⁰⁾ » en matière d'accès à l'emploi⁽¹³¹⁾ : leur taux d'embauche demeure deux

(122) Si par les obligations de négociation qui pèsent sur les entreprises, les pouvoirs publics souhaitent « responsabiliser les acteurs sociaux sur ce sujet d'intérêt national » (P. Le Cohu, *L'année de la négociation sur l'emploi des seniors* : Cah. DRH 2009, n° 150), cet objectif ne doit pas avoir pour effet de leur transférer la charge de la gestion des travailleurs âgés. Le pouvoir politique ne doit pas nier ses responsabilités.

(123) L. 26 avr. 1924 assurant l'emploi obligatoire des mutilés de guerre : JO 29 avr. 1924.

(124) La loi instaure pour les entreprises de dix salariés et plus du secteur privé l'obligation d'employer dans la proportion de 10 % de leur effectif des « pensionnés de guerre ». Dans les entreprises employant plus de 50 % de main-d'œuvre féminine, les employeurs devaient embaucher, au prorata de leur personnel masculin, le quota de pensionnés de guerre. Pour la part féminine de la main-d'œuvre, ils étaient tenus d'employer « une égale proportion de veuves de guerre non remariées ou remariées avec des enfants mineurs du conjoint mort pour la France, de mères ou filles mineures de militaires morts à la guerre ». L'obligation d'emploi concernait donc les victimes de guerre au sens large. Selon l'article 3 de la loi, les « victimes d'accident du travail titulaires d'une pension en vertu de la loi du 9 avril 1898 » sont prises en compte dans la détermination du nombre d'infirmes employés si elles sont « au service de l'exploitation où l'accident s'est produit ». Les chefs d'exploitation qui « n'utilisaient » pas le nombre prescrit de pensionnés de guerre devaient faire connaître à l'office public de placement toutes les vacances d'emploi. À défaut, ils s'exposaient à « une redevance fixée à 6 francs par jour ouvrable et par pensionné ».

(125) L. n° 57-1223, 23 nov. 1957, sur le reclassement professionnel des travailleurs handicapés : JO 24 nov. 1957. Cette loi étend l'obligation d'emploi aux « administrations de l'État, des départements et des communes ainsi que les établissements publics et semi-publics quel que soit leur caractère, les entreprises nationales, les sociétés d'économie mixte et les entreprises privées chargées d'un service public ». Les pouvoirs publics ont attendu plus de trente-trois ans avant de se soumettre aux normes qu'ils imposaient aux entrepreneurs privés.

(126) Selon l'article 1^{er} de la loi n° 57-1223 du 23 novembre 1957 sur le reclassement professionnel des travailleurs handicapés, « est considéré comme travailleur handicapé pour bénéficier des dispositions de la présente loi, toute personne dont les possibilités d'acquies, ou de conserver son emploi, sont effectivement réduites par suite d'une insuffisance ou d'une diminution de ses capacités physiques ou mentales ».

(127) Les entreprises étaient alors tenues d'employer 3 % de travailleurs handicapés, inclus dans le quota de 10 % des mutilés de guerre.

(128) L. n° 87-517, 10 juill. 1987 : JO 12 juill. 1987. Cette loi supprime le quota d'emploi de 10 % de mutilés de guerre et relève le taux à 6 % de travailleurs handicapés. L'obligation ne concerne que les entreprises employant au moins vingt salariés.

(129) Les associations ayant pour objet la défense des intérêts des personnes handicapées peuvent exercer des actions civiles contre les entreprises qui ne respectent pas leur obligation d'emploi « lorsque cette inobservation porte un préjudice certain à l'intérêt qu'elles représentent » (C. trav., art. L. 5212-16).

(130) M.-C. Cagnolo, *Le handicap dans la société : problématiques historiques et contemporaines*, in *Humanisme et entreprise* déc. 2009, n° 295, p. 57 et s., spéc. p. 60.

(131) Les initiatives du législateur, notamment par le biais de la prise en compte du handicap du salarié lors de la fixation des critères d'ordre lors de licenciement pour motif économique, ont amélioré la situation des travailleurs handicapés au moment de la rupture de leur contrat de travail. En 2009, ces derniers ont été 2,5 fois moins touchés par des licenciements que les autres salariés (sur ces chiffres, V. www.handicap.fr).

fois plus faible que celui du reste de la population⁽¹³²⁾. Si ce constat s'explique en partie par des causes extérieures aux entreprises⁽¹³³⁾, la faible intégration des handicapés dans l'emploi repose principalement sur les préjugés liés à leur capacité de travail⁽¹³⁴⁾.

797. – Pour « favoriser une prise en charge collective [de l'intégration des travailleurs handicapés] par la communauté de travail et aider les entreprises à trouver les solutions les plus adaptées à la nature de leurs activités⁽¹³⁵⁾ », l'emploi des travailleurs handicapés a été érigé en thème de négociation obligatoire (1°). À brève échéance, la conclusion d'un accord collectif constitue le vecteur de l'exécution par l'entreprise de son obligation d'emploi (2°).

1° L'emploi, objet d'une négociation

798. – **Négociation sans information.** Selon l'article L. 2242-13 du Code du travail, l'employeur⁽¹³⁶⁾ est tenu d'engager chaque année des négociations « sur les mesures relatives à l'insertion professionnelle et au maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés ». Si ces discussions aboutissent, la périodicité de la négociation est portée à trois ans⁽¹³⁷⁾.

799. – La préparation des discussions incombe à l'employeur : il doit communiquer aux organisations syndicales un rapport présentant la situation de l'entreprise au regard de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés⁽¹³⁸⁾. Cependant, ni le législateur ni le pouvoir réglementaire n'ont précisé le contenu et les modalités de cette information. Comme au niveau de la branche⁽¹³⁹⁾, le Code du travail se contente de renvoyer aux dispositions générales encadrant l'obligation d'emploi

(132) En 2009, le taux d'activité des salariés handicapés était de 44 %, alors qu'il s'élevait à 70 % pour l'ensemble de la population de quinze à soixante-quatre ans. Leur taux d'emploi n'était que de 35 %, alors qu'il était de 65 % pour l'ensemble de la population. Le taux de chômage des handicapés (19 %) est deux fois plus élevé que celui des « valides » (sur ces chiffres, V. www.handicap.fr).

(133) Les salariés handicapés ont un faible niveau de formation : 32 % ont un niveau inférieur au CAP, contre 19 % dans l'ensemble des publics. Par ailleurs, 48 % d'entre eux sont chômeurs depuis plus d'un an, pour 29 % dans l'ensemble de la population (sur ces chiffres, V. Ministère de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, *Tableau de bord sur l'emploi et le chômage des personnes handicapées*, éd. 2009). Par ailleurs, M. Auvergnon relève également que les travailleurs handicapés souffrent parfois d'une dévalorisation personnelle et « d'un enfermement dans une logique d'exclusion, voire de marginalisation » (P. Auvergnon, *L'obligation d'emploi des handicapés : Dr. soc.* 1991, p. 596 et s., spéc. p. 597).

(134) En ce sens, V. M.-C. Cagnolo, *Le handicap dans la société : problématiques historiques et contemporaines*, in *Humanisme et entreprise* déc. 2009, n° 295, p. 57 et s., spéc. p. 65 : « Notre recherche a mis en évidence un certain nombre de foyers de résistances en matière de handicap dans la société actuelle qui fait que les avancées institutionnelles se heurtent à ce que nous avons appelé une sorte "d'immobilisme des univers mentaux". Cela est mis en évidence à travers trois constats : une image dépréciative du handicap liée à des peurs ancestrales perdue dans la représentation collective ; des préjugés fondés sur une méconnaissance des compétences acquises (...). Un rapport inversement proportionnel entre l'élévation des performances et le handicap même qui est perçu comme une contre-performance, une perte de rentabilité (notamment dans le domaine professionnel) ».

(135) Rapport au Parlement sur l'exécution de la loi n° 87-517 du 10 juillet 1987 en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés au titre de l'année 1989, cité par P. Auvergnon, *L'obligation d'emploi des handicapés : Dr. soc.* 1991, p. 596 et s., spéc. p. 603.

(136) Au niveau de la branche, une négociation sur les mesures tendant à l'insertion professionnelle et au maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés doit s'engager tous les trois ans (C. trav., art. L. 2241-4).

(137) C. trav., art. L. 2242-13, al. 2.

(138) C. trav., art. L. 2242-14 : « La négociation sur l'insertion professionnelle et le maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés se déroule sur la base d'un rapport établi par l'employeur présentant la situation par rapport à l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés prévue par les articles L. 5212-1 et suivants [du Code du travail] ».

(139) Selon l'article L. 2241-5 du Code du travail, les informations nécessaires à la négociation de branche sur les travailleurs handicapés devaient être déterminées par voie réglementaire ; le pouvoir réglementaire n'a pas précisé le contenu de ce rapport et s'en est remis à l'initiative de l'employeur. L'article D. 2241-8 du Code du travail précise que la négociation triennale « se déroule à partir d'un rapport établi par l'employeur présentant, pour chaque secteur d'activité, la situation par rapport à l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés prévue aux articles L. 5212-1 et suivants ».

qui ne prévoient pas l'établissement d'un document de synthèse sur la situation des handicapés dans l'entreprise.

800. – Proposition. La déclaration annuelle d'emploi des travailleurs handicapés⁽¹⁴⁰⁾ étant transmise à l'administration⁽¹⁴¹⁾ et aux représentants du personnel⁽¹⁴²⁾, un auteur recommande qu'elle serve de base à l'engagement des négociations. Même si ce document contient des informations chiffrées sur la situation des bénéficiaires de l'obligation d'emploi⁽¹⁴³⁾, il ne saurait, à lui seul, jouer ce rôle. D'une part, la déclaration est établie au niveau des établissements alors que les négociations se déroulent le plus souvent à l'échelon de l'entreprise. D'autre part, elle ne précise pas les conditions concrètes d'emploi des travailleurs handicapés⁽¹⁴⁴⁾.

801. – Pourtant, des informations sur la situation individuelle de chaque travailleur handicapé existent. L'employeur est même tenu de les adresser à l'administration⁽¹⁴⁵⁾ mais la jurisprudence⁽¹⁴⁶⁾ puis l'autorité réglementaire⁽¹⁴⁷⁾ se sont opposées à leur communication aux représentants du personnel. Dès lors, aucun des documents obligatoires ne peut, en l'état, servir de base aux négociations. Un travail de compilation de ces informations éparses est attendu de l'employeur, qui doit également les rendre anonymes.

802. – Paradoxe. La jurisprudence fait prévaloir « la protection du secret de la santé⁽¹⁴⁸⁾ » du travailleur handicapé sur l'information du chef d'entreprise. Malgré

(140) V. Bustreel, *La déclaration annuelle sur le handicap : Les cahiers Lamy du CE 2011*, n° 100 : « Souvent et injustement vécue comme une procédure administrative complexe et ennuyeuse, la déclaration obligatoire d'emploi des travailleurs handicapés est pourtant un outil important et insuffisamment exploité, qui permet de mesurer l'action conduite en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés (...) Elle représente un outil de pilotage et de gestion prévisionnelle de l'emploi des personnes handicapées ».

(141) C. trav., art. L. 5212-5.

(142) C. trav., art. R. 5212-4.

(143) C. trav., art. R. 5212-1. La déclaration d'emploi contient « 1° La répartition par sexe et selon la nomenclature des professions et catégories socioprofessionnelles de l'effectif total de l'établissement ; 2° L'effectif total des salariés de l'établissement ». Dans le document type que l'employeur doit remplir, sont également mentionnés le nombre théorique des bénéficiaires de l'obligation d'emploi de l'établissement et le nombre réel de travailleurs handicapés embauchés.

(144) Dans le cadre de l'agrément des accords conclus sur le thème de l'insertion dans l'emploi des travailleurs handicapés, l'administration relève qu'il est important de connaître la nature des contrats conclus et de préciser si ces salariés bénéficient de contrats à temps partiel (Circ. DGEFP n° 2009-16, 27 mai 2009, relative à l'évaluation des accords de groupe, d'entreprise ou d'établissement sur l'insertion professionnelle des travailleurs handicapés conclus dans le cadre de l'article L. 5212-8 du Code du travail). Ces informations sont primordiales pour apprécier la situation concrète de l'emploi des travailleurs handicapés dans l'entreprise.

(145) Selon l'article R. 5212-2, « l'employeur joint [à la déclaration d'emploi] : 1° la liste des bénéficiaires de l'obligation d'emploi ainsi que les pièces justifiant de leur qualité de bénéficiaire, et leur effectif apprécié dans les conditions prévues à l'article L. 5212-14 ». Le document type prévu par l'administration prévoit la mention de l'âge du bénéficiaire, de la nature de son contrat de travail et de sa durée de travail.

(146) La cour d'appel de Lyon (24 janv. 2001, n° 00-3541 : RJS 2002, n° 1309) avait contraint un employeur à transmettre aux représentants du personnel la déclaration sur la situation individuelle de chaque travailleur handicapé. Les juges du fond avaient estimé que « la connaissance par les membres du comité d'établissement de la seule qualité de handicapé de certains salariés [n'enfreignait] pas la protection de la vie privée puisqu'elle n'[était] que la conséquence de la démarche volontaire effectuée par ceux-ci pour bénéficier de ce statut et que par ailleurs la confidentialité de ce renseignement [était] suffisamment garantie par l'obligation de discrétion pesant sur les membres de ce comité ». Ce raisonnement a été censuré par la Cour de cassation (Cass. 2° civ., 10 juin 2004, n° 02-12.926 : *Bull. civ.* 2004, II, n° 292). Elle estime que le respect de la vie privée des travailleurs handicapés s'oppose à la communication de ces informations aux représentants du personnel.

(147) Le décret n° 2003-886 du 16 septembre 2003 relatif aux modalités de la communication de la déclaration annuelle des emplois occupés par des travailleurs handicapés et modifiant le Code du travail a complété l'ancien article R. 323-10 du Code du travail [recodifié sous l'article R. 5212-4]. Cette disposition prévoit que la communication faite aux représentants du personnel « ne comprend pas la liste des bénéficiaires de l'obligation d'emploi ».

(148) P.-Y. Verkindt, *Travailleur handicapé. Un salarié n'a aucune obligation de révéler son état de santé ou son handicap à son employeur* : JCP S 2007, 1053.

les obligations de déclaration et d'emploi pesant sur l'entreprise, la Cour de cassation estime qu'un salarié ne peut être sanctionné pour avoir gardé secret son handicap, quand bien même cette omission porterait préjudice à l'employeur au regard des dispositions de l'article L. 5212-2 du Code du travail⁽¹⁴⁹⁾.

803. – Les pouvoirs publics ne semblent pas décidés à mettre un terme à cette contradiction. Interrogé sur l'opportunité de confier au médecin du travail la charge d'informer l'employeur du nombre de salariés handicapés qu'il emploie, le gouvernement a estimé que cette proposition « remettrait en cause le principe de protection de la vie privée des salariés⁽¹⁵⁰⁾ ». Pourtant, cette solution présentait l'avantage de préserver l'anonymat des bénéficiaires, tout en permettant au chef d'entreprise de satisfaire à ses obligations.

2° L'accord, modalité d'une obligation

804. – **Pluralité des modes d'exécution de l'obligation.** Aux individus en situation de handicap, la collectivité nationale reconnaît un droit individuel à la compensation⁽¹⁵¹⁾. Le devoir collectif de solidarité s'illustre notamment par une obligation légale d'emploi⁽¹⁵²⁾ : incombe aux entreprises d'au moins vingt salariés la charge d'employer 6 %⁽¹⁵³⁾ de travailleurs handicapés⁽¹⁵⁴⁾. L'employeur pouvant satisfaire à cette disposition sans recruter ou maintenir effectivement dans l'emploi des salariés handicapés⁽¹⁵⁵⁾, d'aucuns estiment que l'obligation d'emploi a été dénaturée⁽¹⁵⁶⁾. Le choix laissé incite parfois l'entreprise à retenir la solution la moins onéreuse au

(149) En ce sens, V. Cass. soc., 6 mai 2003, n° 01-41.370 : *RJS* 2003, n° 1083 : « Les dispositions régissant l'emploi des travailleurs handicapés ayant été adoptées dans l'intérêt exclusif de ceux-ci, ne revêt pas de caractère fautif le fait pour un salarié ne pas révéler à l'employeur sa qualité de travailleur handicapé ». Dans le même sens, V. Cass. soc., 7 nov. 2006, n° 05-41.380 : *Bull. civ.* 2006, V, n° 386 (sur cet arrêt, V. P. Pochet, *Un salarié déclaré handicapé par la COTOREP n'a pas à révéler son état de handicapé à l'employeur* : *JCP E* 2007, 1122). La chambre sociale estime également que le salarié n'est pas tenu de révéler son handicap lors de l'embauche (Cass. soc., 21 sept. 2005, n° 03-44.855 : *Bull. civ.* 2005, V, n° 262 ; *RJS* 2005, n° 1163).

(150) Sur cette proposition, V. Question écrite au Sénat n° 11415, réponse publiée au *JO Sénat Q*, 14 avr. 2011.

(151) L'article L. 114-1 du Code de l'action sociale et des familles proclame que « toute personne handicapée a droit à la solidarité de l'ensemble de la collectivité nationale ». Cette dernière bénéficie d'un droit à la compensation de son handicap, notamment pour permettre son insertion professionnelle (C. action soc. et fam., art. L. 114-1-1).

(152) En ce sens, V. F. Héas, *État de santé, handicap et discrimination en droit du travail* : *JCP S* 2011, 1279.

(153) C. trav., art. L. 5212-2 : « Tout employeur emploie, dans la proportion de 6 % de l'effectif total de ses salariés à temps plein ou à temps partiel, des travailleurs handicapés, mutilés de guerre et assimilés, mentionnés à l'article L. 5212-13 ».

(154) Peuvent être comptabilisées au titre des travailleurs handicapés des personnes qui ne souffrent d'aucune infirmité. L'article L. 5212-13 du Code du travail, qui définit les bénéficiaires de l'obligation d'emploi, renvoie aux articles L. 394, 395 et 396 du Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre. Ces dispositions concernent notamment les conjoints et les enfants de militaires bénéficiant d'une rente d'invalidité ou décédés dans le cadre de l'exercice de leur mission.

(155) Les données statistiques renforcent cette position : en 2009, seuls 25 % des établissements soumis aux dispositions de l'article L. 5212-2 mettaient en œuvre l'obligation uniquement par le biais de l'emploi de travailleurs handicapés (sur ces chiffres, V. Ministère de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, *Tableau de bord sur l'emploi et le chômage des personnes handicapées*, éd. 2009, spéc. p. 40).

(156) En ce sens, V. M.-L. Cros-Courtial, *Les obligations patronales à l'égard des handicapés après la loi du 10 juillet 1987* : *Dr. soc.* 1988, p. 598 et s., spéc. p. 603 : « Les nouvelles dispositions n'assignent pas expressément comme objectif à l'obligation d'emploi d'assurer le droit à l'emploi de tous les handicapés en état d'exercer une profession », spéc. p. 605 : « Les promoteurs de la loi ont largement autorisé les employeurs à s'acquitter de leur obligation légale par des solutions autres que l'embauche directe d'handicapés ». Dans le même sens, V. également P. Auvergnon, *L'obligation d'emploi des handicapés* : *Dr. soc.* 1991, p. 596 et s., spéc. p. 597 : « La loi du 10 juillet 1987 n'aurait pas favorisé l'insertion professionnelle des personnes handicapées (...) il se pourrait qu'elle ait dénaturé l'obligation d'emploi. L'obligation d'emploi ne se traduit pas par des emplois ».

détriment de l'objectif d'intégration des travailleurs handicapés⁽¹⁵⁷⁾. Elle gère plus qu'elle ne remplit son obligation d'emploi.

805. – À défaut de satisfaire au quota de 6 % de travailleurs handicapés, l'employeur qui contracte avec des entreprises adaptées ou qui accueille en stage des personnes handicapées⁽¹⁵⁸⁾ met en œuvre partiellement son obligation⁽¹⁵⁹⁾. Il l'exécute totalement soit par le versement d'une contribution annuelle au fonds de développement pour l'insertion professionnelle des handicapés⁽¹⁶⁰⁾, soit « en faisant application d'un accord de branche, de groupe, d'entreprise ou d'établissement agréé prévoyant la mise en œuvre d'un plan annuel ou pluriannuel en faveur des travailleurs handicapés⁽¹⁶¹⁾ ». Cette modalité d'exécution permet à l'employeur d'avoir une gestion globale de la question du handicap : alors qu'en principe, « l'obligation d'emploi s'applique établissement par établissement⁽¹⁶²⁾ », la conclusion d'un accord permet « une péréquation entre établissements d'une même entreprise⁽¹⁶³⁾ ». L'administration refuse ce bénéfice aux différentes entreprises soumises à un même accord de groupe⁽¹⁶⁴⁾.

806. – Contenu de l'accord. L'employeur qui conclut un accord agréé par l'autorité administrative⁽¹⁶⁵⁾ comportant un plan d'embauche en milieu ordinaire et au moins deux actions choisies sur une liste arrêtée par décret satisfait à son obligation d'emploi⁽¹⁶⁶⁾. Dès lors, si l'accord conclu dans le cadre de l'obligation annuelle de négociation sur les travailleurs handicapés satisfait à ces conditions, il vaut exécution de l'obligation établie à l'article L. 5212-2 du Code du travail⁽¹⁶⁷⁾. À défaut

(157) En ce sens, V. N Maggi-Germai, *La construction juridique du handicap* : Dr. soc. 2002, p. 1092 et s., spéc. p. 1098 : « L'obligation d'emploi des personnes handicapées mise à la charge de l'employeur par le Code du travail est une obligation de résultat qui peut revêtir plusieurs formes (...) on aboutit à une logique de "financiarisation" du handicap qui s'accompagne d'une mécanique de déresponsabilisation : la question du handicap se gère en dehors de l'entreprise ».

(158) C. trav., art. L. 5212-7 : « L'employeur peut s'acquitter partiellement de l'obligation d'emploi en accueillant en stage (...) des personnes handicapées, dans la limite de 2 % de l'effectif total des salariés de l'entreprise ».

(159) C. trav., art. L. 5212-6 : « L'employeur peut s'acquitter partiellement de l'obligation d'emploi en passant des contrats de fournitures de sous-traitance ou de prestations de services avec : 1° soit des entreprises adaptées ; 2° soit des centres de distribution de travail à domicile ; 3° soit des établissements ou services d'aide par le travail ». Selon l'article R. 5212-9 du Code du travail, « la dispense partielle de l'obligation d'emploi, en application de l'article L. 5212-6, ne peut être supérieure à la moitié du pourcentage fixé à l'article L. 5212-2 ».

(160) C. trav., art. L. 5212-9.

(161) C. trav., art. L. 5212-8.

(162) C. trav., art. L. 5212-3, al. 1.

(163) C. trav., art. R. 5212-18.

(164) En ce sens, V. Circ. DGEFP n° 2009-16, 27 mai 2009, relative à l'évaluation des accords de groupe, d'entreprise ou d'établissement sur l'insertion professionnelle des travailleurs handicapés conclus dans le cadre de l'article L. 5212-8 du Code du travail : « La mise en application d'un accord de groupe ne peut pas avoir pour effet de mettre une péréquation de l'obligation d'emploi entre des entreprises distinctes appartenant au même groupe. Il ne peut pas y avoir de transfert d'une obligation légale d'une entreprise à une autre ».

(165) Les accords de branche sont agréés par le ministre chargé de l'emploi après avis du Conseil supérieur pour le reclassement professionnel et social des travailleurs handicapés. Les accords de groupe, d'entreprise ou d'établissement sont agréés par le préfet après avis de la commission départementale de l'emploi et de l'insertion (C. trav., art. R. 5212-14).

(166) C. trav., art. R. 5212-14 : « Le programme annuel ou pluriannuel prévu par les accords de l'article L. 5212-8 comporte un plan embauche en milieu ordinaire et deux au moins des actions suivantes : 1° Un plan d'insertion et de formation ; 2° Un plan d'adaptation aux mutations technologiques ; 3° Un plan de maintien dans l'entreprise en cas de licenciement ».

(167) L'autorité administrative estime qu'« il est possible d'intégrer l'insertion professionnelle des personnes handicapées dans des accords généraux sur l'emploi ou la formation professionnelle par exemple. Cependant, seul un accord collectif qui remplit les conditions exigées par l'autorité administrative vaudra exécution de l'obligation d'emploi ». En ce sens, V. www.travail-emploi-sante.gouv.fr, rubrique « L'accord d'entreprise en faveur de l'emploi des handicapés / Questions juridiques et techniques ».

d'agrément, il conserve sa nature d'accord collectif et produit ses effets sur la collectivité de travail. Les négociateurs peuvent néanmoins ériger la validation administrative en condition résolutoire de l'engagement⁽¹⁶⁸⁾.

807. – Agrément de l'accord. L'agrément de l'accord constitue un enjeu important puisqu'il délivre l'employeur de son obligation d'emploi. Pour encadrer le pouvoir d'appréciation laissé à l'administration que certains estimaient trop important⁽¹⁶⁹⁾, une circulaire du 27 mai 2009 fixe ses conditions de délivrance⁽¹⁷⁰⁾. L'accord doit reposer sur un état de la situation économique de l'entreprise ou du groupe et de l'emploi des travailleurs handicapés. Les mesures envisagées doivent être chiffrées et leur coût être au moins égal à celui de la contribution que l'employeur aurait versée à l'AGEFIPH à défaut d'accord. Pour l'administration, le choix de l'exécution de l'obligation d'emploi par la voie d'un accord ne saurait être dicté par des motifs économiques.

808. – Contrôle des objectifs arrêtés. La non-réalisation des objectifs affichés dans l'accord est-elle sanctionnée ? En théorie, « l'état d'avancement du programme prévu » par l'accord devant être mentionné dans la déclaration obligatoire d'emploi des travailleurs handicapés⁽¹⁷¹⁾, un contrôle annuel est effectué. Mais, en pratique, la vérification de la réalisation des objectifs s'effectue à la fin de la période de validité de l'accord, lorsque l'entreprise dépose une nouvelle demande d'agrément⁽¹⁷²⁾. De l'application de l'accord précédent sur le double terrain du « quantitatif » et du « qualitatif » dépend la décision de l'administration⁽¹⁷³⁾.

809. – Limite de la négociation obligatoire. De la négociation collective sur l'égalité, le législateur impose le rythme et parfois le contenu. Les partenaires sociaux demeurent libres d'aller au-delà de ces exigences et d'entamer des discussions dépassant leurs obligations légales. Les accords négociés sans contraintes s'avèrent parfois utiles dans la lutte contre le risque de discrimination.

(168) En ce sens, V. www.travail-emploi-sante.gouv.fr, rubrique « L'accord d'entreprise en faveur de l'emploi des handicapés / Questions juridiques et techniques ».

(169) En ce sens, V. notamment M.-L. Cros-Courtial, *Les obligations patronales à l'égard des handicapés après la loi du 10 juillet 1987* : Dr. soc. 1988, p. 588 et s., spéc. p. 604 : « [L'exigence d'agrément] permet à l'administration du travail de considérer qu'un chef d'entreprise n'occupant pas le quota prescrit de salariés handicapés satisfait néanmoins aux prescriptions légales s'il s'engage à fournir un certain effort en faveur de l'insertion des personnes handicapées ».

(170) Circ. DGEFP n° 2009-16, 27 mai 2009, relative à l'évaluation des accords de groupe, d'entreprise ou d'établissement sur l'insertion professionnelle des travailleurs handicapés conclus dans le cadre de l'article L. 5212-8 du Code du travail.

(171) C. trav., art. R. 5212-2, 4°.

(172) Selon la circulaire DGEFP n° 2009-16 du 27 mai 2009, « les accords sont agréés pour leur durée de validité ».

(173) Circ. DGEFP n° 2009-16, 27 mai 2009, relative à l'évaluation des accords de groupe, d'entreprise ou d'établissement sur l'insertion professionnelle des travailleurs handicapés conclus dans le cadre de l'article L. 5212-8 du Code du travail.

L'ÉVICTION PAR LA NÉGOCIATION FACULTATIVE

810. – La négociation collective est un vecteur des engagements du chef d'entreprise. Ceux-ci permettent parfois de prévenir des contentieux (§ 2) ou de gérer ceux apparus (§ 1).

§ 1. – Les dispositifs curatifs

811. – **Liquidation d'une succession.** Dans certaines entreprises, la mise à l'index de salariés pour des motifs prohibés a pu être pratiquée sciemment. Mais le développement contemporain de la lutte contre les discriminations a incité les salariés à saisir les juges tant pour faire cesser ces comportements que pour obtenir réparation des préjudices subis. Face à la multiplication des actions individuelles et à la disparition des preuves⁽¹⁷⁴⁾, des entreprises, notamment dans le secteur de la métallurgie⁽¹⁷⁵⁾, ont estimé inutile de « faire Camerone⁽¹⁷⁶⁾ » et de réfuter l'évidence. Souvent à l'occasion d'un changement de direction⁽¹⁷⁷⁾, elles ont saisi l'opportunité de solder les erreurs du passé en s'engageant dans la négociation d'accords-cadres sur les litiges relatifs à des faits de discrimination. Forme originale de gestion collective de contentieux individuels, ces accords ont, à notre connaissance, concerné uniquement des litiges tenant à des discriminations syndicales. Mais rien ne s'oppose à leur mise en œuvre pour d'autres motifs de distinction illicites⁽¹⁷⁸⁾. Les effets de ces accords méritent d'être analysés (B) ; ils dépendent principalement des conditions de leur négociation (A).

A. – La négociation de l'accord

812. – **Intérêts réciproques.** Les accords sur les litiges relatifs à l'évolution de carrière des salariés syndiqués ont pour objet d'éteindre des contentieux déjà engagés ou de prévenir ceux à venir. Ils fixent un cadre global à la conclusion de transactions individuelles au profit des représentants du personnel⁽¹⁷⁹⁾. Grâce au concours

(174) À l'époque des faits, aucun document n'était établi pour justifier de l'attribution de mesures de promotion ou d'augmentation. Les principaux protagonistes des événements (hiérarchie, collègues) ont souvent quitté l'entreprise au moment du contentieux. L'employeur se trouve dans l'impossibilité de justifier objectivement de l'évolution de carrière du salarié qui s'estime victime d'une discrimination.

(175) Ont notamment signé des accords de règlement de litiges liés à des discriminations syndicales, les entreprises Renault, Peugeot et SNECMA.

(176) Le 30 avril 1863, à Camerone au Mexique, soixante-cinq soldats de la Légion étrangère résistèrent à plus de 2 000 militaires Mexicains. Après dix heures de combat, les huit légionnaires encore valides ne consentirent à se rendre qu'à la condition de conserver leurs armes et que leurs blessés soient soignés. Depuis cette date, au sein de la Légion étrangère, l'expression « faire Camerone » désigne notamment l'engagement dans une bataille perdue d'avance.

(177) En ce sens, V. P. Rennes, *L'accord Peugeot : échec à la discrimination syndicale* : *Dr. ouvrier* 1998, p. 488 et s., spéc. p. 492. L'auteur précise que la conjoncture était favorable à la conclusion de cet accord, la direction de l'entreprise souhaitant impulser une nouvelle dynamique aux relations sociales.

(178) Par la négociation d'un accord-cadre, l'employeur reconnaît, au moins implicitement, qu'une politique généralisée de discrimination a pu être menée. Tel n'est pas le cas lorsque les contentieux engagés sont la conséquence d'actes isolés.

(179) L'accord Peugeot du 11 septembre 1998 (*Dr. ouvrier* 1998, p. 488 et s.) contient un modèle de formule par lequel la victime donne mandat au syndicat afin de « négocier en son nom et pour son compte » toute transaction indivi-

des organisations de salariés, les victimes bénéficient de conditions d'indemnisation qu'elles n'auraient pu négocier seules ou obtenir d'un juge ; leur sont épargnés les frais d'un contentieux et les risques résultant de l'aléa judiciaire. Elles peuvent même obtenir réparation au titre de faits prescrits. Par cette démarche, les syndicats réinvestissent le terrain de la discrimination qu'ils avaient pu délaissé ; ils renforcent leur rôle de protection des intérêts des salariés en général et de leurs adhérents en particulier.

813. – Lorsque des cas de discrimination sont établis⁽¹⁸⁰⁾, les employeurs ont également intérêt à négocier de tels accords. Outre les avantages inhérents à l'extinction transactionnelle d'un contentieux, l'aboutissement de ces discussions a des répercussions positives sur l'image de l'entreprise. Démarche volontaire, elle traduit l'intention « de mettre un terme aux différends du passé pour aborder les questions de l'avenir⁽¹⁸¹⁾ », alors que la succession de décisions judiciaires défavorables entache la réputation de l'entreprise et de ses dirigeants⁽¹⁸²⁾. Même si elles font l'objet de négociation, le chef d'entreprise conserve la maîtrise des conditions d'indemnisation : il définit les « panels de comparaison » et les modalités de réparation du préjudice⁽¹⁸³⁾.

814. – **Pressions contentieuses.** En raison des pressions s'exerçant sur l'employeur, le professeur Lyon-Caen qualifiait les accords de fin de grève de « négociation à chaud » par opposition « aux négociations normatives qui ont lieu à froid⁽¹⁸⁴⁾ ». Les discussions des accords de fin de grève se déroulent alors que pèse sur l'employeur la menace des conséquences de la cessation prolongée de son activité. Malgré ce contexte hostile, la jurisprudence estime que le consentement de l'employeur, « qui cède à la pression normale résultant de toute grève⁽¹⁸⁵⁾ », demeure libre et éclairé. À l'inverse, le vice de violence est constitué et l'annulation de l'accord encourue lorsque l'employeur a été séquestré⁽¹⁸⁶⁾.

Moins oppressantes qu'en cas de conflit collectif, des contraintes extérieures s'exercent également sur l'employeur qui s'engage par un accord-cadre sur les discriminations. Cette négociation pourrait être qualifiée de « tempérée ».

duelle « en vue de régler toutes les conséquences civiles des faits de discriminations et d'entraves » dont elle a été victime. L'accord Renault du 14 décembre 2001 donne une plus grande initiative aux victimes : il contient dans ses annexes les modèles de transaction que les salariés victimes peuvent conclure avec l'employeur.

(180) Quand bien même la démarche implique une reconnaissance implicite de l'existence de pratiques discriminatoires dans l'entreprise, les employeurs précisent généralement dans les préambules des accords qu'ils n'ont jamais été animés par une telle logique. Il est ainsi rappelé dans le préambule de l'accord Peugeot que la direction « n'a jamais entendu porter entrave aux libertés syndicales ou discriminer des "mandatés" de quelque organisation que ce soit ». La position de la direction de Renault est plus équivoque. Le préambule de l'accord du 14 décembre 2001 pose que « des représentants du personnel de Renault déclarent avoir subi ou subir un préjudice dans leur évolution de carrière. Renault prend acte de la réalité de cette situation mais considère que les mandats de représentants du personnel n'ont jamais été pris en considération pour décider d'une évolution de carrière ».

(181) Accord Peugeot 11 sept. 1998 : *Dr. ouvrier* 1998, p. 488 et s.

(182) Cette méthode amiable de règlement des conflits permet des économies de temps, une relative confidentialité dans la gestion des dossiers individuels et la préservation des relations « avec l'adversaire d'occasion mais partenaire d'habitude » (en ce sens, V. A. Bernard, *L'optimisation du contentieux par les entreprises* : D. 2009, p. 1701 et s.).

(183) L'accord peut prévoir ces conditions d'indemnisation ou renvoyer à une étude individuelle de chaque cas.

(184) G. Lyon-Caen, *Le conflit du Parisien Libéré et le système français de règlement des conflits du travail* : *Dr. soc.* 1977, p. 438 et s., spéc. p. 447.

(185) H. Guyot, *Prévention des conflits collectifs de travail*, thèse Paris II, Panthéon-Assas, 2009, n° 423.

(186) En ce sens, V. Cass. soc., 8 nov. 1984, n° 82-14.816 : *Bull. civ.* 1984, V, n° 423.

815. – Le consentement de l'employeur qui s'engage sous la menace de la saisine d'un juge est-il vicié ? À notre sens, une réponse négative s'impose. Dans le cadre de transactions individuelles, sous réserve du caractère abusif de la menace⁽¹⁸⁷⁾, la jurisprudence valide les engagements obtenus sous la contrainte de l'exercice d'une voie de droit⁽¹⁸⁸⁾. Cette solution peut être étendue aux accords-cadres. Seuls pourraient alors être annulés pour vice de violence, les accords conclus en raison de la menace d'exercice de recours infondés, motivés uniquement par l'intention de nuire à l'image de l'entreprise.

B. – Les effets de l'accord

816. – Par le biais d'un support unique (1°), l'accord-cadre contient des engagements distincts (2°).

1° L'*instrumentum*

817. – **Parties à la négociation.** Pour prétendre à la qualification d'accord d'entreprise, l'accord-cadre doit répondre aux conditions posées par les articles L. 2232-12 et suivants du Code du travail. Pourtant, des considérations tenant aux circonstances particulières de sa négociation⁽¹⁸⁹⁾ conduisent parfois l'employeur à n'engager des discussions qu'avec une seule organisation syndicale. Ce choix n'est pas exempt de risques. Sur le fondement de l'article L. 2232-16 du Code du travail, la Cour de cassation exige que l'ensemble des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise soient conviées aux négociations des accords collectifs⁽¹⁹⁰⁾. Un syndicat ne saurait être invité à des discussions qu'en qualité de mandataire de ses adhérents. Même à des discussions qui ne concernent que les membres d'une seule organisation de salariés, les règles impératives de la représentation collective imposent la convocation de l'ensemble des partenaires sociaux.

818. – Par analogie avec la solution retenue pour les accords de fin de conflit⁽¹⁹¹⁾, les accords-cadres ne satisfaisant pas aux conditions de majorité doivent, à notre sens, produire les effets d'un engagement unilatéral de l'employeur. L'interdiction des discriminations syndicales s'oppose à ce que le bénéfice de ses dispositions soit réservé aux seuls adhérents des organisations signataires⁽¹⁹²⁾. Au choix des termes

(187) La jurisprudence estime que la transaction conclue sous la contrainte de l'exercice d'une voie de droit n'est pas entachée de nullité sauf si la menace d'action en justice présente un caractère abusif (en ce sens, V. Cass. soc., 26 oct. 1976, n° 77-40.720 : *Bull. civ.* 1976, V, n° 812).

(188) B. Petit, *Contrats et obligations* : *JCl. Civil*, art. 1111 à 1115.

(189) Tel est le cas lorsque les membres d'un syndicat ont fait l'objet d'une discrimination systématique qui n'a pas été infligée aux adhérents d'autres organisations. En ce sens, V. l'accord Peugeot du 11 septembre 2008 qui n'a été conclu qu'avec le syndicat CGT.

(190) En ce sens, V. Cass. soc., 2 déc. 1998, n° 97-11.677 : *Bull. civ.* 1998, V, n° 532 ; *RJS* 1999, n° 78 : « Les accords d'entreprises doivent être négociés conformément à l'article [L. 2232-16 du Code du travail] avec toutes les organisations syndicales de salariés représentatives dans l'entreprise ».

(191) Cass. soc., 15 janv. 1997, n° 94-44.914 : *Bull. civ.* 1997, V, n° 20 ; *RJS* 1997, n° 191 : « Un accord de fin de grève (...) s'analyse soit en accord collectif d'entreprise lorsqu'il est signé après négociation avec les délégués syndicaux (...) soit en un engagement unilatéral ».

(192) En ce sens, V. notamment Cass. soc., 29 mai 2001, n° 98-23.078 : *Bull. civ.* 2001, V, n° 185 : « Les dispositions d'une convention ou d'un accord collectif qui tendent à améliorer l'exercice du droit syndical dans les entreprises ou les institutions représentatives du personnel sont applicables de plein droit à tous et en particulier aux syndicats représentatifs sans qu'il y ait lieu de distinguer entre ceux qui ont signé ou adhéré à la convention ou à l'accord collectif et ceux qui n'ont pas signé la convention ou l'accord collectif et ceux qui n'y ont pas adhéré ».

de l'accord, une attention particulière doit être portée. Sous peine de devoir accorder des dommages et intérêts à l'ensemble des salariés ayant eu une progression de carrière plus faible que la moyenne⁽¹⁹³⁾, l'engagement syndical *lato sensu* du pré-tendant à l'indemnité doit être érigé en condition d'application des mesures prévues par l'accord.

2° Les *negotia*

819. – Nature de l'engagement. L'accord de gestion des contentieux de discrimination est à la fois un acte préparatoire visant à encadrer de futures transactions individuelles et un acte normatif à l'égard des syndicats signataires. Ceux-ci s'engagent à abandonner les poursuites entamées⁽¹⁹⁴⁾ sous réserve que l'employeur respecte ses engagements en termes d'indemnisation. En qualité de partie à l'acte, les syndicats peuvent poursuivre en justice l'exécution de l'accord.

820. – La conclusion d'un accord par les partenaires sociaux n'entraîne pas l'extinction transactionnelle des litiges individuels. Le salarié doit manifester sa volonté d'adhérer aux mécanismes indemnitaires négociés, soit en donnant mandat à l'organisation syndicale de conclure la transaction en son nom et pour son compte, soit en effectuant lui-même cette démarche.

821. – Cet accord-cadre peut-il être qualifié de stipulation pour autrui conclu par le syndicat au bénéfice de la victime de discrimination ? À notre sens, cette qualification doit être écartée. Bien que devant être « acceptée⁽¹⁹⁵⁾ » par le bénéficiaire, la stipulation pour autrui ne saurait mettre à sa charge une obligation⁽¹⁹⁶⁾. Or, l'accord-cadre prévoit la conclusion d'une transaction par le salarié. L'obligation imposée est incompatible avec la qualification de stipulation pour autrui puisqu'elle exige que la victime renonce à ses actions à l'encontre de l'employeur.

822. – À notre sens, par l'accord-cadre, l'employeur émet une offre conditionnelle de transaction. L'une des particularités du mécanisme tient à l'origine des conditions fixées dans l'offre : celles-ci ne sont pas déterminées de manière unilatérale par le pollicitant mais sont le fruit d'une négociation avec des tiers. L'employeur

(193) Le préjudice subi par le salarié dans l'évolution de sa carrière résulte de l'écart entre le traitement qu'il a subi et l'évolution moyenne constatée dans un panel de référence. Tous les salariés qui n'ont pas bénéficié de ce traitement moyen, c'est-à-dire la moitié des membres du panel, pourraient estimer avoir subi un préjudice et en demander réparation.

(194) En ce sens, V. l'accord Peugeot du 11 septembre 1998 qui prévoit le désistement des instances engagées par la CGT.

(195) F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil : les obligations*, Dalloz, 10^e éd. 2009, spéc. n° 519 : « Il faut que le tiers déclare vouloir profiter, qu'il accepte suivant l'expression consacrée : nul ne peut acquérir un droit contre sa volonté ».

(196) Cass. 3^e civ., 10 avr. 1973, n° 71-12.719 : *Bull. civ.* 1973, III, n° 273 ; D. 1974, p. 21 et s., note C. Larroumet. La Cour de cassation estime qu'aux termes des articles 1119 et suivants du Code civil, une stipulation pour autrui ne saurait faire naître qu'un droit au profit d'un tiers et non mettre à sa charge une obligation stipulée en dehors de lui. Néanmoins, la Cour de cassation admet que la stipulation pour autrui n'exclut pas que le bénéficiaire soit tenu d'obligation dans le cas où il les aurait acceptées en même temps que le droit stipulé à son profit (en ce sens, V. notamment Cass. 1^{re} civ., 8 déc. 1987, n° 85-11.769 : *Bull. civ.* 1987, I, n° 343. – Cass. 1^{re} civ., 7 juin 1989, n° 87-14.648 : *Bull. civ.* 1989, I, n° 233). Le professeur Larroumet estime cependant que « cette solution a pour conséquence de transformer la stipulation pour autrui d'une façon telle qu'on peut douter qu'il s'agisse encore d'une stipulation pour autrui (...) dans la mesure où, d'une part, le bénéficiaire ne peut se voir attribuer le droit sans être tenu des obligations et que, d'autre part, il ne peut être tenu des obligations que s'il les accepte, c'est son acceptation qui le rend créancier et débiteur du promettant. Dès lors, il n'y a plus d'exception au principe de l'effet relatif des contrats, et l'on doit admettre qu'il ne s'agit plus d'une stipulation pour autrui » (C. Larroumet, *Stipulation pour autrui : Rép. dr. civ.* Dalloz). Le mécanisme décrit se rapproche alors davantage de l'offre et de l'acceptation que de celui de la stipulation pour autrui.

s'engage à conclure une transaction en vue d'éteindre un litige individuel si le salarié accepte les conditions proposées. Le caractère *intuitu personae* de la transaction s'efface devant l'analyse objective de la situation du salarié. Dès lors que celle-ci satisfait aux exigences de l'accord, l'employeur est tenu de mettre un terme au litige par la voie amiable.

823. – Révocabilité de l'offre. L'analyse civiliste de l'accord-cadre ne saurait suffire à en définir le régime juridique ; celui-ci dépend également des caractéristiques propres de l'*instrumentum*. Alors que l'offre faite à des personnes déterminées⁽¹⁹⁷⁾ peut être librement révoquée par le pollicitant à condition d'avoir été maintenue pendant un délai raisonnable⁽¹⁹⁸⁾, la rétractation de la proposition contenue dans l'accord-cadre est encadrée par les dispositions du Code du travail. La révocation de l'accord-cadre conclu pour une durée indéterminée ne sera effective qu'une fois expiré le délai de préavis⁽¹⁹⁹⁾. Si l'accord a pris la forme d'un engagement unilatéral, sa dénonciation imposera l'information des représentants du personnel et de ses potentiels bénéficiaires et elle ne sera effective qu'à l'issue d'un délai de prévenance.

824. – Effets pour l'avenir. Les accords-cadres ne se limitent pas à réparer les erreurs du passé ; ils préviennent leur réitération future. Pour prévenir d'éventuels contentieux, des commissions de suivi de carrière des salariés mandatés peuvent être mises en place. Illustration est donnée que la négociation collective participe à la prévention des conflits relatifs à des faits de discrimination.

§ 2. – Les dispositifs préventifs

825. – Sur le champ de la lutte contre les distinctions illicites, la liberté de négociation s'épanouit (A) ; ses fruits permettent parfois l'émergence de dispositifs de gestion du risque innovants. Des contraintes brident néanmoins l'imagination⁽²⁰⁰⁾ des partenaires sociaux (B).

A. – Une liberté

826. – Diversité des niveaux d'engagements. Malgré l'autonomie reconnue aux partenaires sociaux dans la négociation⁽²⁰¹⁾, de l'étude du contenu des accords

(197) Les offres de transaction concernent uniquement les salariés en litige avec l'employeur ; elles sont formulées au profit de personnes déterminées.

(198) En ce sens, V. Cass. 3^e civ., 25 mai 2005, n^o 03-19.411 : *Bull. civ.* 2005, III, n^o 117. La Cour de cassation estime que si l'offre est faite à une personne déterminée, elle doit être maintenue pendant un délai raisonnable afin que le destinataire puisse l'examiner.

(199) C. trav., art. L. 2261-9 : « La convention et l'accord à durée indéterminée peuvent être dénoncés par les parties signataires. En l'absence de stipulation expresse, la durée du préavis qui doit précéder la dénonciation est de trois mois ».

(200) Les pouvoirs publics incitent les partenaires sociaux à la créativité. La Charte de la parentalité en entreprise, rédigée « sous le haut patronage et avec la collaboration du ministère du Travail, des Relations sociales, de la Famille et de la Solidarité » exhorte les employeurs « à jouer le jeu et faire preuve d'imagination pour trouver des solutions ».

(201) Cette liberté se traduit notamment par la diversité des thèmes abordés. Certains traitent de l'intégration des travailleurs handicapés (sur ce thème, V. notamment Accord européen sur l'égalité des chances du groupe Total, 21 nov. 2005), des discriminations en raison des convictions religieuses (Accord France Télécom, 5 mars 2010) ou du lieu de naissance (Accord de groupe Suez, 3 juill. 2007). La plupart concerne l'égalité entre les femmes et les hommes.

se dégagent des similitudes. Les mesures qu'ils contiennent traduisent trois degrés d'engagement distincts⁽²⁰²⁾, corollaires du niveau de responsabilités que l'entreprise estime devoir assumer⁽²⁰³⁾.

827. – L'accord se contente parfois de rappeler les normes impératives arrêtées par le législateur⁽²⁰⁴⁾ ou de proclamer l'attachement de l'entreprise à des principes dénués de portée normative⁽²⁰⁵⁾. Plus inspirées par le « communiquant » que par le juriste, ces dispositions ne pourraient produire d'effet que dans l'hypothèse peu probable d'une évolution législative *in pejus*⁽²⁰⁶⁾. S'investissant davantage dans la lutte contre l'exclusion de certains, des entreprises, mais également les organisations syndicales⁽²⁰⁷⁾, s'engagent parfois à mener des campagnes de sensibilisation auprès de leurs salariés⁽²⁰⁸⁾ ou de la société civile⁽²⁰⁹⁾. Par ces actions, l'entreprise souhaite concourir à l'évolution des mentalités⁽²¹⁰⁾, préalable à l'amélioration de la situation dénoncée. Cette obligation de moyens est souvent un préalable à la mise en œuvre d'une obligation de résultat par laquelle l'employeur s'engage sur des mesures concrètes, voire des objectifs chiffrés⁽²¹¹⁾.

B. – Des contraintes

828. – Pour parvenir à l'égalité réelle, certaines entreprises ont imaginé des solutions innovantes. Leur légalité pourrait être remise en cause au regard de certains principes juridiques (2°). Au demeurant, des contraintes économiques s'opposent à leur développement dans des structures qui ne disposent pas des mêmes moyens (1°).

(202) En ce sens, V. également le rapport de l'ORSE, *La place des hommes dans les accords d'entreprises sur l'égalité professionnelle*, mars 2011.

(203) Plus les mesures arrêtées par l'accord sont contraignantes, plus l'entreprise s'estime responsable de la situation dénoncée et espère que son action isolée puisse y remédier.

(204) Par ex., par l'accord Dynamique sociale du groupe Suez du 3 juillet 2007, « l'entreprise s'engage à apporter les moyens nécessaires à la mise en œuvre de la lutte contre les discriminations, de la promotion de l'égalité des chances, de l'égalité de traitement et de la diversité ».

(205) Par ex., l'accord AXA du 30 janvier 2009 en vue de la dynamisation des principes essentiels de diversité et d'égalité professionnelle précise que l'entreprise « s'engage tout particulièrement à faire évoluer les représentations liées à la parentalité dans l'entreprise (...) ». L'objectif d'AXA France est de faire en sorte que les parents puissent mieux vivre et mieux travailler » (art. 1.2).

(206) Par ex., si le législateur supprimait des motifs de discrimination, les salariés ayant fait l'objet d'une distinction motivée par un critère auparavant prohibé pourraient se prévaloir du contenu de l'accord pour contester la mesure dont ils font l'objet.

(207) Dans la convention conclue entre le groupe Danone et l'Union Internationale des Travailleurs de l'Alimentation sur la diversité du 8 juin 2007, les organisations syndicales de chaque société s'engagent à prendre « des initiatives en matière de sensibilisation et de formation des représentants sur les thèmes de la lutte contre les discriminations et la promotion de la diversité » (art. 7.2).

(208) Par ex., le groupe Suez s'engage à sensibiliser et informer ses salariés, ainsi qu'à promouvoir et diffuser les valeurs de la diversité auprès de ses salariés (Accord 3 juill. 2007, art. 5.2).

(209) Par ex., le groupe EADS prévoit d'accentuer sa coopération « avec le monde éducatif, de façon à mieux faire connaître et à renforcer l'attractivité de l'industrie aéronautique » (art. 2). Dans l'accord Dynamique sociale du groupe Suez du 3 juillet 2007, l'entreprise s'engage à élargir « ses actions dans les quartiers socialement sensibles et défavorisés en prenant des engagements volontaristes en direction des jeunes, non ou peu diplômés ou en risque de rupture » (art. 4.2.1).

(210) En ce sens, V. notamment l'accord Adecco du 10 décembre 2008 relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes : « Les signataires souhaitent participer à l'évolution des rôles dévolus à chaque sexe dans la société » (art. 2.3).

(211) Le Groupe Total s'engage sur un « principe de recrutement en proportion des candidats hommes et femmes reçus » (Accord européen sur l'égalité des chances, 21 nov. 2005, art. 2.3).

1° Des contraintes économiques

829. – Mesures d'organisation. Pour limiter l'impact de la parentalité ou de l'exercice d'une religion sur la prestation de travail, des entreprises ont recours à des modalités de gestion du temps spécifiques. Elles prohibent l'organisation de réunions matinales ou tardives⁽²¹²⁾, encadrent l'organisation des formations⁽²¹³⁾, autorisent la conversion d'une prime de treizième mois en jours de congés supplémentaires⁽²¹⁴⁾ ou accordent des autorisations d'absence pour l'exercice d'un culte⁽²¹⁵⁾.

830. – Même sans impact financier direct, ces mesures imposent des contraintes aux employeurs qui sont parfois difficilement conciliables avec les impératifs de production⁽²¹⁶⁾. Les revendications individuelles des salariés ne sauraient prévaloir sur l'intérêt de la collectivité de travail. Si la situation de certaines entreprises peut permettre de prendre en compte les aspirations de chacun dans l'organisation du temps de travail, celles-ci ne sauraient devenir prépondérantes. Une hiérarchie doit s'établir puisque « les besoins des salariés et ceux des entreprises ne coïncident pas nécessairement⁽²¹⁷⁾ ». L'équilibre entre ces deux objectifs est précaire et relatif, notamment lorsque les mesures envisagées impliquent des coûts financiers importants.

831. – Mesures d'indemnisation. La gestion de la parentalité offre un terrain d'épanouissement à la liberté de négociation des partenaires sociaux. Certains accords prévoient un maintien de salaire total pour les salariés en congé de paternité⁽²¹⁸⁾, l'augmentation de la durée des congés parentaux et pour enfants malades⁽²¹⁹⁾, ou le suivi de l'évolution de carrière de la salariée en retour de congé de

(212) L'accord France Télécom sur l'équilibre vie privée/vie professionnelle du 5 mars 2010 prévoit que « le management respectera des horaires de réunions compris dans les horaires de travail de l'équipe et pour les cadres dans la plage 8 h-18 h ». La mise en œuvre de cette mesure d'organisation est également préconisée dans la fonction publique. Le rapport Guégot du 7 mars 2011, sur l'égalité professionnelle des hommes et des femmes dans la fonction publique précise que « les réunions avant 9 h et après 18 h sont déjà prosrites dans de nombreux pays européens. Il doit en être même pour la fonction publique en France, quel que soit son versant ». Le rapport prévoit « qu'il serait également possible de prévoir les plannings à l'avance ou encore aménager les horaires en fonction des contraintes familiales et des transports ».

(213) En ce sens, V. l'accord Valéo embrayage de décembre 2007 sur le renforcement de l'égalité entre les hommes et les femmes : « Afin de faciliter l'organisation de la vie familiale, la société veillera à ce qu'un délai de prévenance d'au moins 10 jours soit systématiquement respecté avant toute formation professionnelle programmée par la société, sauf cas exceptionnel » (art. 2.2).

(214) En ce sens, V. notamment l'accord conclu au sein de Danone Produits Frais du 25 septembre 2009 relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la prise en compte de la parentalité. Cet accord prévoit que « les pères de famille ont la possibilité de transformer leur prime de 13^e mois en temps, jusqu'à 22 jours de congés supplémentaires pour un temps plein » (art. 6.3).

(215) En ce sens, V. accord France Télécom sur l'équilibre vie privée/vie professionnelle, 5 mars 2010. Le groupe s'engage à assurer le bénéfice d'autorisations spéciales d'absences rémunérées pour fêtes religieuses non fériées : « Les fêtes concernées sont celles figurant dans la circulaire s'appliquant pour la fonction publique et publiée chaque année » (art. 4).

(216) L'horaire des réunions peut être dicté par des contraintes extérieures à l'entreprise, comme un décalage horaire, ou être inhérente à l'activité. Par exemple, il est peu envisageable de fermer un magasin, ouvert au public, pour qu'une réunion entre ses salariés puisse s'y tenir.

(217) Accord européen sur l'égalité des chances du groupe Total, 21 nov. 2005, art. 5.1. Cette formule atteste de la naïveté de certains rédacteurs d'accords, davantage inspirés par les préceptes de la communication que par la portée des engagements qu'ils arrêtent.

(218) En ce sens, V. notamment accord AXA en vue de la dynamisation des principes essentiels de la diversité et de l'égalité professionnelle, 23 mars 2006, art. 4.3.2.1.

(219) En ce sens, V. notamment accord EADS sur l'égalité et la mixité professionnelle, 24 juin 2004. Le groupe s'engage à porter à quatre ans la durée du congé parental et à offrir trois jours de congés rémunérés pour enfant malade (art. 1.5.b et 1.5.c).

maternité⁽²²⁰⁾. D'autres s'engagent sur des mesures innovantes comme la création de crèches d'entreprise⁽²²¹⁾, la mise en place de « parcours d'accompagnement à la parentalité⁽²²²⁾ » ou transposent aux futurs pères une partie des avantages accordés aux femmes enceintes⁽²²³⁾.

832. – Une fois l'attrait de la nouveauté dépassé, l'opportunité de telles mesures ne s'apprécie qu'au travers de leur confrontation aux exigences de la gestion de l'entreprise. Elles ont un coût financier important que cette dernière ne pourra pas toujours assumer ; des conflits sont à prévoir lorsque les nécessités économiques imposeront un retour à moins d'ambition⁽²²⁴⁾. Pour que l'avantage légitimement octroyé aujourd'hui ne soit pas une source de discorde demain, il convient soit de le limiter dans le temps, soit de le soumettre à des conditions précises. En dépit de l'euphorie de la réussite, le gestionnaire doit tenir compte d'éventuelles contraintes pouvant grever, dans l'avenir, le développement de l'entreprise.

833. – **Inégalité de couverture.** Les pouvoirs publics abandonnent progressivement le terrain de l'égalité à l'initiative des partenaires sociaux. Si l'autonomie octroyée permet la mise en œuvre de mesures adaptées aux contraintes de chaque entreprise, elle engendre des différences de situation entre les travailleurs. Des moyens que l'employeur est prêt à investir dans la promotion de l'égalité, dépend la protection des salariés. Cette solution n'est pas satisfaisante puisque l'égalité ne doit pas être une contrainte pesant sur l'entreprise mais un objectif de société. Le transfert de cette charge au monde du travail ne saurait autoriser l'État à fuir devant ses responsabilités⁽²²⁵⁾.

2° Des contraintes juridiques

834. – **Respect de la vie privée des salariés.** Les partenaires sociaux devant surmonter des difficultés qui dépassent le cadre de l'entreprise, ils sont contraints d'intervenir dans des domaines qui échappent, en principe, à leur responsabilité⁽²²⁶⁾. Si

(220) En ce sens, V. notamment l'article 4.3.2.2 de l'accord AXA en vue de la dynamisation des principes essentiels de la diversité et de l'égalité professionnelle, 23 mars 2006 : « Au terme de trois ans après le départ en congé de maternité, une étude particulière sera effectuée afin de vérifier d'éventuels écarts entre le taux d'augmentation individuel dont a bénéficié la collaboratrice et la moyenne de celui de sa catégorie. Dès lors que l'écart constaté est significatif et non justifié, la DRH traitera la situation de la collaboratrice ».

(221) En ce sens, V. accord France Télécom, 5 mars 2010, relatif à l'équilibre vie privée/vie professionnelle, art. 5.

(222) Par ex., l'accord Bayer Santé de mars 2009 relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes met en œuvre le dispositif « Papa-poule ». Celui-ci doit permettre aux « futurs papas salariés de trouver leur place et de s'épanouir dans leur nouveau rôle de père ». Financé par l'entreprise, il permet aux collaborateurs de « parler de leur vécu et des difficultés rencontrées auprès d'un consultant RH pour trouver des solutions et gagner en confort de vie » ; il prévoit la mise en œuvre de cours de cuisine, de développement personnel et des séances de « baby-gym et de baby-nageurs ». Même si ce dispositif illustre des intentions louables, nous pouvons nous interroger sur la légitimité de l'entreprise à intervenir dans un domaine aussi intime que la naissance d'un enfant.

(223) Par ex., l'accord du 3 mai 2010 conclu au sein de la Place des Éditeurs accorde aux futurs pères « une autorisation d'absence pour assister aux visites prénatales obligatoires, avec maintien de la rémunération ».

(224) En ce sens, V. B. Teysié, *La modification du contrat de travail, instrument de gestion de l'entreprise* : Dr. soc. 1986, p. 852 et s. : « Les avantages acquis n'existent pas, du moins à titre définitif. Ils participent de ces illusions qu'engendre la prospérité et que diffusent les discours... jusqu'au jour où, sur une crise, vient se briser le rêve ». M. le Professeur Teysié précise également que les avantages accordés alors que l'entreprise était en période faste ne sauraient être maintenus lorsque sa situation économique se dégrade.

(225) À notre sens, la gestion de la parentalité implique une intervention des pouvoirs publics, notamment par le renforcement des possibilités de garde des enfants en bas âge.

(226) En ce sens, V. A. Chevillard, *Négociation collective d'entreprise et suppression des écarts de rémunération entre les femmes et les hommes* : Dr. soc. 2009, p. 923, spéc. p. 929 : « On assiste à une véritable montée en puissance de ces ques-

l'intérêt porté à la parentalité a pour objectif affiché de contribuer à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes⁽²²⁷⁾, il a pour effet d'inciter l'employeur à s'immiscer dans la vie privée des salariés. Alors que le paternalisme du XIX^e siècle a longtemps été décrié, des nouvelles responsabilités confiées aux entreprises pourrait émerger un modèle d'« entreprise maternante⁽²²⁸⁾ ». Les salariés y bénéficieraient de la protection et de l'attention⁽²²⁹⁾ que la société civile n'a plus les moyens de leur offrir. Séduisant, le rôle matriarcal de l'entreprise soulève des interrogations. D'une part, la relation entre salarié et employeur n'est pas aussi stable que celle liant une mère à ses enfants⁽²³⁰⁾. Le risque d'isolement et de dépendance s'en trouve exacerbé : en cas de départ de l'entreprise, le salarié perdrait plus que son emploi. D'autre part, le respect de la vie privée des membres de l'entreprise impose de proscrire les relations filiales fusionnelles. Les salariés doivent pouvoir s'émanciper et préserver leur autonomie⁽²³¹⁾. Comme dans une famille, l'entreprise ne peut, sous peine de créer des tensions, accorder un traitement préférentiel à certains en négligeant les autres.

835. – Prohibition des discriminations positives. Le consensus ne justifie pas la rupture de l'égalité. Bien qu'animée par des motifs légitimes, l'imagination des partenaires sociaux est bridée par la prohibition des discriminations positives. Au-delà de leurs sanctions juridiques, celles-ci pourraient avoir des effets négatifs au sein de la collectivité de travail. Les salariés qui ne bénéficient pas des mesures innovantes développées par l'entreprise, alors qu'ils participent à la création du profit autorisant ce progrès, pourraient s'estimer lésés. L'individualisation des rapports de travail n'incite pas à la solidarité et implique de traiter, de manière similaire, chaque revendication. Pour assurer la cohésion, revient au chef d'entreprise la lourde charge de trouver un équilibre entre ces situations individuelles.

836. – En bref. La remise en cause des stéréotypes est une étape essentielle dans la lutte contre les discriminations. L'entreprise, en tant que lieu de « socialisation » des individus, a un rôle à jouer dans ce combat. La négociation collective, libre ou sous contrainte, permet parfois de dégager des solutions innovantes pour accueillir ou maintenir dans l'emploi des catégories de salariés objets de distinctions illícites. Mais l'évolution des mentalités recherchée impose d'agir sur des facteurs qui échappent à la compétence de l'employeur. L'entreprise ne saurait être tenue pour unique responsable de la situation dénoncée.

tions liées à la parentalité, face auxquelles les entreprises s'interrogent parfois sur ce que peut être leur sphère de responsabilité au regard de questions qui touchent à la vie de couple, et qu'il n'est pas toujours facile de débattre dans le cadre du dialogue social ».

(227) Nombreux sont les accords collectifs qui lient égalité professionnelle et gestion de la parentalité au sein du couple. Par exemple, l'accord de l'entreprise Hennessy du 1^{er} octobre 2008 précise que « les signataires du présent accord considèrent qu'un plus grand équilibre entre les hommes et les femmes dans les soins apportés aux enfants contribue à l'égalité professionnelle ». L'accord LCL-Le Crédit Lyonnais du 14 décembre 2007 énonce que « l'égalité professionnelle repose sur un équilibre, au sein du couple, des responsabilités liées à la parentalité ».

(228) J.-E. Ray, *Vies professionnelles et vies personnelles* : Dr. soc. 2004, p. 5.

(229) À notre sens, le rôle que prend l'entreprise dans l'accompagnement de la maternité en est un exemple patent. La dislocation, géographique ou matérielle, de la sphère familiale ne lui permet plus d'assurer la fonction d'encadrement des futurs parents qu'elle assurait autrefois.

(230) Une stabilité comparable existait lorsque le salarié exécutait l'intégralité de sa carrière au sein de la même entreprise.

(231) Le consentement du salarié doit être requis avant la mise en œuvre de tout dispositif pouvant influencer sur sa vie privée. Les avantages octroyés en cas d'accord ne doivent pas être de nature à vicier celui-ci.

LA RÉALISATION DU RISQUE

837. – **Mise à l'épreuve.** Même si l'employeur qui les déploie espère y échapper, les mécanismes d'éviction des distinctions illicites ne démontrent leur efficacité qu'à l'occasion du débat judiciaire. Ils doivent permettre à l'employeur de justifier les différences de traitement contestées devant le juge. Aménagé pour faciliter l'action de victimes qui ont pu être trop souvent exclues du prétoire faute de preuve, le régime du contentieux de la discrimination se révèle aujourd'hui défavorable au défendeur (Chapitre 1). Si les dispositions d'éviction échouent, l'intervention judiciaire se soldera par la sanction de l'auteur de la discrimination et la réparation du préjudice subi par la victime (Chapitre 2).

LE RÉGIME DU CONTENTIEUX

838. – Égalité des armes. Employeur et salarié ne disposent pas d'un égal accès à la preuve. Alors que le premier a une vision d'ensemble de l'entreprise et peut conserver les documents justifiant ses actions, le second ne dispose que d'un « senti empirique » sur sa situation. Le sentiment d'injustice de l'employé se nourrit d'apparence mais son statut de subordonné lui interdit l'accès aux documents qui permettraient de confirmer ou de dissiper ses craintes. La maîtrise des éléments probatoires est l'apanage de l'employeur⁽¹⁾.

839. – La prohibition des distinctions illicites aurait pu demeurer sans effet si l'auteur des poursuites n'avait pas disposé des preuves nécessaires au succès de son action. Sous la pression européenne, le traitement du contentieux de la discrimination a donc été aménagé (Section 2). Celui de sa prescription également. Leur révélation n'étant pas toujours instantanée, l'aménagement envisagé n'aurait eu que peu de portée si les actions susceptibles d'être engagées étaient prescrites (Section 1).

S E C T I O N 1

LE TEMPS DU CONTENTIEUX

840. – Révélation et perception de la discrimination. Si la discrimination se réalise instantanément⁽²⁾, l'ouvrage du temps est parfois nécessaire à sa révélation. Les petits refus d'augmentation font les grands retards d'évolution de carrière et c'est par l'accumulation de mesures⁽³⁾ souvent insignifiantes mais toujours illicites que la

(1) P.-H. d'Ornano, *De l'usage des moyens de preuve en droit du travail* : JCP S 2008, 1476 : « Investi du pouvoir de direction, il surveille et contrôle l'activité des salariés ce qui lui facilite l'accès aux moyens de conviction. De même, il lui sera relativement aisé de faire témoigner des salariés du fait de leur subordination juridique et économique. À l'opposé, la crainte de représailles pourra dissuader le personnel d'attester contre le chef d'entreprise ».

(2) La discrimination se réalise à l'instant où une décision est arrêtée pour un motif illicite.

(3) En ce sens, V. E. Boussard-Verrecchia, *L'abréviation de la prescription en matière de discrimination compensée par l'exigence d'une révélation informée* : RDT 2008, p. 677 et s. : « Lorsque la discrimination stoppe ou provoque un retard d'avancement sur la carrière du salarié, elle suppose des actes répétés avec des effets qui s'échelonnent dans le temps ». Dans le même sens, V. P. Sargos, *Étendue et limites de la prescription quinquennale* : *Semaine sociale Lamy* 2005, n° 1225,

victime prend conscience du traitement spécifique qui lui est infligé. De l'écoulement du temps surgit alors la vérité. Mais celui-ci peut également brouiller la réalité. La distinction, justifiée et justifiable lorsqu'elle est opérée, devient obscure, donc suspecte, quand on l'observe au travers des brumes du temps. Pour remédier à ces écueils, de l'action en justice, le temps est compté (§ 1). De la célérité de l'initiative judiciaire du demandeur, dépend également la procédure à mettre en œuvre (§ 2).

§ 1. – Les effets du temps sur l'action

841. – Prescription. L'inaction du demandeur ne saurait être indéfiniment justifiée par l'ignorance du traitement qui lui est infligé ; la prescription des faits dont il s'estime victime pourra lui être opposée. L'écoulement du temps s'oppose à l'ouverture de l'action (A), alors même qu'il aurait été sans effet sur son issue (B). En effet, la loi du 17 juin 2008⁽⁴⁾ a ramené le délai de prescription de l'action à cinq ans mais elle l'a également dissocié du délai d'évaluation du préjudice réparable⁽⁵⁾.

A. – L'ouverture de l'action

842. – Débats. Consciente qu'une prescription courte est inadaptée aux discriminations⁽⁶⁾, la Cour de cassation estimait que le délai pour agir ne s'éteignait que trente ans après la commission des faits⁽⁷⁾. L'action ayant pour objet l'indemnisation de l'ensemble des préjudices subis par le salarié, et notamment son préjudice moral⁽⁸⁾, la prescription quinquennale⁽⁹⁾ des salaires ne lui était pas opposable. En faisant masse de l'ensemble des préjudices subis par la victime⁽¹⁰⁾, alors qu'une ventilation était possible⁽¹¹⁾, était assurée au salarié une indemnisation plus importante.

p. 12 et s., spéc. p. 13 : « Ce n'est qu'au fil des années, et à la suite d'investigations difficiles à conduire, qu'un salarié peut se rendre compte que, par rapport à ses collègues occupant une fonction de la nature de la sienne, il a fait l'objet d'une différenciation de traitement quant à son évolution salariale ».

(4) L. n° 2008-561, 17 juin 2008, portant réforme de la prescription en matière civile.

(5) A. Viottolo, *Prescription en droit du travail : état des lieux* : Cah. DRH nov. 2010, n° 170, p. 22 et s., spéc. p. 24 : « L'évaluation du préjudice est dissociée de la prescription de l'action ».

(6) Rapp. C. cass. 2005, *L'innovation technologique*, La Documentation française, 4^e partie, spéc. p. 277 : « Une prescription courte est mal adaptée à ce type de contentieux dans la mesure où la discrimination syndicale est difficile à prouver et que c'est au fil du temps que le salarié se rend compte par comparaison avec les traitements reçus par ses collègues qu'il est victime d'une discrimination ». Cette remarque vaut, à notre sens, pour l'ensemble des motifs de discrimination.

(7) Cass. soc., 15 mars 2005, n° 02-73.560 : *Bull. civ.* 2005, V, n° 86 ; RJS 2005, n° 540 : « Attendu que l'action en réparation du préjudice résultant d'une telle discrimination, se prescrit par trente ans ». Dans le même sens, V. Cass. soc., 11 oct. 2000, n° 98-43.472 : RJS 12/00, n° 1263.

(8) En ce sens, V. Cass. soc., 15 mars 2005, n° 02-73.560 : *Bull. civ.* 2005, V, n° 86 ; RJS 2005, n° 540. – V. également Cass. soc., 11 oct. 2000, n° 98-43.472 : RJS 2000, n° 1263, ou Cass. soc., 30 janv. 2002, n° 00-45.266 : « La demande de dommages-intérêts fondée sur l'article [L. 2141-8] du Code du travail n'a pas pour seul objet de réparer la perte de salaire résultant de la discrimination mais d'indemniser l'ensemble du préjudice subi par le salarié du fait de cette discrimination et n'est pas soumise à la prescription de l'article [L. 3245-1] du Code du travail ».

(9) C. trav., art. L. 3245-1.

(10) En ce sens, V. P. Sargos, *Étendue et limites de la prescription quinquennale : Semaine sociale Lamy* 2005, n° 1225 : « Il serait hasardeux et difficile d'application [d'extraire du préjudice subi par une victime de discrimination] le préjudice lié à un manque à gagner salarial pour le soumettre à la prescription quinquennale. Il y a en réalité dans l'article précité un bloc homogène spécifique qui peut difficilement s'agréger à une conception même très extensive des créances nées du contrat de travail. La créance indemnitaire du salarié contre son employeur est, dans ce cas, née d'un acte de ce dernier frappé d'une nullité d'ordre public de direction, qui obéit à un régime irréductible au seul élément salarial ».

(11) La discrimination cause à la victime un préjudice moral en raison de l'atteinte qu'elle porte à sa dignité. Elle lui fait subir également un préjudice pécuniaire lorsqu'elle conduit à lui refuser des augmentations de salaire. Une distinc-

843. – Lors des discussions sur le projet de réforme de la prescription, qui prévoyait de ramener de trente à cinq ans le délai de droit commun⁽¹²⁾, des voix⁽¹³⁾ se sont élevées pour dénoncer l'impact de cette mesure sur les actions en discrimination⁽¹⁴⁾. Ces critiques ont été entendues et la réduction du délai de prescription a été compensée, comme le préconisait la Cour de cassation⁽¹⁵⁾, par l'instauration d'un point de « départ glissant⁽¹⁶⁾ ». En effet, « la question principale est moins la durée [de la prescription] de celle-ci que son point de départ⁽¹⁷⁾ ». L'article L. 1134-5 du Code du travail prévoit dorénavant que l'action en réparation du préjudice résultant d'une discrimination se prescrit par cinq ans à compter de la révélation des faits⁽¹⁸⁾, sans que ce délai soit susceptible d'aménagement conventionnel⁽¹⁹⁾. Si la réforme opérée a satisfait une majorité d'auteurs⁽²⁰⁾, sa mise en œuvre se révèle incertaine. La notion de révélation de la discrimination⁽²¹⁾ exacerbe le débat. Le point de départ du délai d'action est relatif (1°) mais celui de la prescription des faits demeure absolu (2°).

tion entre ces deux préjudices, même si elle est délicate à mettre en pratique, aurait pu avoir des répercussions non négligeables pour les salariés, notamment en ce qui concerne leur régime matrimonial.

(12) Une proposition de loi Godfrain, n° 1140, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 15 octobre 2003 visait également « à réduire à cinq ans la prescription applicable aux actions en justice fondées sur une discrimination syndicale ». Devant les vives contestations suscitées, ce projet n'a pas abouti.

(13) Le « collectif du 18 mars 2008 » regroupant notamment la CGT, la FSU, le syndicat de la magistrature et le syndicat des avocats de France avait lancé un appel public en estimant que la réforme projetée allait « heurter de plein fouet les actions en dommages et intérêts contre l'ensemble des discriminations réprimées par le Code du travail ». La HALDE avait également exprimé son inquiétude quant aux effets de cette réforme (sur cette position, V. notamment, *Une réforme contrariée : Semaine sociale Lamy 2008*, n° 1347).

(14) En ce sens, V. V. Delnaud, *Prescription et discrimination* : D. 2008, p. 2533 : « Le nouveau texte supprimant le délai de la prescription trentenaire au profit d'un délai de cinq ans, des voix se sont élevées lors de l'examen de la proposition de loi, craignant que la législation nouvelle soit très défavorable aux victimes de discrimination ». Pourtant, la prescription trentenaire en matière de discrimination soulevait également des critiques. Les organisations patronales faisaient valoir qu'il était impossible de conserver la preuve matérielle de l'absence de discrimination sur trente ans, alors même que certaines lois d'amnistie imposaient de faire disparaître des dossiers personnels des salariés des sanctions anciennes qui justifiaient les différences de traitement constatées (sur cette position, V. notamment, *Une réforme contrariée : Semaine sociale Lamy 2008*, n° 1347).

(15) Rapp. C. cass. 2005, *L'innovation technologique*, La Documentation française, 4^e partie, spéc. p. 277. La Cour de cassation estimait alors que les difficultés inhérentes à la prescription en matière de discrimination pourraient être résolues « en faisant varier le point de départ de la prescription ».

(16) En ce sens, V. Rapp. Blessig, n° 847, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 30 avril 2008, spéc. p. 19 : « Pour la Chancellerie, la nouvelle règle relative au point de départ glissant confère une protection importante au titulaire de l'action puisque le délai ne commencera à courir à son encontre que lorsqu'il aurait été en mesure d'exercer effectivement son droit ».

(17) P. Sargos, *Étendue et limites de la prescription quinquennale* : *Semaine sociale Lamy 2005*, n° 1225.

(18) M^{me} Guegan estime que « même s'il relève d'une certaine part d'arbitraire, le choix du délai de 5 ans est assurément le fruit d'une réflexion importante en même temps que d'un compromis » (en ce sens, V. A. Guegan, *La nouvelle durée de la prescription : unité ou pluralité ?*, in *La réforme de la prescription en matière civile, le chaos enfin réglé ?*, Dalloz, 2010, p. 11 et s., spéc. p. 16). Le législateur a finalement fait ce choix, en le présentant comme « un juste équilibre entre le risque d'un délai trop long créant de l'insécurité juridique et le risque d'un délai trop court devenant une source d'insécurité pour les titulaires des droits » (en ce sens, V. Rapp. Blessig, n° 847, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 30 avril 2008, spéc. p. 34).

(19) C. trav., art. L. 1134-5, al. 2.

(20) En ce sens, V. notamment E. Boussard-Verrecchia, *L'abréviation de la prescription en matière de discrimination compensée par l'exigence d'une révélation informée* : RDT 2008, p. 679 et s. : « Un droit moderne pouvait donc préférer un délai extinctif court, mais qui ne court pas à l'encontre d'un ignorant non fautif, à un délai long couperet, nonobstant la méconnaissance du droit ». V. également, V. Delnaud, *Prescription et discrimination* : D. 2008, p. 2534 : « Les règles de prescription de l'action en réparation de discrimination sont donc équilibrées, le délai de cinq ans étant de toute évidence un délai utile, suffisant pour agir ». – *Contra*, S. Tournaux, *Les incidences en droit du travail de la loi du 17 juin 2008, portant réforme de la prescription en matière civile* : Lexbase n° N37698GP. « Il faut bien avoir conscience que ce nouveau délai fermera la porte à de nombreuses actions relatives à des faits anciens. Il contraindra les salariés victimes de discrimination à introduire rapidement une action après le constat des faits, alors même, probablement, que leur relation contractuelle sera toujours en cours. Cette mesure s'inscrit donc en faux de la politique actuelle visant, au moins en apparence, à lutter contre les traitements discriminatoires dans l'entreprise ». Cette crainte nous semble infondée dès lors que la notion de révélation de la discrimination permet au juge de reporter le point de départ de la prescription.

(21) C. civ., art. 2224.

1° Le point de départ relatif du délai d'action

844. – Connaissance des faits. Selon les dispositions de l'article 2224 du Code civil, le délai de prescription commence à courir lorsque « le titulaire du droit aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ». Dans une décision antérieure à la réforme de 2008, la Cour de cassation avait estimé que la discrimination était révélée au demandeur lorsqu'il disposait des éléments de comparaison nécessaires pour établir une différence de traitement⁽²²⁾. Les travaux préparatoires de la réforme précisent que le délai pour agir ne court qu'à compter du moment où le salarié « [a] entre ses mains l'ensemble des documents permettant d'établir qu'il a été victime d'une discrimination⁽²³⁾ ». Ces éléments de comparaison pourront concerner une période prescrite⁽²⁴⁾.

845. – Pour un auteur, la prescription ne doit courir que lorsque le salarié est en possession « d'une information complète et non parcellaire » relevant « d'éléments objectifs et personnels de comparaison et non de rapports généraux, comme les bilans sociaux ou les rapports de situation comparée homme/femme⁽²⁵⁾ ». Cette position nous semble excessive. Bien qu'établies au niveau de l'entreprise, ces informations apportent à la victime potentielle un éclairage utile sur sa situation. Si elle n'est l'objet d'aucune remarque négative de la part de sa hiérarchie⁽²⁶⁾ mais qu'elle constate, par le biais des documents fournis⁽²⁷⁾, que sa rémunération est nettement inférieure à la moyenne de celle attribuée à ses collègues, elle devrait avoir conscience qu'elle est peut-être victime d'une distinction illicite.

846. – Proposition. À notre sens, et conformément aux travaux préparatoires de la loi du 17 juin 2008⁽²⁸⁾, une connaissance exacte des faits par la victime n'est pas exigée. Le délai de prescription devrait courir dès qu'elle dispose d'éléments de comparaison suffisants pour conduire un salarié « raisonnable » à engager une action contraignant le chef d'entreprise à s'expliquer⁽²⁹⁾. À l'employeur qui souhaite

(22) Cass. soc., 22 mars 2007, n° 05-45.163 : « La cour d'appel a souverainement constaté que le préjudice lié à une discrimination syndicale n'avait été exactement connu des salariées qu'à la suite de la communication par l'employeur, après l'achèvement de la précédente procédure, des éléments de comparaison nécessaires ».

(23) Rapp. Blessig, n° 847, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 30 avril 2008, spéc. p. 19.

(24) Cass. soc., 4 févr. 2009, n° 07-42.697 : *Bull. civ.* 2009, V, n° 33 : « Si la prescription trentenaire 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 fut-elle antérieure à la période non prescrite ». À notre sens, cette solution demeure en vigueur malgré la réforme de la prescription qui lui est postérieure. La prise en compte de faits anciens a seulement pour objet d'établir une différence de traitement et ne vise pas à la réparation d'un préjudice prescrit. Elle permet au juge de statuer « en toute connaissance de cause » (C. Radé, note ss Cass. soc., 4 févr. 2009 : *Dr. soc.* p. 612 et s., spéc. p. 614).

(25) En ce sens, V. notamment E. Boussard-Verrecchia, *L'abréviation de la prescription en matière de discrimination compensée par l'exigence d'une révélation informée* : RDT 2008, p. 679 et s., spéc. p. 681.

(26) Notamment lors de ses entretiens d'évaluation.

(27) Plus les documents généraux d'information sont précis, moins le salarié peut soutenir qu'il ignorait faire l'objet d'un traitement défavorable.

(28) En ce sens, V. Rapp. Blessig, n° 847, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 30 avril 2008, spéc. p. 19. Selon ce rapport, la prescription court dès que le salarié aurait dû avoir connaissance des faits de discriminations dont il était victime.

(29) Dans ce sens, V. H. Guyot, *La prescription en droit du travail après la loi du 17 juin 2008* : JCP S 2009, 1450 : « Une trop grande part de subjectivité est introduite en raison de l'exigence d'une connaissance exacte des faits par le salarié (...) l'introduction de la notion de "discovery rule of accrual" dégagée par le droit américain serait souhaitable. Elle permet de limiter l'imprescriptibilité de l'action en discrimination en fixant le point de départ de la prescription à la date à laquelle le demandeur aurait dû raisonnablement découvrir les faits en cause ».

démontrer que la prescription de l'action est acquise d'apporter la preuve que la victime aurait dû agir antérieurement⁽³⁰⁾.

847. – Cette position est d'ailleurs conforme à l'aménagement probatoire dont bénéficie le contentieux de la discrimination. La saisine du juge étant subordonnée à la production d'« éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination⁽³¹⁾ », il serait paradoxal d'exiger que le salarié ait une entière connaissance du traitement illicite dont il est l'objet pour que la prescription commence à courir.

848. – En outre, malgré la position défendue par les travaux préparatoires de la loi du 17 juin 2008⁽³²⁾, peu importent les éléments de comparaison dont dispose le salarié : ceux-ci ne pourront suffire à révéler une discrimination. Ils mettront certes en exergue une différence de traitement, mais ils ne révéleront jamais, à eux seuls, l'existence d'une distinction illicite. En effet, la preuve d'une discrimination suppose une confrontation entre des éléments factuels et les explications de l'employeur. Dès lors, les éléments de comparaison à disposition du salarié ne pourront jamais établir une distinction illicite. La position défendue qui conduirait à « l'imprescriptibilité » des actions en discrimination doit donc être rejetée. En tout état de cause, l'ignorance du salarié ne saurait avoir pour effet de lui permettre d'agir plus de vingt ans après la commission des faits.

2° Le point de départ absolu du délai de prescription

849. – **Délai-butoir.** L'article 2232 du Code civil précise que le report du point de départ 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 ». Pour estimer que ce « délai-butoir » ne s'applique pas aux discriminations, outre des arguments d'opportunité, M. Millet argue qu'il n'a pas été repris dans le Code du travail⁽³³⁾. Cette solution nous semble contraire tant à la lettre qu'à l'esprit de la loi du 17 juin 2008. D'une part, le législateur n'a pas visé les discriminations lorsqu'il a énuméré, de façon limitative, les actions qui n'étaient pas soumises à ce délai-butoir⁽³⁴⁾. D'autre part, la réforme a vocation à renforcer la sécurité juridique et à proscrire l'engagement de contentieux tardifs. Le délai-butoir est prévu

(30) En ce sens, V. Rapp. Blessig, n° 847, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 30 avril 2008, spéc. p. 19 : « Si l'employeur estimait que l'action était prescrite, c'est à lui que reviendrait la charge d'apporter la preuve que le salarié était informé de cette mesure discriminatoire depuis plus de cinq ans ». Les auteurs du rapport estiment néanmoins que cette preuve « paraît juridiquement difficile et délicate en opportunité dans la mesure où une telle contestation révélerait [la faute de l'employeur] ». Cet argument ne nous semble pas pertinent. Ce n'est pas parce que l'employeur soutient que le salarié produit des éléments dont il avait connaissance depuis plus de cinq ans qu'il reconnaît avoir commis une discrimination. En outre, il s'agit d'un argument sur la recevabilité de l'action qui doit être soulevé avant la discussion sur le fond du litige.

(31) C. trav., art. L. 1134-1.

(32) Rapp. Blessig, n° 847, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 30 avril 2008, spéc. p. 21 : « La révélation n'est pas la simple connaissance de la discrimination par le salarié ; elle correspond au moment où il dispose des éléments de comparaison mettant en évidence la discrimination ». Cette proposition est d'ailleurs en opposition avec la solution dégagée par la Cour de cassation pour qui « l'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres salariés » (Cass. soc., 10 nov. 2009, n° 07-42.849 : *Bull. civ.* 2009, V, n° 246).

(33) En ce sens, V. notamment L. Millet, *Les incidences en droit du travail de la réforme de la prescription* : RPDS 2008, p. 244 et s., spéc. p. 245 : « Le délai butoir de prescription de vingt ans n'est pas opposable au salarié s'il n'a eu qu'après cette échéance révélation de la discrimination dont il a été victime ».

(34) En ce sens, V. C. civ., art. 2232.

pour s'opposer aux effets excessifs du point de « départ flottant » de la prescription⁽³⁵⁾. Dès lors, « tel qu'il est conçu, [il] peut priver de la possibilité d'agir celui qui n'a jamais été en mesure de le faire⁽³⁶⁾ ». Cette remarque a vocation à s'appliquer à la victime d'une discrimination.

850. – Naissance et renaissance du droit d'action. Le professeur Bugada rappelle que le préjudice subi par le salarié ne doit pas être confondu avec la manifestation du comportement répréhensible de l'auteur⁽³⁷⁾. La persistance du dommage ne saurait accroître la période pendant laquelle la victime peut saisir un juge et seule la faute du décideur fait naître le droit d'action de la victime. C'est donc à compter de cet événement que court le délai-butoir de vingt ans. En matière de discrimination, trois hypothèses doivent, à notre sens, être distinguées.

851. – Dans le cas d'un licenciement ou d'une mesure refusée pour un motif illicite, la discrimination peut être qualifiée d'instantanée⁽³⁸⁾. Le délai-butoir doit, à notre sens, commencer à courir dès cet instant.

852. – Même issus d'un acte unique, les effets de la distinction illicite peuvent s'étaler dans le temps, sans que la volonté coupable de l'auteur ne soit répétée. Ces « discriminations permanentes » ne sont qu'une variante des « discriminations instantanées » : telle est l'hypothèse d'un refus d'augmentation qui, même s'il va grever l'évolution de carrière du salarié dans la durée, ne résulte que d'un seul acte fautif. À l'instar des infractions permanentes du droit pénal, « le résultat subsiste sans répétition de l'activité matérielle⁽³⁹⁾ ». La persistance des effets de la faute ne saurait avoir d'incidence en matière de prescription et le délai-butoir devrait courir dès la réalisation de l'acte fautif. La pérennité des conséquences de la discrimination ne devrait pas permettre au salarié négligent d'échapper aux effets de la prescription. À défaut, le droit à l'oubli, condition de l'impératif social de sécurité juridique, serait évincé.

853. – Tout autre doit être, à notre sens, le régime des « discriminations continues ». Celles-ci résultent d'une intention coupable diffuse de l'employeur et se traduisent par des actes discriminatoires répétés⁽⁴⁰⁾. À la récurrence des effets, s'ajoute ici la répétition de la volonté d'exclure⁽⁴¹⁾. Ainsi, à chaque échéance du salaire, l'em-

(35) A. Viottolo, *Prescription en droit du travail : état des lieux* : Cah. DRH nov. 2010, n° 170, p. 22 et s., spéc. p. 23 : « Afin d'éviter que le déclenchement du délai de prescription au jour de la connaissance effective ou supposée des faits n'aboutisse à une prescription aussi longue, voire plus longue, que l'ancienne prescription trentenaire, l'article 2232 du Code civil prévoit un délai-butoir de vingt ans au-delà duquel le titulaire d'un droit ne pourra plus agir, quoi qu'il arrive ».

(36) A. Guegan, *La nouvelle durée de la prescription : unité ou pluralité ?*, in *La réforme de la prescription en matière civile, la fin du chaos ?*, p. 11 et s., spéc. p. 20.

(37) En ce sens, V. A. Bugada, *Discrimination : appréciation de la réalité de la discrimination* : JCP S 2009, 1773. Le professeur Bugada appelle à distinguer « le fait causal et sa conséquence, autrement dit entre le préjudice et le comportement répréhensible ».

(38) En ce sens, V. E. Fortis, *Répression pénale de la discrimination syndicale et écoulement du temps* : Dr. ouvrier 2005, p. 234 et s., spéc. p. 235 : « Dans toutes ces hypothèses, la durée d'exécution de l'infraction est a priori très brève et correspond le plus souvent à la nature d'une infraction instantanée ».

(39) J. Pradel, *Droit pénal général*, Cujas, 17^e éd. 2009, n° 366.

(40) En ce sens, V. également A. Bugada, *Discrimination : appréciation de la réalité de la discrimination* : JCP S 2009, 1773 : « En présence d'une carrière effectivement ralentie, il serait aisé de raisonner par analogie avec l'infraction continue du droit pénal et de retenir les refus réitérés de progression ».

(41) En pratique, cette distinction peut être délicate à établir. La qualification de discrimination permanente impose que l'employeur ignore les raisons ayant conduit au retard de carrière dénoncé par le salarié. Cette hypothèse se re-

ployeur a la conscience et la volonté de moins bien rémunérer le salarié pour un motif illicite. Dans cette hypothèse, le délai-butoir ne court qu'à compter de la dernière manifestation de la volonté coupable de l'employeur, c'est-à-dire lors de la réalisation de l'ultime mesure discriminatoire.

854. – Toutefois, en dissociant le délai pour agir de la période pendant laquelle le préjudice est indemnisable, la réforme du 17 juin 2008 a limité la portée pratique de la distinction proposée. Il suffit désormais au salarié d'engager une action sur des faits non prescrits pour obtenir la réparation de l'intégralité de son préjudice.

B. – L'issue du contentieux

855. – Le législateur et le juge proclament l'indifférence du temps sur le droit à réparation de la victime (1°). Pourtant, en se dispensant d'agir alors qu'il se sait victime d'une discrimination, le salarié aggrave l'étendue de son préjudice. L'indifférence du temps sur son droit à réparation mérite d'être contestée (2°).

1° L'indifférence du temps sur la réparation du préjudice

856. – **Réparation intégrale du préjudice.** Des doutes avaient pu être émis au sujet de l'impact de la réforme de la prescription sur les droits à indemnisation de la victime⁽⁴²⁾. En énonçant que « les dommages et intérêts réparent l'entier préjudice résultant de la discrimination, pendant toute sa durée », l'alinéa 3 de l'article L. 1134-5 du Code du travail a dissipé ces craintes tout en satisfaisant aux exigences de la Cour de justice de l'Union européenne⁽⁴³⁾. La réforme permet aux victimes d'obtenir réparation du préjudice subi au titre de périodes antérieurement prescrites⁽⁴⁴⁾. Pour l'avenir, l'« imprescriptibilité relative⁽⁴⁵⁾ » des discriminations impose à l'employeur un important travail de conservation de preuve. Pour le passé,

trouve notamment en cas de changement d'encadrement, où le responsable hiérarchique hérite d'une situation acquise. Il constate alors des écarts de rémunérations sans forcément en connaître les motivations. Les différences injustifiées peuvent alors perdurer, alors même que la politique menée est exempte de discrimination.

(42) En ce sens, V. Rapp. Blessig, n° 847, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 30 avril 2008, spéc. p. 20 :

« Dans une logique processualiste, on peut considérer que l'objectif de la proposition de loi étant de réduire les délais de prescription, il serait difficile d'admettre qu'un salarié puisse obtenir des dommages et intérêts qui puissent excéder, en toute hypothèse, le délai-butoir ». Dans le même sens, V. S. Tournaux, *Les incidences en droit du travail de la loi du 17 juin 2008, portant réforme de la prescription en matière civile* : Lexbase n° N3769BGP : « La réduction du délai de prescription aurait pu avoir un effet indirect sur le montant de l'indemnisation perçue par le salarié à la suite de son action réparation, puisque seuls les faits de discrimination s'étant produits moins de cinq ans après leur révélation auraient dû pouvoir faire l'objet d'une réparation ».

(43) La Cour de justice de l'Union européenne « a clairement établi que, pour être effectif, le principe d'égalité de traitement suppose que la réparation du préjudice accordée en cas de violation soit suffisante au regard du préjudice subi » (Dir. n° 2006/54, 5 juill. 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 [refonte]). Elle a ainsi précisé que la sanction devait, pour assurer son efficacité et son caractère dissuasif, être adéquate aux préjudices subis (CJCE, 10 avr. 1984, aff. C-14/83, *Von Colson* : Rec. CJCE 1984, I, p. 1891). La réparation du préjudice doit être intégrale (CJCE, 2 août 1993, aff. C-271/91, *Helen Marshall*).

(44) En ce sens, V. Rapp. Blessig, n° 847, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 30 avril 2008, spéc. p. 20 : « [L'article L. 1134-5, al. 3] règle sans le moindre doute la question de l'ampleur de la réparation du préjudice. Celui-ci sera bien indemnisé si les faits remontent à plus de cinq ans (...), à plus de vingt ans (...), voire à plus de trente ans (...). L'amendement répond donc à toutes les inquiétudes portant sur la réparation du préjudice ».

(45) En ce sens, V. également R. Chiss, *Le contentieux de la discrimination et de la rupture d'égalité : réflexions sur l'inégalité des armes* : JCP S 2010, 1339 : « L'étendue de la réparation du préjudice dépasse la durée de la prescription puisque les dommages et intérêts ont vocation à réparer l'entier préjudice de la discrimination pendant toute sa durée, c'est-à-dire y compris pour la période couverte par la prescription ; ce qui revient finalement à dire que certains comportements seraient quasi-imprescriptibles... ».

où les documents justifiant les différences n'étaient pas établis ou conservés, la réforme engendre l'insécurité⁽⁴⁶⁾.

2° L'indifférence contestée du temps sur la réparation du préjudice

857. – Inaction et aggravation du préjudice. À l'effacement des preuves, l'écoulement du temps participe. Par suite de l'aménagement probatoire, cette situation est favorable au demandeur. Les règles de prescription ne les contraignant pas à l'action, il est à craindre que certains salariés attendent avant de saisir un juge, en espérant la disparition des éléments justifiant leur évolution de carrière plus lente que la moyenne⁽⁴⁷⁾. D'autres pourraient s'abstenir d'agir pendant l'exécution de leur contrat afin d'obtenir du juge, après le terme de la relation de travail, une indemnisation déterminée en fonction des salaires versés à leurs collègues.

858. – L'écoulement du temps amplifie les conséquences de la faute de l'employeur : l'inaction du salarié contribue à l'aggravation de son dommage. Pourtant, malgré la négligence de la victime, la Cour de cassation refuse de réduire l'indemnisation qui lui est due⁽⁴⁸⁾ ou de prendre en compte l'impact du temps sur la préservation des preuves⁽⁴⁹⁾. Des auteurs souhaitent cependant « minimiser » le préjudice de la victime lorsque sa passivité fautive a contribué à le générer⁽⁵⁰⁾. À notre sens, le contentieux de la discrimination serait un domaine propice au développement de cette solution déjà en vigueur dans les pays de *Common law*⁽⁵¹⁾. L'avant-projet Catala de réforme du Code civil prévoyait, dans son article 1373, de tenir compte de l'abstention de la victime lorsque celle-ci « avait la possibilité, par des moyens sûrs, raisonnables et proportionnés, de réduire l'étendue de son préjudice ou d'en éviter l'aggravation ». À ces conditions, malgré sa subordination juridique

(46) En ce sens, V. A. Bugada, *Discrimination : appréciation de la réalité de la discrimination* : JCP S 2009, 1173 : « Le choix de société (...) est certes favorable à la logique de la réparation intégrale mais il risque d'attiser les tensions sociales interindividuelles sans limite temporelle véritable. Soulignons qu'il y a quarante ans, la conscience sociale en matière de discrimination n'était pas du niveau de celle d'aujourd'hui ; beaucoup de chemin a été parcouru en faveur de l'égalité et de la diversité ».

(47) En ce sens, V. J. Aguera, *Discrimination et égalité de traitement. Avant qu'il ne soit trop tard... : Semaine sociale Lamy* 2006, n° 1256 : « Que de frustration pour les entreprises (...) d'avoir à subir des échecs du fait de ces difficultés probatoires : (...) le supérieur hiérarchique de l'époque [du salarié alléguant d'une discrimination] sera parti à la retraite depuis longtemps ou du moins aura été muté et si tant qu'elle ne relève pas des lois d'amnistie, les données écrites, d'abord dactylographiées, ensuite microfilmées, puis informatisées, auront été perdues ou encore volontairement supprimées ».

(48) Sur cette position constante, V. notamment Cass. crim., 4 mars 1991, n° 89-86576 : *Bull. crim.* 1991, n° 108 : « Aucune disposition de la loi ne permet de réduire, en raison d'une négligence de la victime, le montant des réparations civiles dues à celle-ci par l'auteur d'une infraction intentionnelle contre les biens, le délinquant ne pouvant être admis à tirer un profit quelconque de l'infraction » ; Cass. 2^e civ., 19 juin 2003, n° 01-13.289 : *Bull. civ.* 2003, II, n° 203 : « L'auteur d'un accident est tenu d'en réparer toutes les conséquences dommageables ; que la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable ». Dans le même sens, V. Cass. 2^e civ., 19 nov. 2009, n° 08-19.380 : *Bull. civ.* 2009, II, n° 278.

(49) En ce sens, V. Cass. soc., 28 janv. 2010, n° 08-41.959 : *Bull. civ.* 2010, V, n° 28 ; *RJS* 2010, n° 309. La Cour de cassation rejette un pourvoi qui soutenait que le fait de reprocher à un employeur « de ne pas produire l'intégralité des documents relatifs à la situation des salariés de l'entreprise sur une période de 30 ans » alors que n'étaient exigés de la part du salarié que de simples éléments de nature à étayer son allégation, méconnaissait le principe d'égalité des armes. L'argument n'a pas convaincu.

(50) V. notamment D. Bakouche, *Quid de l'obligation de minimiser le dommage ?* : *Lexbase* n° N2769AB8 : « On ne pourra qu'adhérer à l'idée selon laquelle il ne serait pas illégitime que la victime qui n'agit pas pour éviter la réalisation du préjudice ou en tout cas l'atténuer, alors qu'elle aurait parfaitement pu le faire sans inconvénient pour elle, voit son indemnisation diminuée à proportion de la part du dommage qu'elle aurait pu éviter ». Dans le même sens, V. C. André, *L'obligation de modérer le dommage en droit interne* : *D.* 2002, p. 307 et s.

(51) Sur le *duty to mitigate* (l'obligation de minimisation du dommage) en droit anglais, V. M. Nussembaum, *L'appréciation du préjudice* : *LPA* 19 mai 2005, n° 99, p. 78 et s., spéc. p. 82.

à l'égard de l'auteur de l'infraction, les moyens d'action de la victime d'une discrimination répondent. Le salarié agissant contre son employeur bénéficie d'une protection contre les mesures disciplinaires de représailles⁽⁵²⁾ et d'un aménagement de la preuve.

859. – La théorie de la « minimisation » du préjudice répartirait équitablement entre les parties les effets de l'ouvrage du temps. Un mécanisme de compensation garantirait l'effectivité du principe de la réparation intégrale du préjudice. Le juge procéderait à l'évaluation de la totalité du dommage causé à la victime pour ensuite retrancher de ce montant les conséquences de son inaction⁽⁵³⁾.

860. – La mise en œuvre de la théorie de la « minimisation » du préjudice impose d'établir que le salarié avait connaissance du traitement illicite bien avant de saisir un juge. Elle pourrait dès lors recouvrir le même domaine que celui de la prescription. Pourtant, ces deux mécanismes n'ont pas les mêmes effets. Alors que l'extinction de l'action par l'écoulement du temps interdit à la victime de prétendre à la moindre réparation, la théorie exposée ne réduit que le montant de son indemnisation.

§ 2. – Les effets du temps sur la procédure

861. – Si le juge des référés se reconnaît compétent pour connaître des cas de discrimination (A), le fondement de son intervention reste soumis à discussion (B).

A. – La procédure de référé : une compétence proclamée

862. – **Pertinence de l'action en référé.** Plus que des arrêts de principe, les victimes de distinctions illicites souhaitent obtenir des décisions utiles ; les mesures discriminatoires portant atteinte à la dignité du salarié, elles doivent être annulées⁽⁵⁴⁾ avant d'avoir pu produire des effets durables⁽⁵⁵⁾. Dans ce dessein, la célérité⁽⁵⁶⁾ de la réponse offerte par le juge des référés présente un intérêt majeur⁽⁵⁷⁾. Comme le précise M^{me} Grévy⁽⁵⁸⁾, le juge des référés « est au cœur de la relation entre

(52) C. trav., art. L. 1132-3. Sur cette disposition, V. *supra*, n^{os} 375 et s.

(53) En ce sens, V. *Le temps de la réparation du préjudice*, in *Les limites de la réparation du préjudice*, Dalloz, 2009, p. 149 et s., spéc. p. 166 : « Le principe de réparation intégrale s'applique après avoir déterminé le dommage réparable. Il s'agit, pour le juge qui procède à l'évaluation, d'un mécanisme à double détente : dans un premier temps, il évalue la totalité du dommage réparable, et dans un deuxième temps, il réduit les dommages-intérêts par la mise en jeu éventuelle de l'obligation de minimisation du dommage ».

(54) C. trav., art. L. 1132-4.

(55) P. Moussy, *Le référé prud'homal face aux discriminations : Dr. ouvrier* 1992, p. 366 et s., spéc. p. 368 : « La préoccupation partagée par un grand nombre de salariés est moins d'obtenir des décisions de principe que des décisions utiles. Si la perspective d'obtenir rapidement des juges des mesures efficaces qui neutralisent les pratiques discriminatoire fait défaut, on voit mal les raisons qui conduiraient un salarié qui n'est pas investi de responsabilités syndicales à se lancer dans une longue bataille judiciaire à l'issue souvent incertaine ».

(56) En ce sens, V. M. Grévy, *La sanction civile en droit du travail : Dr. soc.* 2001, p. 598 et s., spéc. p. 604. L'auteure précise que le juge des référés « prend une place toujours plus grande dans les relations de travail parce qu'il répond à la maîtrise de l'immédiat dont dispose l'employeur et a le pouvoir de rétablir ou geler la situation avant que l'illicéité ne s'inscrive irrémédiablement dans les faits ».

(57) En ce sens, V. M.-A. Drica, *Le juge prud'homal des référés face aux discriminations : Dr. ouvrier* 1998, p. 431 et s., spéc. p. 435 : « C'est parce que le juge des référés a la faculté d'intervenir rapidement qu'il tient une place centrale pour traquer les discriminations. Les moyens mis à sa disposition doivent lui permettre de faire échec, au moins provisoirement, à une atteinte portée contre les libertés et droits fondamentaux des salariés dans l'entreprise ».

(58) M. Grévy, *La sanction civile en droit du travail : Dr. soc.* 2001, p. 598 et s., spéc. p. 604.

rétablissement de la légalité et temps ». Cependant, la quête d'une sanction efficace ne saurait s'opérer au détriment du droit. Il est des circonstances où le débat sur la légalité d'une différence de traitement impose des investigations approfondies qui devraient, à notre sens, échapper à la compétence du juge de l'évidence⁽⁵⁹⁾.

863. – Champ de la procédure de référé. Au juge des référés, deux voies ouvrent l'accès. Complexe, la première impose d'établir l'urgence de la situation dénoncée et l'absence de contestation sérieuse s'opposant à la demande formulée⁽⁶⁰⁾. La seconde n'exige du demandeur que la preuve d'un « trouble manifestement illicite » causé par la décision patronale⁽⁶¹⁾. Guidées par la recherche de la simplicité, les juridictions délaissent progressivement les critères de l'urgence et l'absence de contestation sérieuse. Dorénavant, la compétence du juge des référés est principalement fondée sur la notion de trouble manifestement illicite⁽⁶²⁾. Le contentieux de la discrimination n'échappe pas à cette tendance de fond. L'ancien juge de l'urgence appuie dorénavant son intervention en ce domaine sur les dispositions de l'article R. 1455-6 du Code du travail⁽⁶³⁾. Ainsi, le fait que le demandeur soit retraité au moment de l'introduction de l'instance ne s'oppose pas au recours à cette procédure⁽⁶⁴⁾. Le juge des référés peut prononcer toutes les mesures conservatoires ou de remise en l'état qui lui paraissent adéquates pour faire cesser l'illégalité. L'acte litigieux peut être annulé⁽⁶⁵⁾ ; des indemnités provisionnelles peuvent être octroyées⁽⁶⁶⁾ ; un entretien d'évaluation peut être ordonné sous astreinte⁽⁶⁷⁾. Le salarié peut même être reclassé provisoirement dans une catégorie professionnelle supérieure⁽⁶⁸⁾. Cette procédure ne saurait néanmoins arrêter une solution définitive⁽⁶⁹⁾.

(59) En ce sens, V. également R. Perrot, *La compétence du juge des référés* : *Gaz. Pal.* 1974, doctr. p. 895 et s., spéc. p. 900 : « Le référé, quelles que soient les virtualités qu'il recèle, a ses propres limites. Il ne faut pas perdre de vue qu'il a été élaboré dans le cadre du tribunal civil, en vue de remédier aux lenteurs inhérentes à la collégialité (...). L'avantage de la rapidité que l'on se plaît à lui reconnaître ne se conçoit que si la mesure sollicitée n'exige pas de longs débats : si demain, les affaires les plus complexes doivent refluer vers le référé, il est à craindre que son efficacité s'en trouve émoussée ». Plus que l'efficacité de l'instance, c'est la sécurité juridique qui est atteinte lorsque des affaires complexes sont dirigées de manière artificielle vers le juge de l'urgence. La qualité des solutions arrêtées peut pâtir de l'absence d'investigation.

(60) C. trav., art. R. 1455-5.

(61) C. trav., art. R. 1455-6.

(62) En ce sens, V. R. Geoffroy, *Le juge des référés en droit du travail : un juge de l'illicite ?* : *JCP S* 2005, 1316 : « L'abandon des critères classiques du référé, urgence et contestation sérieuse, a pour conséquence la promotion du trouble manifestement illicite comme critère principal fondant l'action du juge des référés en droit du travail (...). En utilisant cette notion [le juge des référés] peut assurer efficacement la préservation des droits des parties ».

(63) En ce sens, V. CA Versailles, 5^e ch., 28 mai 1998, *Peugeot Poissy c/ Surcin* : *RJS* 1998, n° 1379. – V. également Cass. soc., 1^{er} avr. 2008, n° 07-40.114 : *Bull. civ.* 2008, V, n° 79 ou Cass. soc., 9 juill. 2008, n° 07-41.845 : *Bull. civ.* 2008, V, n° 155 ou Cass. soc., 10 mai 2005, n° 03-43.292.

(64) Cass. soc., 30 janv. 2002, n° 00-45.266.

(65) En ce sens, V. Cass. soc., 10 mai 2005, n° 03-43.292.

(66) En ce sens, V. Cons. prud'h. Paris, 4 juin 1996 : *Dr. ouvrier* 1996, p. 381 et s. Selon le professeur Verdier, l'évaluation définitive du préjudice relève de la compétence des juges du fond (*Dr. ouvrier* 1996, p. 384).

(67) En ce sens, V. CA Paris, 14 janv. 1998 : *Dr. ouvrier* 1998, p. 285 et s. L'entretien imposé avait pour objectif d'imposer un dialogue « aux fins d'examiner la situation hiérarchique du salarié au sein de l'entreprise et son évolution ».

(68) En ce sens, V. Cass. soc., 25 janv. 2006, n° 03-47.706. La Cour de cassation pose qu'en vertu de l'article R. 1455-6 du Code du travail, « le juge des référés peut, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite (...). La cour d'appel a pu décider que, pour faire cesser le trouble manifestement illicite [qu'elle constatait], il y avait lieu non seulement d'accorder une provision sur dommages-intérêts, mais aussi de classer provisoirement le salarié au niveau GF10 NR 14 ».

(69) En ce sens, V. J.-M. Verdier, note ss Cons. prud'h. Paris, 4 juin 1996 : *Dr. ouvrier* 1996, p. 381 et s., spéc. p. 384 : « Il n'[est] pas question, pour la formation de référé, de donner au litige une solution définitive, mais de faire cesser, au moins à titre provisoire, une situation reposant sur une méconnaissance délibérée des garanties assurées par le droit positif ».

B. – La procédure de référé : une compétence contestée

864. – Fondement contestable. Malgré l'intérêt qu'elle présente pour les victimes⁽⁷⁰⁾, la solution retenue ne saurait recueillir l'adhésion. S'il est des hypothèses où l'existence d'une discrimination ne fait pas débat et où l'urgence justifie le prompt rétablissement de la légalité, dans d'autres, la révélation du caractère illicite de la distinction exige des investigations poussées⁽⁷¹⁾. Il est alors contestable de fonder la compétence du juge des référés sur l'article R. 1455-6 du Code du travail. Celui-ci impose d'établir que le trouble dont se plaint le demandeur résulte d'une atteinte portée à l'un de ses droits⁽⁷²⁾ pour un motif illicite. La démonstration exigée contraint le juge à se prononcer sur le fond de l'affaire⁽⁷³⁾ puisque c'est parce qu'il estime une discrimination établie qu'il se reconnaît compétent.

865. – En matière de discrimination plus qu'ailleurs, « il gît des doutes sous l'habit de certitude dont le juge veut revêtir ses décisions⁽⁷⁴⁾ ». Ceux-ci pourront davantage être dissipés lors d'une instance au fond. L'apparence de l'illicite⁽⁷⁵⁾ résultant du simple constat d'une rupture d'égalité ne saurait suffire à justifier l'intervention du juge des référés. Le caractère discriminatoire de la décision ne sera établi que s'il est démontré qu'elle repose sur un motif prohibé. Ainsi, pour M. Boubli, « l'existence d'un trouble manifestement illicite est discutable puisqu'il y a querelle sur les raisons de la mesure et qu'il faut constater le véritable motif, ce qui, sauf circonstance particulière⁽⁷⁶⁾, ne relève pas de l'évidence⁽⁷⁷⁾ ».

866. – Condition de la compétence du juge des référés, l'évidence s'estompe avec le temps. Ainsi, le caractère manifestement illicite de la distinction apparaît

(70) Ces dernières n'ont pas à démontrer le caractère urgent de leur demande. Alors que sur le fondement des dispositions de l'article R. 1455-5 du Code du travail, elles ne peuvent obtenir que « des mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse », en vertu de l'article R. 1455-6 dudit code, elles peuvent prétendre à « toutes les mesures conservatoires ou de remises en état » qui s'imposent pour faire cesser le trouble manifestement illicite.

(71) Pour éviter ce débat, certaines juridictions fondent leur intervention à la fois sur les dispositions des articles R. 1455-5 et R. 1455-6 du Code du travail (en ce sens, V. Cons. prud'h. Nîmes, 12 mars 2003 : *Dr. ouvrier* 2003, p. 496 et s.).

(72) En ce sens, V. J. Normand, *Contestation sérieuse et référé à la lumière du décret n° 87-434 du 17 juin 1987* : *RTD civ.* 1988, p. 167 et s., spéc. p. 169. Pour le professeur Normand, le trouble manifestement illicite « peut venir, d'abord, de ce qu'une atteinte aurait été portée à l'un de ses droits qu'il prétend incontestable (...) le trouble peut encore trouver sa source, non plus dans une violation flagrante du droit, mais dans le procédé auquel son auteur a eu recours pour régler le différend qui l'opposait à l'actuel demandeur en référé ». Seule la première hypothèse concerne les actions relatives à des faits de discrimination.

(73) En ce sens, V. B. Boubli, *La preuve de l'élément intentionnel et le pouvoir du juge des référés* : *Semaine sociale Lamy* 2009, n° 14223 : « La décision du juge des référés devient une véritable décision au fond si la discrimination est retenue ».

(74) J.-F. Cesaro, *Le doute en droit privé*, éd. Panthéon-Assas, 2003, spéc. n° 390 : « Le magistrat est souvent obligé de trancher des questions sans avoir pleinement foi en la vérité de sa solution. Et chacun sait qu'il gît des doutes sous l'habit de certitude dont il doit revêtir ses décisions ».

(75) J. Normand, *Référé. Le contrôle de l'illicéité manifeste du trouble par la Cour de cassation* : *RTD civ.* 1997, p. 216 et s., spéc. p. 221 : « Si l'on se fie à la lettre de l'article 809 du Code de procédure civile [identique à celui de l'article R. 1455-6 du Code du travail], l'illicéité doit être manifeste. Manifeste, c'est-à-dire, non pas apparente, le terme est trop ambigu, mais certaine, évidente, ne laissant place à aucune hésitation ».

(76) Tel est le cas lorsque la motivation illicite de la distinction est affichée. En ce sens, V. B. Boubli, *La preuve de l'élément intentionnel et le pouvoir du juge des référés* : *Semaine sociale Lamy* 2009, n° 14223 : « Le juge des référés, qui n'a pas qualité pour se prononcer sur l'imputabilité de la rupture du contrat de travail, ne peut en apprécier la cause ; mais il peut sans doute le faire s'il constate que la motivation réelle est manifestement discriminatoire, en particulier si elle figure dans la lettre de licenciement, ce qui se produit parfois ».

(77) B. Boubli, *La discrimination et le juge des référés : l'élément intentionnel dans l'acte discriminatoire* : *Semaine sociale Lamy* 2009, n° 1422.

plus aisément lorsqu'elle est analysée dans un temps proche de sa réalisation. À l'inverse, quand elle est remise en cause après l'écoulement d'un délai plus long, des doutes émergent sur sa pertinence. La frontière de la légalité n'étant tracée que par les motivations de la décision, l'intervention du juge des référés, fondée sur l'article R. 1455-5 du Code du travail, devrait être limitée aux hypothèses de discriminations instantanées.

SECTION 2

LE TRAITEMENT DU CONTENTIEUX

867. – Objet de la preuve. La preuve de la discrimination constitue l'obstacle majeur à franchir pour saisir un juge avec des chances sérieuses de succès⁽⁷⁸⁾. Elle suppose de démontrer qu'un motif illicite a été pris en compte pour arrêter la décision litigieuse ; elle ne saurait se résumer au simple constat d'une différence de traitement. L'élément déterminant relève de la psychologie de l'auteur et ne pourra, la plupart du temps⁽⁷⁹⁾, qu'être rapporté indirectement. Il se déduira d'une comparaison objective entre la situation du demandeur et celle de ses collègues placés dans une situation identique. Il se présumera également si l'employeur change brusquement d'attitude lorsqu'il est informé d'une caractéristique particulière du salarié⁽⁸⁰⁾.

868. – Au terme de cette première étape du parcours probatoire, la discrimination apparaît parfois vraisemblable⁽⁸¹⁾. Or, l'apparence est souvent trompeuse. Le simple constat de la différence de traitement ne saurait suffire à entraîner la condamnation du décideur⁽⁸²⁾ sans que la possibilité de se justifier ne lui ait été offerte. Les fondements de sa décision doivent être sondés. Qui mieux que l'auteur peut apporter la preuve de ses motivations ? Son intervention permet alors de dé-

(78) En ce sens, V. H. Masse-Dessen, *La résolution contentieuse des discriminations en droit du travail : Dr. soc.* 1995, p. 442 et s. – Dans le même sens, V. J.-M. Verdier, *Libertés et travail. Problématiques des droits de l'homme et le rôle du juge : D.* 1988, chron. p. 63 et s., spéc. p. 66 : « Le risque est très grand que pour des raisons de difficultés de preuve, des mesures atteignant des libertés se trouvent en pratique maintenues alors qu'une plus grande exigence obligerait leur auteur à apporter des éléments incontestables établissant la correspondance entre l'apparence alléguée et la réalité ».

(79) L'employeur imprudent peut parfois explicitement motiver sa décision par des éléments prohibés. La promotion de la lutte contre les discriminations rend dorénavant cette hypothèse peu fréquente. *Contra*, V. Cass. soc., 15 juin 2010, n° 09-40.213. L'employeur avait reconnu, dans des correspondances adressées à la demanderesse, « l'existence d'une disparité de traitement dont il ne contestait pas qu'elle était en rapport avec les activités syndicales de cette dernière et lui proposait en conséquence un important rattrapage indiciaire et pécuniaire ». La Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir reconnu que ces éléments étaient suffisants à caractériser l'existence d'une discrimination.

(80) En ce sens, V. P.-Y. Verkindt et L. Bonnard-Plancke, *La lutte contre les discriminations syndicales, Millésime 2005 : Dr. soc.* 393, spéc. p. 395. Pour ces auteurs, l'identification de la discrimination implique l'utilisation de deux paramètres. Le premier, « diachronique », résulte de la comparaison de la situation du salarié avant et après son engagement syndical. Le second, « synchronique », impose la confrontation de la situation du salarié avec celle des autres collaborateurs présentant des caractéristiques similaires.

(81) La discrimination n'a alors que « l'apparence de la vérité » (C. Puigelier, *Vrai, véridique et vraisemblable*, in *La preuve*, Economica, 2004, p. 195 et s., spéc. p. 196).

(82) En ce sens, V. F. Mercadé-Choquet, *Discrimination syndicale et inégalité probatoire : Cah. DRH* 2003, n° 93, p. 34 et s., spéc. p. 39. L'auteur rappelle qu'il est impossible de se contenter d'établir une différence de traitement pour estimer établie la discrimination. Cette vision serait « réductrice (...) et constituerait une négation de la part individuelle investie par chacun des salariés dans son emploi ».

passer l'apparence pour atteindre la vérité. Est organisé⁽⁸³⁾ un « jeu de preuve équilibré⁽⁸⁴⁾ ». Confronté à la pratique, ce séduisant schéma se révèle parfois illusoire. Les éléments justificatifs exigés par le juge dépassent quelquefois le contrôle de l'absence de discrimination⁽⁸⁵⁾ ; des mesures d'instruction peuvent être exigées, supplantant alors la carence probatoire du demandeur. Le juge bouleverse (§ 2) l'équilibre institué par les textes (§ 1).

§ 1. – L'équilibre institué

869. – Le législateur a été contraint d'aménager la preuve des discriminations (A). Le mécanisme qui en résulte semble équilibré (B).

A. – Un mécanisme imposé

870. – Les dispositions européennes (1°) et la jurisprudence (2°) ont forcé le législateur à modifier l'administration de la preuve en matière de discrimination (3°).

1° L'impulsion européenne

871. – **Initiative jurisprudentielle.** L'action conjuguée de la Cour de justice et du Conseil de l'Union européenne a contribué à « l'érosion du principe qui impose au demandeur la charge de la preuve⁽⁸⁶⁾ ». Annoncé par l'arrêt *Danfoss*⁽⁸⁷⁾, le nouvel ordonnancement probatoire en matière de discrimination a été consacré par l'arrêt *Enderby* du 27 octobre 1993⁽⁸⁸⁾. Par ces deux décisions, la Cour de justice a sacrifié sur l'autel de l'efficacité des dispositions européennes⁽⁸⁹⁾, les règles

(83) Sur l'aménagement de la preuve des discriminations, V. C. trav., art. L. 1134-1. Cet aménagement de la preuve est appliqué par le législateur à la plupart des hypothèses où la détermination de l'intention de l'auteur est nécessaire. Elle concerne les cas de harcèlements (C. trav., art. L. 1154-1), ou de corruption (C. trav., art. L. 1161-1). Un mécanisme similaire existe pour la preuve de l'exécution d'heures supplémentaires : l'article L. 3171-4 du Code du travail pose ainsi qu'en cas de « litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, l'employeur fournit au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié. Au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande, le juge forme sa décision ». Avant d'exiger de l'employeur des explications, la Cour de cassation a précisé qu'il revient préalablement au salarié de fournir au juge des éléments permettant d'étayer sa demande (Cass. soc., 25 févr. 2004, n° 01-45.441 : *Bull. civ.* 2004, V, n° 64 ; *RJS* 2004, n° 548). Ce dispositif, s'il est similaire à celui en vigueur en matière de discrimination, ne répond pas à la même logique. Il ne s'agit pas ici de démontrer une intention, mais de compenser « les difficultés d'accès aux preuves rencontrées par le salarié » (en ce sens, V. M.-P. Coupillaud, *La preuve du temps de travail : le dispositif se précise : Dr. ouvrier* 2002, p. 89 et s., spéc. p. 91. M^{me} Roupillaud précise que le bulletin de paie n'est souvent d'aucune utilité dans ces litiges puisque le différend porte sur le décompte initial du temps de travail et que l'obtention de témoignage est « rarissime »).

(84) M. Cohen, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, LGDJ, 9^e éd. 2009, p. 946.

(85) En ce sens, V. B. Teysié, *La preuve en droit du travail*, in *La preuve*, *Economica*, 2004, p. 73 et s., spéc. p. 81 : « La difficulté de la démonstration qui lui est imposée est perceptible lorsque, au motif que les raisons objectives par lui invoquées pour justifier de la différence de rémunération entre les hommes et les femmes, au détriment de ces dernières, ne sont pas convaincantes, la conclusion est tirée qu'une faute est caractérisée ». La remarque de M. le Professeur Teysié est transposable à l'ensemble des motifs discriminatoires.

(86) B. Teysié, *Droit européen du travail*, Litec, 4^e éd. 2010, n° 711.

(87) CJCE, 17 oct. 1989, aff. C-109/88, *Danfoss*. Selon la Cour, l'effectivité de la protection contre les discriminations nécessite « des aménagements aux règles nationales relatives à la charge de la preuve (...) indispensables à la mise en œuvre effective du principe d'égalité ».

(88) CJCE, 27 oct. 1993, aff. C-127/92, *Enderby* : « S'il appartient normalement à la personne qui allègue des faits à l'appui de sa demande d'apporter la preuve de leur réalité (...) il ressort de la jurisprudence de la Cour que la charge de la preuve peut être déplacée lorsque cela s'avère nécessaire pour ne pas priver les travailleurs victimes de discrimination apparente de tout moyen efficace de faire respecter le principe de l'égalité des rémunérations ».

(89) M.-T. Lanquetin, *La preuve de la discrimination : l'apport du droit communautaire : Dr. soc.* 1995, p. 435 et s., spéc. p. 437 : « La CJCE a élaboré un mode de raisonnement pour que le principe d'égalité ait quelque efficacité ».

classiques de procédure civile. Ce mouvement jurisprudentiel a depuis bénéficié de nombreuses consécutions textuelles, exprimant le souhait de la Commission que cette répartition de la preuve se développe⁽⁹⁰⁾. Différentes directives ayant trait à l'application du principe d'égalité proclament⁽⁹¹⁾ que « les États membres prennent les mesures nécessaires, conformément à leur système judiciaire, afin que, dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établit, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement⁽⁹²⁾ ».

872. – Pour M^{me} Lanquetin, ces directives n'ont apporté aucune nouveauté puisqu'elles sont conformes à la jurisprudence de la Cour de justice que les juges internes étaient déjà tenus d'appliquer⁽⁹³⁾. Ce propos est inexact. Seules les juridictions qui ont soumis une question préjudicielle à la Cour sont liées par ces réponses. À leur égard, les arrêts⁽⁹⁴⁾ ont force obligatoire et exécutoire⁽⁹⁵⁾. Au-delà, le juge national conserve son autonomie de décision.

873. – Les termes des directives sont dénués d'ambiguïté et l'objet de la preuve est déplacé⁽⁹⁶⁾. Le salarié peut se contenter d'alléguer des faits permettant de présumer l'existence d'une discrimination. Le doute insinué soumet alors l'employeur à la *probatio diabolica*⁽⁹⁷⁾ puisqu'il est exigé qu'il rapporte la preuve négative de l'absence de discrimination.

874. – Ces réserves légitimes n'ont pas dissuadé la Cour européenne des droits de l'Homme de s'engager sur le même chemin que les instances de l'Union européenne. Pour la Cour, « vues la spécificité des faits et la nature des allégations for-

(90) Pour certains auteurs, la prolifération des directives s'explique par l'insistance de la Commission européenne à faire inscrire en droit positif des logiques auparavant jurisprudentielles et nationales (en ce sens, V. S.-J. Liéber et D. Botteghi, M^{me} Perreux (II) – Juger des discriminations, une mission sous contrainte : AJDA 2009, p. 2391 et s., spéc. p. 2392). Dans le même sens, V. M.-T. Lanquetin, *Discriminations à raison du sexe. Commentaire de la directive 97/80 du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination à raison du sexe* : Dr. soc. 1998, p. 689 et s., spéc. p. 693 : « En pratique, l'existence de la directive et des textes qui devront être adoptés pour sa transposition devraient favoriser l'intégration de ce droit communautaire dans le droit national, y compris dans les domaines qui ne sont pas couverts par la directive »).

(91) Dir. n° 97/80, 15 déc. 1997, sur la charge de la preuve d'une discrimination fondée sur le sexe (abrogée avec effet au 15 août 2009 par la directive « refonte » n° 2006/54/CE du 6 juillet 2006). – Dir. n° 200/43/CE, 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique. – Dir. n° 2000/78/CE, 27 nov. 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

(92) Dir. n° 2000/78/CE, 27 nov. 2000, art. 10. – Dir. n° 2000/43/CE, 29 juin 2000, art. 8. – Dir. « refonte » n° 2006/54/CE, 6 juill. 2006, art. 19.

(93) M.-T. Lanquetin, *Discriminations à raison du sexe. Commentaire de la directive 97/80 du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination à raison du sexe* : Dr. soc. 1998, p. 689 et s., spéc. p. 693 : « Dans une vision théorique du droit substantiel applicable en France, la directive ne comporte aucun apport spécifique puisque les juges étaient déjà tenus d'appliquer la jurisprudence la CJCE ».

(94) TFUE, art. 280 et 299 (ex-art. 244 et 246 TCE).

(95) L'exécution forcée de la décision ne peut être demandée qu'à l'encontre des personnes privées. Celle-ci suppose que l'autorité nationale compétente ait apposé sur la décision de la Cour la formule exécutoire autorisant le recours aux voies d'exécution forcée selon les règles du droit national (en ce sens, V. C. Blumann et L. Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Litec, 4^e éd. 2010, n° 849).

(96) F. Favennec-Hery, *Vie professionnelle, vie personnelle du salarié et droit probatoire* : Dr. soc. 2004, p. 48 et s., spéc. p. 55 : « L'objet de la preuve de la discrimination est déplacé pour le salarié qui doit établir non la discrimination mais des faits permettant de la présumer ».

(97) J. Aguera, *Discrimination et égalité de traitement, avant qu'il ne soit trop tard* : Semaine sociale Lamy 2006, n° 1256.

mulées dans ce type d'affaire, il serait en pratique extrêmement difficile pour les victimes de prouver la discrimination indirecte sans renversement de la charge de la preuve⁽⁹⁸⁾ ». Elle retient donc un aménagement probatoire similaire à celui adopté dans l'Union européenne. Il incombe au demandeur d'établir une présomption réfragable de discrimination par un « faisceau d'indices ou de présomptions non réfutés, suffisamment graves, précis et concordants⁽⁹⁹⁾ ». Revient ensuite au mis en cause la charge de renverser cette présomption en démontrant que la différence en question ne repose pas sur un motif illicite. Face à ces pressions externes, le droit français a été contraint de s'adapter. La jurisprudence fut la première à se soumettre.

2° La réception jurisprudentielle

875. – Anticipation. Le contentieux de la discrimination présente des spécificités certaines qui, au-delà de l'exigence d'efficacité du droit européen, devaient avoir des conséquences sur la répartition du fardeau probatoire. Les différends relatifs aux distinctions illicites imposent, la plupart du temps, d'évoquer des éléments du patrimoine. Or, ceux-ci demeurent en principe secrets et échappent au salarié⁽¹⁰⁰⁾. Le professeur Cesaro estime d'ailleurs que ce type de conflit « est étouffé par le secret⁽¹⁰¹⁾ ».

876. – En facilitant l'accès au juge et en augmentant les chances de succès de l'action, l'aménagement probatoire permet de rendre la parole à des victimes qui n'osaient se plaindre. En outre, en tant qu'auteur de l'acte, l'employeur est le mieux à même d'éclairer le juge sur les raisons qui l'ont conduit à arrêter la décision en débat⁽¹⁰²⁾. Ces contraintes particulières « invitaient le juge à adapter le rythme du contentieux à la musique de la discrimination, en assumant sa "responsabilité" de maître de l'instruction pour prendre en compte les difficultés propres à l'administration de la preuve dans cette matière⁽¹⁰³⁾ ».

877. – Par deux arrêts, la Cour de cassation devait s'aligner sur les positions européennes puis les supplanter. Le 23 novembre 1999⁽¹⁰⁴⁾, elle décida, conformément à la directive de 1997, qu'en matière de discrimination à raison du sexe, « 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

(98) CEDH, Gde ch., 13 nov. 2007, req. n° 57325/00, *D.H et a. c/ République Tchèque*.

(99) CEDH, 18 mai 2000, req. n° 41488/98, *Velikova c/ Bulgarie*.

(100) Selon le professeur Favennec-Héry, « les éléments de preuve se trouvent dans l'entreprise » (F. Favennec-Héry, *La preuve face aux pouvoirs de l'employeur* : *Dr. soc.* 1985, p. 172 et s., spéc. p. 173).

(101) J.-F. Cesaro, *Le doute en droit privé*, éd. Panthéon-Assas, 2003, spéc. n° 254.

(102) Mieux à même d'apporter la justification du fait litigieux, l'employeur doit subir le risque probatoire s'il échoue. Même si elle semble « empreinte de bon sens », la théorie de l'aptitude à la preuve n'empêche pas la conviction du professeur Cesaro. Ce dernier estime qu'il n'est pas légitime de reprocher « le doute subsistant à la partie qui était supposée le lever avec le plus de facilité lorsqu'elle a engagé tous les efforts » pour le faire (J.-F. Cesaro, *Le doute en droit privé*, éd. Panthéon-Assas, 2003, spéc. n° 135). Cette position ne peut être qu'approuvée dans le domaine des discriminations, où les exigences de justification des juges sont de plus en plus élevées. Il n'est pas plus aisé à l'employeur de démontrer qu'il n'a pas commis de discrimination qu'au salarié de faire présumer qu'il en a été victime.

(103) S.-J. Liéber et D. Bottegghi, *M^{me} Perreux (II) – Juger des discriminations, une missions sous contrainte* : *AJDA* 2009, p. 2391 et s., spéc. p. 2393.

(104) Cass. soc., 23 nov. 1999, n° 97-42.940 : *Bull. civ.* 1999, V, n° 447.

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 sexe ». Même si aucune disposition européenne ne l'imposait, une solution identique a été arrêtée le 28 mars 2000⁽¹⁰⁵⁾ en matière de discrimination syndicale. L'alignement opéré apparaît pertinent puisqu'« il n'y avait guère de raison de ne pas appliquer le même régime de preuve aux différents motifs de [distinctions illicites⁽¹⁰⁶⁾] ».

878. – Innovation ? Ce revirement prévisible⁽¹⁰⁷⁾, et déjà appliqué par certaines décisions du fond⁽¹⁰⁸⁾, a été diversement apprécié par la doctrine⁽¹⁰⁹⁾. Il est néanmoins permis de douter que l'aménagement arrêté influe, en pratique, sur le déroulement des contentieux. Si l'article 1315 du Code civil⁽¹¹⁰⁾ énonce qu'il incombe à celui qui réclame l'exécution d'une obligation de la prouver, dans le cadre du débat judiciaire, les parties « avanceront toutes les preuves qu'elles estimeront favorables à leur cause, sans se soucier de savoir si elles sont tenues de le faire⁽¹¹¹⁾ ». Or, lorsqu'il est reproché à un employeur d'avoir arrêté une décision pour un motif illicite, sa stratégie de défense consiste à démontrer que la mesure en cause repose sur des critères objectifs. Chacun n'aura donc qu'à rapporter la preuve des éléments qu'il entend faire valoir⁽¹¹²⁾. L'aménagement de la preuve ne soumet pas le chef d'entreprise à une nouvelle contrainte puisqu'elle consacre une « attitude naturelle ». De surcroît, le mécanisme institué peut être rapproché des dispositions de l'article 1353 du Code civil⁽¹¹³⁾. En apportant des éléments de fait « graves, précis et concordants » laissant supposer à l'existence d'une discrimination, le salarié permet au juge de retenir une présomption de distinction illicite⁽¹¹⁴⁾. Le magistrat déduit alors de ce faisceau d'indices les motivations, pourtant inconnues, de l'acte litigieux⁽¹¹⁵⁾. Cette présomption ne repose que sur la force de conviction qu'elle exerce dans l'esprit du juge⁽¹¹⁶⁾ : il incombe alors à l'employeur de la renverser par la preuve de la mise en œuvre de critères objectifs et pertinents.

(105) Cass. soc., 28 mars 2000, n° 97-45.258 : *Bull. civ.* 2000, V, n° 126.

(106) M.-T. Lanquetin, *Un tournant en matière de preuve de discrimination* : *Dr. soc.* 2000, p. 589 et s.

(107) En ce sens, V. notamment Cass. soc., 15 déc. 1998, n° 95-43.630 : *Bull. civ.* 1998, V, n° 551. La Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre l'arrêt qui a condamné un employeur pour violation du principe d'égalité de traitement parce que ce dernier n'a été en mesure de fournir « aucune explication à la différence de [traitement établie] ». Concernant l'arrêt du 28 mars 2000, M. le Professeur Teyslié estimait que s'inscrivait dans un courant particulièrement fort, il ne surprenait guère (B. Teyslié : *TPS* 2000, comm. 198).

(108) V. notamment Cons. prud'h. Paris, 4 juin 1996 : *Dr. ouvrier* 1996, p. 381 et s. – CA Paris, 21 févr. 1997 : *Dr. ouvrier* 1997, p. 224 et s.

(109) Pour une appréciation positive, V. M.-T. Lanquetin, *Un tournant en matière de preuve de discrimination* : *Dr. soc.* 2000, p. 589 et s. Pour une position moins enthousiaste, V. B. Teyslié : *TPS* 2000, comm. 198.

(110) C. civ., art. 1315.

(111) J.-F. Cesaro, *Le doute en droit privé*, éd. Panthéon-Assas, 2003, spéc. n° 115.

(112) En ce sens, V. L. Dauxerre, *Les méthodes probatoires en droit du travail*, in *Standards, principes et méthode en droit du travail*, Economica, 2011, p. 231 et s., spéc. p. 247.

(113) C. civ., art. 1353.

(114) En ce sens, V. Y. Pagnier, *L'intérêt de l'entreprise en droit du travail*, in *Standards, principes et méthode en droit du travail*, Economica, 2011, p. 63 et s., spéc. p. 90.

(115) C. civ., art. 1349.

(116) En ce sens, V. J.-L. Aubert et E. Savaux, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, 13^e éd. 2010, n° 222 : « La force probante [des présomptions de l'homme] est de pur fait : elle dépend de la force de conviction qu'elles peuvent exercer sur l'esprit du juge. Dans tous les cas, celui-ci reste maître de son appréciation. Cette liberté est rendue nécessaire par la relative fragilité et l'incertitude congénitale de ces procédés de preuve ».

3° La consécration législative

879. – Action sous contrainte. Pressé par l'obligation de transposer les directives européennes⁽¹¹⁷⁾, poussé par les positions de principe arrêtées par la Cour de cassation, le législateur était contraint d'agir. C'est par la loi du 16 novembre 2001⁽¹¹⁸⁾ que fut introduit dans l'ordre interne l'aménagement de la preuve des discriminations. Il en résulte que, dorénavant, lorsque le salarié « présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte (...) il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination⁽¹¹⁹⁾ ». Ce dispositif n'était pas totalement inconnu de l'ordre interne puisque des dispositions similaires existaient concernant les différences de rémunération entre les hommes et les femmes⁽¹²⁰⁾.

880. – Si elle doit être saluée pour ne pas avoir soumis l'employeur à une preuve négative⁽¹²¹⁾, la transposition effectuée allège la charge probatoire du salarié plus encore que ne semblaient le prévoir les dispositions européennes. Alors que ces dernières imposent au demandeur d'« établir » des éléments de fait laissant présumer l'existence d'une discrimination, le législateur se contente de la présentation de ces éléments. Il en résulte « une plus grande facilité pour administrer la preuve requise⁽¹²²⁾ ». Pourtant, eu égard à la nécessité de protéger les droits fondamentaux de la personne concernée, l'aménagement légal de la preuve des discriminations est considéré par la Cour de cassation comme conforme à l'article 6, § 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁽¹²³⁾. Le mécanisme mis en œuvre semble équilibré, chaque partie ayant la possibilité raisonnable de présenter sa cause, notamment l'employeur lorsqu'il « a la charge de rapporter la preuve que le traitement appliqué à un salarié a pour cause des éléments objectifs, éléments dont il est le seul à pouvoir disposer⁽¹²⁴⁾ ».

B. – Un mécanisme équilibré

881. – Dans la recherche de la vérité, de chaque partie, les rôles sont définis. Au demandeur incombe la charge d'insinuer des doutes (1°) ; à défaut de les dissiper, l'employeur sera condamné (2°).

(117) En ce sens, V. J.-M. Belorgey, *De quelques problèmes liés à la prohibition et à l'élimination des discriminations. Essai de clarification des concepts et des éléments de droit comparé* : *Dr. soc.* 2002, p. 679 et s., spéc. p. 684 : « La France s'est, à l'occasion [de la loi du 16 novembre 2001] employée, en même temps qu'à rattraper le retard pris pour la transposition de la directive sur le déplacement de la preuve en matière de discrimination à raison du sexe, à prendre de l'avance pour la transposition de celle tendant au même objet en matière de discrimination à raison de l'origine nationale ou ethnique ».

(118) L. n° 2001-1066, 16 nov. 2001, relative à la lutte contre les discriminations.

(119) C. trav., art. L. 1134-1.

(120) En ce sens, V. L. n° 83-635, 13 juill. 1983, portant modification du Code du travail et du Code pénal en ce qui concerne l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. Cette loi a introduit un article L. 140-8 dans le Code du travail aux termes duquel en cas de litige relatif à ce domaine, il revient à l'employeur de fournir au juge les éléments de nature à justifier l'inégalité de rémunération invoquée.

(121) Les différentes directives imposent au défendeur « de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement ».

(122) C. Minet, *Présomption et preuve de la discrimination en droit du travail* : *JCP E* 2003, p. 894 et s., spéc. p. 897.

(123) Cass. soc., 28 janv. 2010, n° 08-41.959 ; *Bull. civ.* 2010, V, n° 28 ; *RJS* 2010, n° 309.

(124) En ce sens, CA Versailles, 5 juin 2003, n° 01-1246, *Jouvene-Faure c/ SA IBM France*.

1° L'insinuation du doute

882. – Éléments de faits. L'employeur n'est contraint de se justifier que dans l'hypothèse où le salarié apporte des éléments de fait de nature à insinuer un doute sur la légalité de sa décision. La discrimination n'est donc pas présumée. Le Conseil constitutionnel précise ainsi que « les règles de preuve plus favorables à la partie demanderesse (...) ne sauraient dispenser celle-ci d'établir la matérialité des éléments de fait précis et concordants qu'elle présente au soutien de l'allégation selon laquelle la décision prise à son égard constituerait une discrimination⁽¹²⁵⁾ ». Ces réserves d'interprétation sont strictes⁽¹²⁶⁾ et même si les dispositions européennes autorisaient la mise en œuvre de dispositifs plus favorables au demandeur, le législateur n'aurait pu s'engager dans cette voie sans violer la Constitution⁽¹²⁷⁾.

883. – À l'allègement du fardeau probatoire du salarié, deux limites sont fixées. D'une part, celui-ci ne saurait être cru sur parole⁽¹²⁸⁾. D'autre part, ses allégations doivent être « suffisamment précises et crédibles⁽¹²⁹⁾ » soit pour établir une rupture d'égalité apparente, soit pour inciter le juge à ordonner des mesures d'instruction. Des « demandes fantaisistes, inutiles ou dénuées de fondement⁽¹³⁰⁾ », le prétoire est préservé.

884. – Éléments insuffisants. L'objet de la preuve incombant au salarié a été déplacé⁽¹³¹⁾ : s'il n'a plus à établir l'intention dolosive de l'employeur⁽¹³²⁾, il doit néanmoins prouver des faits susceptibles de caractériser une discrimination. Ainsi, il ne saurait se contenter d'alléguer que son licenciement avait pour cause son activité syndicale sans étayer cette supposition⁽¹³³⁾. Le demandeur ne peut également s'estimer victime d'un ralentissement de carrière illicite sans démontrer être moins bien rémunéré que d'autres salariés placés dans une situation comparable⁽¹³⁴⁾. Lui incombe, en principe, la démonstration de la similarité de situation⁽¹³⁵⁾.

(125) Cons. const., déc. 12 janv. 2002, n° 2001-455 DC, consid. 89.

(126) Cons. const., déc. 12 janv. 2002, n° 2001-455 DC, consid. 90.

(127) En ce sens, V. B. Mathieu, *La loi de modernisation sociale à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité (à propos de la décision 2001-455 DC du 12 janvier 2002 du Conseil constitutionnel : Dr. ouvrier 2002, p. 44 et s., spéc. p. 53* : « Si les directives européennes permettent aux États de prendre des dispositions plus favorables à la partie demanderesse (...), le législateur français ne pourrait user de cette faculté sauf à violer la Constitution ».

(128) En ce sens, V. R. Chiss, *Le contentieux de la discrimination et de la rupture d'égalité : réflexions sur l'inégalité des armes* : JCP S 2010, 1339 : « Il ne suffit pas pour le salarié, "d'affirmer", de "supputer". Les éléments de faits doivent être suffisants pour caractériser la supposition ».

(129) C. Daburon, *Loi relative au harcèlement moral : la reconnaissance tardive d'un risque inhérent à l'activité professionnelle* : RJS 2002, p. 719 et s., spéc. p. 722. Énoncées dans le cadre de la preuve du harcèlement moral, ces remarques sont, à notre sens, transposables aux discriminations, puisque ces deux mesures font l'objet d'un aménagement probatoire identique.

(130) A. Varnek et M. Keim-Bagot, *Discrimination syndicale et injonction de produire une pièce détenue par l'employeur* : RDT 2009, p. 105 et s.

(131) En ce sens, V. C. Minet, *Présomption et preuve de la discrimination en droit du travail* : JCP E 2003, p. 894 et s., spéc. p. 896 : « L'objet de la preuve qui est à la charge du salarié paraît en effet déplacé du fait à prouver (la discrimination) vers d'autres faits (les éléments de faits susceptibles de caractériser une atteinte au principe d'égalité de traitement) ».

(132) T. Passerone, *L'individualisation des rémunérations*, thèse Paris II, Panthéon-Assas, 2010, n° 71.

(133) En ce sens, V. Cass. soc., 3 avr. 2002, n° 00-42.583 : RJS 2002, n° 697.

(134) En ce sens, V. Cass. soc., 23 oct. 2001, n° 99-43.153 : Bull. civ. 2001, V, n° 330 ; RJS 2002, n° 36.

(135) En ce sens, V. Cass. soc., 20 oct. 2010, n° 08-19.748 : publication à venir. Doit être débouté le salarié qui s'estime victime d'une différence de traitement en matière de salaire, lorsque que celui-ci est fixé en fonction de son chiffre d'affaires et qu'il ne fournit aucun renseignement sur les honoraires de ses collègues avec lesquels il se compare. La Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir reproché au demandeur de ne pas avoir établi l'identité de situation, préalable à la preuve de la différence de traitement.

885. – Des attestations de collègues imprécises et non circonstanciées prétendant que les activités syndicales du demandeur « ont nuit à sa carrière⁽¹³⁶⁾ » ne suffisent pas à établir l'existence d'une discrimination. Ce dernier ne saurait également arguer de « l'obscurité des modalités de calcul⁽¹³⁷⁾ » d'une prime pour contraindre l'employeur à s'en justifier. De même, le salarié qui se prétend victime d'un licenciement illicite motivé par sa maladie mais qui n'apporte « aucun élément utile permettant d'établir une relation de cause à effet entre son état de santé et [la rupture de son contrat⁽¹³⁸⁾] » ne satisfait pas aux exigences de l'article L. 1134-1 du Code du travail.

886. – Ainsi, le salarié qui se contente de décrire une situation objective ne permettant pas de présumer un lien de causalité entre une mesure défavorable et un critère discriminatoire succombera sous le poids de la preuve. Le seul fait de présenter un critère distinctif élevé par la loi au rang de motif de distinction prohibé ne saurait à lui seul établir l'existence d'une discrimination.

887. – Éléments suffisants. Une présomption de discrimination est établie par le demandeur qui rapporte la preuve de la concomitance entre une mesure défavorable et l'apparition d'un critère discriminatoire⁽¹³⁹⁾ ou qui démontre avoir été victime de mesures vexatoires à répétition⁽¹⁴⁰⁾. Une distinction illicite est également présumée lorsque le salarié qui présente une caractéristique protégée démontre qu'il est traité différemment⁽¹⁴¹⁾ de ses collègues placés dans une situation identique à la sienne⁽¹⁴²⁾. Pour ce faire, il pourra solliciter l'intervention des représentants du personnel ou de l'inspection du travail⁽¹⁴³⁾ ou présenter au juge un rapport d'expertise⁽¹⁴⁴⁾.

888. – Au travers des éléments qu'il apporte, le salarié doit convaincre le juge de la vraisemblance de la discrimination qu'il allègue. Face au doute institué, il n'apparaît pas illégitime d'attendre du chef d'entreprise des éclaircissements. Le mouvement du « balancier probatoire⁽¹⁴⁵⁾ » transfère alors à l'employeur le risque de la

(136) Cass. soc., 17 déc. 2008, n° 07-42.205. Confortant la valeur relative des attestations, la cour d'appel de Paris a estimé que le fait que trois salariés de couleur aient attesté ne pas avoir subi de discrimination ne pouvait exclure en soi l'existence de discrimination raciale (CA Paris, 29 janv. 2002 : *JurisData* n° 2002-173303).

(137) Cass. soc., 29 sept. 2010, n° 09-41.353.

(138) Cass. soc., 21 nov. 2007, n° 06-44.573. Dans le même sens, V. CA Aix-en-Provence, 23 oct. 2007 : *JurisData* n° 2007-361756, qui pose que le seul fait d'être le gendre de l'un des fondateurs de la société employeur ne peut suffire à constituer un élément susceptible de caractériser une discrimination fondée sur l'état de famille.

(139) En ce sens, V. Cass. soc., 13 févr. 2001, n° 98-41.365 : « Le conseil de prud'hommes a relevé qu'à compter de sa nomination en qualité de délégué syndical, la notation du salarié avait été considérablement diminuée sans que l'employeur soit en mesure de justifier cette diminution par des éléments objectifs ; qu'il a pu décider, [que le salarié] avait été victime d'une discrimination syndicale ».

(140) En ce sens, V. Cass. soc., 28 févr. 2001, n° 98-45.681 : « La cour d'appel, après avoir relevé que le salarié avait mis en évidence une série de faits, concernant, d'une part, sa vie personnelle : refus non motivé de prêt, d'autre part, l'exercice de son mandat : attaques injurieuses, contestation intempestives des heures de délégation, limitation du temps de parole, a constaté que l'employeur n'apportait ni explication, ni justification de ces anomalies ; qu'elle a pu dès lors retenir que le salarié avait été victime de mesures discriminatoires à raison de son activité syndicale ».

(141) Même la différence de traitement minime justifie la condamnation de l'employeur. En ce sens, V. Cass. soc., 6 oct. 2010, n° 09-42.324. La Cour de cassation estime inopérant le motif tiré « de la faible différence de rémunération » sur lequel la cour d'appel s'était fondée pour rejeter le grief de discrimination.

(142) En ce sens, V. Cass. soc., 28 sept. 2004 : *Bull. civ.* 2004, V, n° 227, n° 03-42.624 ; *RJS* 2005, n° 55 : « En présence d'une disparité de traitement non contestée, il appartient au juge, sans se substituer à l'employeur, de vérifier si celui-ci justifie d'éléments objectifs, étrangers à l'exercice d'un mandat syndical ».

(143) Sur le rôle de l'inspection du travail en matière de révélation des discriminations, V. *supra*, nos 544 et s.

(144) En ce sens, V. Cass. soc., 5 mai 1993, n° 90-41.584.

(145) A. Bugada, *Présomption de discrimination et recevabilité du pourvoi* : *Procédures* 2010, comm. 233.

preuve. Il lui incombe de démontrer que la mesure litigieuse contestée repose en réalité sur des motifs objectifs étrangers à toute discrimination. Le droit autrichien ne se contente pas d'une valse à deux temps. Le défendeur peut renverser la présomption de discrimination établie par le salarié en apportant des éléments de nature à faire présumer, et non pas prouver, l'absence de discrimination. Le fardeau de la preuve sera alors de nouveau transféré sur le demandeur⁽¹⁴⁶⁾. Cette solution doit être saluée en ce qu'elle n'impose pas la preuve complète de l'absence de discrimination et semble répartir équitablement le travail probatoire entre les parties.

2° La dissipation du doute

889. – Qu'il soit attrait devant le juge civil (a) ou le juge répressif (b), l'employeur doit établir que sa décision repose sur un motif objectif.

a) La dissipation du doute devant le juge civil

890. – Enjeux. Les éléments établis par le salarié permettent au juge de retenir une présomption de discrimination du fait de l'homme, conformément aux dispositions de l'article 1353 du Code civil⁽¹⁴⁷⁾. Dès lors, l'absence de justification pertinente à la discrimination vraisemblable suffit à retenir l'existence d'une distinction illicite.

891. – Justification objective. Une fois qu'elle est établie, l'employeur ne peut renverser la présomption de discrimination en arguant de son pouvoir discrétionnaire⁽¹⁴⁸⁾. Seules deux voies s'offrent à sa défense⁽¹⁴⁹⁾. Il peut réfuter la différence de traitement en démontrant que le demandeur n'est pas placé dans une situation identique à celle de ceux auxquels il se compare. Il peut tenter d'établir que la décision litigieuse repose sur des motifs objectifs⁽¹⁵⁰⁾ et matériellement justifiables⁽¹⁵¹⁾. La valeur du travail fourni⁽¹⁵²⁾, l'ancienneté⁽¹⁵³⁾ ou l'expérience⁽¹⁵⁴⁾ sont autant de critères licites qui permettent à l'employeur de dépasser l'apparence de discrimination. Pourtant, les qualités des justifications exigées de l'employeur traduisent une dérive du concept de discrimination. Le juge ne s'assure plus uniquement que le critère de distinction mis en œuvre est objectif mais vérifie dorénavant sa pertinence. Le régime de la traque des discriminations est aligné sur celui de l'égalité de traitement⁽¹⁵⁵⁾.

(146) En ce sens, V. *Le droit communautaire et européen et la prohibition des discriminations en matière d'emploi et de travail*, Observatoire du droit européen, services des études et de la Documentation de la Cour de cassation, févr. 2009, spéc. p. 75.

(147) Sur cette notion, V. *supra*, n° 875.

(148) En ce sens, V. Cass. soc., 28 sept. 2004, n° 03-42.624 : *Bull. civ.* 2004, V, n° 227 ; *RJS* 2005, n° 55 : « En présence d'une disparité de traitement non contestée, il appartient au juge, sans se substituer à l'employeur, de vérifier si celui-ci justifie d'éléments objectifs, étrangers à l'exercice d'un mandat syndical, qui ne sauraient résulter du seul exercice d'un pouvoir discrétionnaire ».

(149) Elles ne sont en fait que deux manifestations du principe d'égalité qui impose de traiter différemment des personnes placées dans des situations différentes. Ainsi, si le demandeur dispose d'une ancienneté plus faible, ou fournit un travail de moindre qualité que ses collègues, il ne relève pas d'une situation identique. La différence invoquée ne saurait donc être critiquée sur le fondement du principe d'égalité de traitement, et plus spécifiquement sur celui de la non-discrimination.

(150) La notion de motif objectif étranger à toute discrimination visée par l'article L. 1134-1 du Code du travail inclus, à notre sens, la notion d'exigence professionnelle essentielle et déterminante prévue par l'article L. 1133-1 de ce même code.

(151) R. Chiss, *Le contentieux de la discrimination et de la rupture d'égalité : réflexions sur l'inégalité des armes* : *JCP S* 2010, 1339.

(152) Sur une application négative, V. Cass. soc., 20 févr. 2008, n° 06-40.085 : *Bull. civ.* 2008, V, n° 38.

(153) Sur le critère de l'ancienneté, V. *supra*, n°s 313 et s.

(154) En ce sens, V. Cass. soc., 19 déc. 2007, n° 06-44.795.

(155) Sur ce point, V. *supra*, n°s 315 et s.

b) La dissipation du doute devant le juge pénal

892. – Procès pénal. L'aménagement probatoire décrit n'est pas applicable dans le cadre d'une instance pénale⁽¹⁵⁶⁾, dans laquelle l'employeur bénéficie, en outre, de la présomption d'innocence. Sa stratégie de défense peut-elle alors être différente ? À notre sens, ces deux garanties sont insuffisantes pour que le chef d'entreprise se contente d'une attitude passive devant le juge répressif. Comme en matière prud'homale, il a intérêt à apporter des éléments objectifs de nature à justifier la mesure que-rellée. Son effort probatoire pourrait faire naître dans l'esprit du magistrat un doute qui, « s'il n'écarte pas toute incertitude quant aux motivations réelles [de la décision, permet] de valablement fonder la relaxe⁽¹⁵⁷⁾ ». En outre, son silence pourrait être interprété comme la reconnaissance de sa culpabilité. Les moyens de défense sont donc identiques, quel que soit le juge saisi. Le juge répressif ne saurait valablement fonder une condamnation uniquement sur des suppositions. Sa décision doit reposer sur des éléments suffisamment significatifs pour caractériser la distinction prohibée. L'incertitude n'a, en principe, pas sa place devant une juridiction répressive.

§ 2. – Le déséquilibre provoqué

893. – Déséquilibre prévisible. Les principes figés par les textes organisent un jeu de la preuve équilibré, entre une victime qui n'est qu'en mesure d'apporter des soupçons et un employeur disposant, parfois, d'éléments pertinents pour les écarter. Mais, comme le craignait M. le Professeur Teyssié⁽¹⁵⁸⁾, les juges ont accru sensiblement la portée de ces dispositions⁽¹⁵⁹⁾. En ordonnant des mesures d'instruction qui suppléent la carence probatoire du demandeur (A), en admettant largement les actions des salariés ou en exigeant des employeurs d'importants efforts de justification (B), l'équilibre institué par les textes n'est plus qu'illusion.

A. – Les mesures d'instruction imposées

894. – Pouvoir souverain d'appréciation. L'aménagement probatoire n'interdit pas au juge d'avoir recours, dès le stade de la conciliation⁽¹⁶⁰⁾, à des mesures d'instruction. Celles-ci sont parfois le seul moyen d'apporter les éléments nécessaires pour fonder son intime conviction⁽¹⁶¹⁾. Mais elles ne sauraient être mises en œuvre

(156) Sur la preuve de la discrimination en matière pénale, V. *supra*, n^{os} 97 et 406.

(157) J.-F. Cesaro, *Discrimination syndicale : charge de la preuve* : JCP S 2007, 1493.

(158) En ce sens, V. B. Teyssié, *La preuve en droit du travail*, in *La preuve*, Economica, 2004, p. 73 et s., spéc. p. 80 : « La rigueur des conséquences qui s'y attachent appelle une interprétation stricte de ce dispositif légal, qu'il s'agisse des discriminations visées ou de l'appréciation des éléments de fait "de nature à laisser supposer l'existence d'une discrimination". (...) De [l'article L. 1134-4 du Code du travail], la portée peut être sensiblement accrue par le juge *via* une interprétation des situations visées ».

(159) Comme le précise M^{me} Lanquetin, « c'est au juge national que revient le pouvoir de fixer si la présomption est établie, de déplacer la charge de la preuve. C'est enfin à lui qu'il revient de déterminer si les motifs exposés par l'employeur sont justifiés objectivement, (...) d'exiger la transparence dans les décisions de l'employeur » (en ce sens, V. M.-T. Lanquetin, *Discriminations à raison du sexe. Commentaire de la directive 97/80 du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination à raison du sexe* : Dr. soc. 1998, p. 689 et s., spéc. p. 692).

(160) C. trav., art. R. 1454-14.

(161) C. Daburon, *Loi relative au harcèlement moral : la reconnaissance tardive d'un risque inhérent à l'activité professionnelle* : RJS 2002, p. 719 et s., spéc. p. 722.

pour passer outre la carence d'une partie dans l'administration de la preuve⁽¹⁶²⁾ : le recours à ces mesures est subordonné à la production par le demandeur des preuves suffisantes pour convaincre le juge que les faits dénoncés se sont produits⁽¹⁶³⁾. Sous ces deux limites, la faculté⁽¹⁶⁴⁾ d'ordonner des mesures d'instruction relève du pouvoir discrétionnaire des juges du fond⁽¹⁶⁵⁾.

895. – L'application combinée de ces dispositions avec les règles issues de l'article L. 1134-1, alinéas 1 et 2 du Code du travail, allège, parfois considérablement, la charge probatoire du salarié⁽¹⁶⁶⁾. Alors que le recours à ces investigations ou à ces mesures d'expertise devrait être justifié⁽¹⁶⁷⁾ et demeurer exceptionnel⁽¹⁶⁸⁾, il se révèle de plus en plus fréquent⁽¹⁶⁹⁾. Il ressort de certaines décisions qu'elles permettent au juge, au mépris des textes, de pallier la carence probatoire du demandeur⁽¹⁷⁰⁾. Au nom de la compensation du déséquilibre résultant de la subordination juridique du salarié⁽¹⁷¹⁾, le risque est grand « d'introduire des modalités inquisitoriales dans une procédure prud'homale en principe de type accusatoire⁽¹⁷²⁾ ». Si cette tendance devait se propager, la pratique judiciaire viderait de son sens l'aménagement probatoire organisé par les textes.

896. – Contenu des mesures d'instruction. Les mesures d'instruction recouvrent toutes les « mesures que le juge peut ordonner pour s'éclairer dans l'administration de la preuve⁽¹⁷³⁾ ». En matière de discrimination, celles-ci consisteront principalement en l'injonction faite à l'employeur de produire des pièces⁽¹⁷⁴⁾ en lien avec

(162) CPC, art. 146, al. 2.

(163) CPC, art. 146.

(164) Pour M. Boulmier, il ne devrait pas s'agir d'une faculté mais d'une obligation. Selon lui, « l'exigence d'un procès équitable commande au juge d'ordonner une mesure d'instruction, lorsqu'une partie n'a pu se procurer des éléments de preuve, du fait même de sa position d'infériorité, et qu'elle présente des éléments de fait sérieux rendant ses allégations probables » (D. Boulmier, *Preuve et instance prud'homale. À la recherche d'un procès équitable*, LGDJ, 2002, n° 196).

(165) En ce sens, V. Cass. soc., 4 févr. 2009, n° 07-42.697 : *Bull. civ.* 2009, V, n° 33 ; *RJS* 2009, n° 314 : « 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 ».

(166) En ce sens, V. A. Varnek et M. Keim-Bagot, *Discrimination syndicale et injonction de produire une pièce détenue par l'employeur* : *RDT* 2009, p. 105 et s., spéc. p. 106 : « La combinaison des dispositions probatoires de droit commun avec celles, plus favorables, relevant du domaine de la discrimination en droit du travail, conduit à élargir les possibilités de demander la délivrance d'une injonction de produire, car la dispense pour le salarié de prouver les faits de discrimination illicite, au profit de simples allégations, permet de contourner la règle (...) interdisant au juge de suppléer la carence des parties dans l'administration de la preuve ».

(167) CPC, art. 265.

(168) L'article L. 1134-1 du Code du travail précise ainsi que le juge forme sa conviction après avoir ordonné « en cas de besoin » des mesures d'instruction.

(169) J.-P. Lacroix-Andrivet, *L'administration judiciaire de la preuve, Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz, 2009-2010, spéc. n° 342-12. Pour l'auteur, ce recours croissant aux mesures d'instruction traduit une crainte du juge « de ne pouvoir trancher le litige de manière heureuse sans le concours d'un technicien ».

(170) En ce sens, V. Cass. soc., 4 févr. 2009, n° 07-42.697 : *Bull. civ.* 2009, V, n° 33. Le salarié a sollicité du juge une expertise sur l'ensemble de sa carrière sans qu'il ressorte des termes de l'arrêt qu'il eût présenté préalablement des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination.

(171) En ce sens, V. D. Boulmier, *Preuve et instance prud'homale. À la recherche d'un procès équitable*, LGDJ, 2002, n° 196 : « Le salarié a la plus grande difficulté à se procurer, sans risques, les pièces disponibles dans l'entreprise nécessaires au succès de ses prétentions. Les mesures d'instructions ou d'expertise sont donc toutes indiquées pour pallier cette difficulté ».

(172) A. Bugada, *Discrimination : appréciation de la réalité de la discrimination* : *JCP S* 2009, 1773.

(173) G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 8^e éd. 2007, p. 587.

(174) Cass. soc., 3 déc. 2008, n° 07-42.976.

le litige⁽¹⁷⁵⁾. Des expertises visant à reconstituer la carrière du demandeur pourront également être ordonnées⁽¹⁷⁶⁾. Celles-ci ont deux objectifs distincts : s'assurer que le demandeur n'a pas subi de retard illicite dans sa progression professionnelle et, à défaut, déterminer avec précision l'ampleur de son préjudice. Si, en principe, elles peuvent porter sur les deux aspects de la preuve de la distinction illicite⁽¹⁷⁷⁾ et sont menées à charge et à décharge⁽¹⁷⁸⁾, c'est principalement l'employeur qui sera soumis à la question par le biais des mesures d'instruction. Il est néanmoins possible d'imaginer qu'un chef d'entreprise sollicite une expertise afin qu'un tiers indépendant détermine les compétences du demandeur. Le résultat alors obtenu permettrait de justifier une différence de traitement.

897. – Le juge peut ordonner, sur son initiative, toutes les mesures d'instruction qu'il estime nécessaires⁽¹⁷⁹⁾ ; mais c'est uniquement à la demande d'une partie qu'il peut enjoindre à l'autre de communiquer des pièces⁽¹⁸⁰⁾. Le procès civil est la chose des parties⁽¹⁸¹⁾ et dans la quête de la vérité, le principe du dispositif bride les initiatives du juge. Ainsi, à défaut de sollicitation du demandeur ou de désignation d'un conseiller rapporteur⁽¹⁸²⁾, il ne saurait sommer l'employeur de produire des documents concernant la carrière des collègues du salarié en cause, ou demander tout autre renseignement qu'il estimerait pertinent pour se prononcer sur la licéité de la mesure contestée. Par ailleurs, l'hypothèse de l'empêchement légitime n'étant pas visée pour la communication de pièces détenues par l'une des parties⁽¹⁸³⁾, l'employeur ne peut invoquer la disparition des documents sollicités ou leur confidentialité pour s'affranchir de participer à la révélation de la vérité. Une fois encore, les contraintes de la preuve ne pèseront que sur le défendeur.

898. – Au-delà de ces limites, l'employeur est contraint de se soumettre aux mesures d'instruction ordonnées par le juge, sous peine de conforter le caractère vraisemblable de la discrimination invoquée⁽¹⁸⁴⁾.

899. – Temps des mesures d'instruction. Le pouvoir du juge d'ordonner la production de pièces détenues par autrui⁽¹⁸⁵⁾ ou la mise en œuvre de mesures

(175) CPC, art. 143 : « Les faits dont dépend la solution du litige peuvent, à la demande des parties ou d'office, être l'objet de toute mesure d'instruction légalement admissible ». En matière de discrimination, la délimitation des mesures d'instruction n'a que peu d'effet. L'ensemble des éléments de la carrière du salarié peut se révéler utile à l'appréciation de l'existence d'une distinction illicite. Pour déterminer si un salarié a été victime d'une différence de traitement, des investigations concernant l'évolution professionnelle de ses collègues sont également pertinentes.

(176) Cass. soc., 4 févr. 2009, n° 07-42.697 : *Bull. civ.* 2009, V, n° 33.

(177) Cass. soc., 4 févr. 2009, n° 07-42.697 : *Bull. civ.* 2009, V, n° 33. Les mesures d'instruction portent « 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 ».

(178) A. Bugada, *Discrimination : appréciation de la réalité de la discrimination* : JCP S 2009, 1773.

(179) Il résulte des articles 148 et 149 du Code de procédure civile que le juge « peut à tout moment accroître ou restreindre l'étendue des mesures prescrites » et en conjuguer plusieurs.

(180) CPC, art. 11, al. 2.

(181) CPC, art. 7, al. 1.

(182) Selon l'article R. 1454-3 du Code du travail, le conseiller rapporteur peut mettre en demeure les parties « de produire dans le délai qu'il détermine tous documents ou justifications propres à éclairer le conseil de prud'hommes ». Dans ce cadre, sommation peut être faite à l'employeur de communiquer des pièces, sans qu'elles n'aient été sollicitées par le salarié.

(183) Ce n'est que dans l'hypothèse de pièces détenues par des tiers qu'un « empêchement légitime » peut s'opposer à la communication demandée (CPC, art. 141).

(184) CPC, art. 11, al. 1.

(185) Sur la production des pièces, V. CPC, art. 139, al. 2.

d'instruction est subordonné à la démonstration du caractère fondé de la demande qui lui est présentée. Le demandeur ne saurait solliciter ces mesures sans apporter, au moins sommairement, des éléments de nature à insinuer le doute sur la légalité de la mesure patronale⁽¹⁸⁶⁾. En effet, si l'injonction ne préjuge en rien la solution définitive du litige⁽¹⁸⁷⁾, elle traduit le transfert du risque de la preuve. Elle suppose donc que le salarié ait satisfait en partie à sa charge probatoire. Pourtant, la Cour de cassation estime irrecevable le pourvoi dirigé contre un arrêt qui, s'il pose dans son dispositif que le salarié a établi des faits laissant présumer l'existence d'une discrimination et ordonne la production de pièces, ne se prononce pas sur la demande au fond⁽¹⁸⁸⁾. Néanmoins, dès ce stade du débat judiciaire, si l'employeur n'apporte pas des justifications pertinentes, la discrimination sera considérée comme établie.

900. – Si elle est conforme à la jurisprudence⁽¹⁸⁹⁾, la solution n'emporte pas l'adhésion sur le plan spécifique du contentieux de la discrimination. Comme le précise le professeur Bugada, « la Cour de cassation se prive d'un contrôle immédiat dans un contentieux majeur, qui, en pratique, se contente d'un système d'imputation⁽¹⁹⁰⁾ ». En admettant d'analyser ce type de pourvoi, la chambre sociale aurait pu préciser la notion « d'éléments de fait laissant présumer l'existence d'une discrimination » et s'opposer à certaines dérives des juges du fond.

B. – Des conditions de reconnaissance des discriminations facilitées

901. – **Garant de l'équilibre.** Le double temps de la preuve des discriminations confère au juge une importante responsabilité⁽¹⁹¹⁾. Qu'il exige du salarié des éléments hors de sa portée, et la réforme probatoire perd tout intérêt pratique. Qu'il impose à l'employeur des efforts de justification trop fréquents, en donnant trop de

(186) En ce sens, Cass. soc., 4 oct. 2005, n° 03-45.491. La Cour de cassation approuve la décision de la cour d'appel qui, avant d'ordonner une mesure d'instruction, avait « estimé établis, par une appréciation souveraine, des faits susceptibles de caractériser une discrimination ».

(187) Une discrimination ne sera établie que dans l'hypothèse où l'employeur ne peut justifier de manière objective la mesure litigieuse. Sur une position plus nuancée, V. A. Bugada, *Présomption de discrimination et recevabilité du pourvoi* : *Procédures* 2010, comm. 233 : « Rendre d'emblée, à l'issue de l'audience primitive portant sur la production de pièces, un jugement (ou un arrêt) retenant la présomption de discrimination, ne conduit-il pas le juge à anticiper sur une conviction qu'il ne peut se forger faute de disposer de tous les éléments utiles ? (...) Indépendamment de la recevabilité du pourvoi, c'est finalement se demander si l'impartialité et l'égalité des armes n'invitent à ce que les mesures d'instruction soient prises avant de "supposer" la discrimination ». À notre sens, il serait contraire au principe de la liberté d'entreprendre de solliciter de l'employeur des pièces sans que le salarié n'ait à établir une « présomption » de discrimination. De surcroît, l'apparence de discrimination ne saurait suffire à former la conviction du juge. L'existence d'une distinction illicite ne peut résulter que de la confrontation des faits et de l'absence d'explication, objective ou cohérente, de l'employeur. Le simple constat d'une disparité de traitement est insuffisant et, en principe, lorsque le juge sollicite des mesures d'instruction, son avis sur l'existence d'une discrimination, n'est pas encore arrêté.

(188) Cass. soc., 7 avr. 2010, n° 08-44.629 : *Bull. civ.* 2010, V, n° 90.

(189) En ce sens, V. notamment Cass. ass. plén., 5 déc. 1997 : *Bull. civ.* 1997, ass. plén., n° 11, n° 95-17858 : « Sauf dans les cas spécifiés par la loi, les jugements en dernier ressort qui ne mettent pas fin à l'instance ne peuvent être frappés de pourvoi en cassation indépendamment des jugements sur le fond que s'ils tranchent dans leur dispositif tout ou partie du principal ».

(190) A. Bugada, *Présomption de discrimination et recevabilité du pourvoi* : *Procédures* 2010, comm. 233.

(191) Pour une critique du dispositif, V. F. Duquesne, *Harcèlement moral et subordination. Désillusions en marge de la discussion relative au harcèlement moral au travail* : D. 2001, p. 2845 et s., spéc. p. 2850 : « Ce dispositif est cependant loin d'être parfait car il dépend du juge de déterminer, au cas par cas, ce qui constitue une allégation "suffisante", facteur déclenchant du processus probatoire qui vient d'être décrit ». Néanmoins, les dérives dénoncées sont inhérentes à la fonction de juger. Comme le précise M^{me} Dion, « comme tout pouvoir, celui de juger se caractérise par le risque de constituer un espace potentiellement dangereux, dans lequel se déploieraient la domination, la répression ou l'arbitraire » (N. Dion, *Le juge et le désir du juste* : D. 1999, p. 195 et s., spéc. p. 197).

crédit aux allégations des demandeurs ou en limitant la nature des critères de distinction admissibles, et c'est tant le pouvoir de direction du chef d'entreprise que la liberté d'entreprendre qui se trouvent battus en brèche⁽¹⁹²⁾. L'équilibre institué par les textes est précaire ; il doit être préservé. S'il allège ses exigences probatoires vis-à-vis du salarié, le juge devrait accueillir plus largement les justifications invoquées par l'employeur. En effet, moins la « présomption de discrimination » établie par le salarié repose sur des éléments précis et concordants, plus elle doit être simple à renverser. Telle ne semble pourtant pas la voie suivie⁽¹⁹³⁾. La volonté de la jurisprudence de rééquilibrer la position des parties dans le procès de la discrimination impose à l'employeur des exigences probatoires trop importantes⁽¹⁹⁴⁾.

902. – Justifications exigées. Pour s'assurer de l'absence de discrimination, le juge contrôle la pertinence des motifs invoqués par l'employeur. Si la méthode présente l'intérêt d'écartier les prétextes inventés pour les besoins de la cause et qui n'ont jamais animé le défendeur, en contrepartie, elle entoure de suspicion l'ensemble des mesures patronales. Participent également au déséquilibre dénoncé les exigences probatoires du juge sur les éléments de justification apportés par l'employeur. Si, en théorie, il est possible d'exiger du chef d'entreprise qu'il motive l'ensemble de ses décisions, tout en en préservant la preuve, les contraintes inhérentes à la gestion d'une collectivité de travail transforment ce vœu en utopie. Il imposerait la mise en œuvre d'un « livret ouvrier d'un nouveau genre⁽¹⁹⁵⁾ » peu compatible avec le respect de la dignité des salariés et la réalité des rapports humains.

903. – L'employeur sera souvent dans l'impossibilité de justifier les mesures prises. Devant ce constat, sa condamnation semble fondée lorsque les éléments apportés par le salarié laissent supposer l'existence d'une discrimination ; la solution devient contestable quand aucun indice sérieux de distinction illicite n'est soumis au juge. La sanction de la distinction présume alors de la mauvaise foi de l'employeur puisque sans justification la mesure patronale sera sanctionnée. Pourtant, à défaut de preuve contraire, la décision du chef d'entreprise doit être supposée prise dans l'intérêt de l'unité qu'il dirige. La bonne foi de l'employeur se présume autant que celle du salarié⁽¹⁹⁶⁾.

(192) Le professeur Verdier précise que le juge ne saurait se substituer au titulaire d'une liberté et que « tant qu'il s'efforce d'empêcher les abus auxquels l'exercice de celle-ci peut donner lieu et qu'il est conduit pour cela à rappeler des limites, comme pour tout droit subjectif, il reste ce faisant tout à fait dans son rôle de gardien des libertés. Mais il en sort assurément s'il se permet de substituer à celle de son titulaire sa propre appréciation des raisons et opportunités de l'exercer. Cette immixtion du juge constituerait de sa part la négation même de ce qui fait une liberté » (J.-M. Verdier, *Libertés et travail. Problématique des droits de l'homme et le rôle du juge* : D. 1988, chron. p. 63 et s., spéc. p. 66). À notre sens, cette remarque prend toute son ampleur dans le contrôle qu'opère le juge sur les motifs de distinctions invoqués par l'employeur.

(193) Sur une critique de la position de la jurisprudence concernant la justification des discriminations, V. *supra*, n° 467.

(194) En ce sens, V. R. Chiss, *Le contentieux de la discrimination et de la rupture d'égalité : réflexions sur l'inégalité des armes* : JCP S 2010, 1339 : « Il semblerait donc qu'à force de "rééquilibrage" de la position des parties dans le procès de la discrimination et de la rupture d'égalité, la Cour de cassation ait re-déséquilibré l'ensemble, dans l'autre sens ».

(195) J. Aguera, *Discrimination et égalité de traitement. Avant qu'il ne soit trop tard : Semaine sociale Lamy 2006*, n° 1256, p. 31 et s., spéc. p. 32 : « Faut-il, au moment où le contrat de travail est signé, ouvrir un dossier pré-contentieux qui (...) deviendra un livret ouvrier moderne où seront consignées toutes les péripéties, toutes les notes de services ou les courriers d'observation envoyés, tous les temps alloués et dépassés, tous les avertissements que l'on s'obligera à envoyer, alors que dans un autre contexte, on se serait contenté d'une observation orale ? ».

(196) *Ibid.* : « La bonne foi de l'employeur se présume autant que celle du salarié, car le chef d'entreprise n'accorde pas [de mesures] sur d'autres critères que celui de la qualité et de la collaboration, le tout non pas dans son intérêt propre, mais dans celui de l'entreprise, qui doit nécessairement transcender la somme des intérêts individuels de ceux qui travaillent ».

LES SANCTIONS DES DISCRIMINATIONS

904. – **Rôle primordial.** Le prononcé d'une condamnation participe au dispositif de prohibition des discriminations. La reconnaissance au demandeur de la qualité de victime « fait en elle-même figure d'acte de justice⁽¹⁾ » ; elle l'autorise à obtenir réparation de son préjudice. Au-delà de l'indemnisation financière, la sanction judiciaire prononcée à l'encontre de l'employeur permet au salarié d'obtenir, au sein de la communauté de travail, la réhabilitation de ses compétences professionnelles. Puisqu'« il y a en raison une corrélation nécessaire entre un droit et sa sanction⁽²⁾ », leur étude se révèle indispensable (Section 2). La détermination de leur destinataire en est le préalable (Section 1).

S E C T I O N 1

LES DESTINATAIRES DES SANCTIONS

905. – En raison des fonctions qu'elles exercent, certaines personnes physiques (§ 1), lorsqu'elles commettent une discrimination, sont susceptibles d'engager, en même temps que la leur⁽³⁾, la responsabilité pénale de l'entreprise, personne morale (§ 2).

(1) M. Grévy, *La sanction civile en droit du travail* : *Dr. soc.* 2001, p. 598 et s., spéc. p. 600 : « L'identification de l'illicéité, qui met en lumière l'acte illicite ne laisse pas la victime dans l'ombre : elle lui apporte reconnaissance, c'est-à-dire affirmation que l'un de ses droits a été violé. Cette reconnaissance fait figure d'un acte de justice ».

(2) E. Wagner : *D.* 1987, jurispr. p. 427 et s., spéc. p. 431.

(3) Il résulte de l'alinéa 3 de l'article 121-2 du Code pénal que l'engagement de la responsabilité pénale des personnes morales « n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits ». Les parquets ont pour consigne, en cas d'infraction intentionnelle, d'engager des poursuites à la fois contre la personne physique auteur ou complice et contre la personne morale dès lors que les faits ont été commis pour son compte par ses organes ou représentants (en ce sens, V. Circ. relative à l'entrée en vigueur au 31 décembre 2005 des dispositions de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 généralisant la responsabilité pénale des personnes morales : *BO min. Justice* n° 101).

§ 1. – Les personnes physiques

906. – Intérêt à l'identification. Soumise à l'autorité hiérarchique de l'auteur des faits, la victime d'une discrimination préfère parfois la résignation à l'action⁽⁴⁾. Cette situation entraîne la dégradation des relations de travail et engendre une baisse de productivité : l'entreprise ne saurait s'en satisfaire. Toutefois, à l'employeur ignorant, la passivité ne saurait être reprochée : le silence des salariés s'oppose à toute action corrective. Informé, il pourrait régler des différends sans l'intervention d'un tiers. Il est de son intérêt d'identifier au plus tôt les discriminations commises dans son entreprise.

907. – Incite également à la détection précoce des distinctions illicites le « label diversité ». Sa délivrance est subordonnée⁽⁵⁾ à la mise en place d'outils internes de traitement des plaintes et des réclamations relatives à des faits de discrimination. En dépit des doutes exprimés sur l'efficacité de ces mesures⁽⁶⁾, les salariés y semblent favorables⁽⁷⁾ ; certains employeurs adoptent des procédures « d'alerte professionnelle ». Celles-ci permettent aux salariés de dénoncer dans l'entreprise, sans crainte de représailles, les distinctions illicites dont ils s'estiment victimes⁽⁸⁾. En raison du traitement automatisé de données personnelles qu'ils impliquent, ces dispositifs sont soumis à une obligation de déclaration auprès de la CNIL. Le professeur Antonmattei souhaiterait qu'ils bénéficient en outre d'une réglementation spécifique⁽⁹⁾.

908. – Inapplicabilité du dispositif d'autorisation sur déclaration. Pour permettre aux entreprises françaises de se mettre en conformité avec la loi américaine « Sarbanes-Oxley⁽¹⁰⁾ », la CNIL a adopté, le 8 décembre 2005⁽¹¹⁾, un dispositif d'autorisation unique lorsqu'est envisagée la mise en place d'un mécanisme

(4) 39 % des victimes et 31 % des témoins de discriminations préfèrent se taire plutôt que d'agir (en ce sens, V. *Discrimination : les travailleurs favorables aux sanctions* : JCP S 2011, act. 90).

(5) D. n° 2008-1344, 17 déc. 2008, relatif à la création d'un label en matière de promotion de la diversité et de prévention des discriminations dans le cadre de la gestion des ressources humaines et à la mise en place d'une commission de labellisation. Sur ce label, V. *supra*, n° 54.

(6) En ce sens, V. P. Waquet, *Dénonciation et alarme professionnelle, quelle légalité ?* : RJS 2009, p. 186 et s., spéc. p. 192 : « On peut se demander si ces systèmes d'alerte auront un vrai succès. Bien des salariés hésiteront, à juste titre, à exercer un rôle de gendarme et, soit pour des raisons morales ou à l'inverse par lâcheté, choisiront de taire tel ou tel fait litigieux dont ils ont eu connaissance ». Si cette réflexion nous semble pertinente concernant les dénonciations visant des faits de corruptions ou de malversations économiques, le risque dénoncé nous apparaît limité dans le domaine des discriminations. Ces délits atteignant le salarié dans sa personne, celui-ci dispose de raisons légitimes pour agir.

(7) Il résulte d'un sondage réalisé en décembre 2010 que 84 % des salariés sont favorables « à la mise en place d'une procédure d'alerte anonyme et confidentielle signalant les discriminations » (sur ce sondage, V. *Discrimination : les travailleurs favorables aux sanctions* : JCP S 2011, act. 90).

(8) Cette possibilité était d'ailleurs envisagée par le rapport de MM. Antonmattei et Vivien qui préconisait la mise en place de dispositifs d'alerte éthique permettant de signaler au chef d'entreprise ou à d'autres personnes désignées à cet effet « des atteintes aux droits des personnes et aux libertés individuelles qui ne seraient pas justifiées par la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché » (en ce sens, V. P.-H. Antonmattei et P. Vivien, *Chartes éthiques, alerte professionnelle et droit du travail*, La Documentation française, 2007, spéc. p. 38).

(9) En ce sens, V. notamment P.-H. Antonmattei, *Conditions de validité des dispositifs d'alerte professionnelle* : JCP S 2010, 1091.

(10) Cette loi du 30 juillet 2002 impose notamment, dans l'ensemble des sociétés et groupes de sociétés cotées à la bourse de New-York, ainsi qu'à leurs filiales, quel que soit le lieu où elles sont situées, la mise en place de systèmes de *whistleblowing*, c'est-à-dire d'alerte éthique ou professionnelle devant permettre aux salariés de faire part de malversations financières ou d'irrégularités comptables dont ils auraient connaissance dans le cadre de leur activité.

(11) Autorisation unique n° AU-004. – Délib. n° 2005-305, 8 déc. 2005, portant autorisation unique de traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle.

« d'alerte éthique ». Cette autorisation avait vocation à couvrir les dénonciations intervenant dans le domaine des infractions financières⁽¹²⁾ mais également sur toute « question mettant en jeu les intérêts vitaux de l'entreprise ou l'intégrité physique ou morale de ses employés⁽¹³⁾ ». Attentatoires à la dignité des salariés, les discriminations auraient pu relever de cette seconde catégorie. Mais la Cour de cassation s'est opposée à cette interprétation en réduisant le champ d'application de l'autorisation unique : ne relèvent de son domaine que les dénonciations concernant des infractions financières⁽¹⁴⁾. Prenant acte de cette solution, la CNIL a modifié sa délibération litigieuse⁽¹⁵⁾ qui n'est plus susceptible de s'appliquer aux alertes professionnelles concernant les dénonciations de discrimination.

909. – Déclaration spécifique. À l'entreprise qui souhaite néanmoins recourir à ce type de processus, seule la voie de la déclaration spécifique reste ouverte. Par des délibérations en date du 3 mars 2011, la CNIL en a fixé le régime⁽¹⁶⁾. Il en résulte que tant les représentants du personnel que les salariés doivent être informés de la finalité du dispositif avant sa mise en œuvre. Si l'identité de son auteur ne doit pas être divulguée, l'alerte ne peut pas être anonyme⁽¹⁷⁾. Ses destinataires doivent être limitativement identifiés et sont astreints à une obligation particulière de confidentialité. Le dispositif doit demeurer « facultatif et complémentaire par rapport aux autres voies légales de remontée des réclamations des salariés ». La CNIL décide que l'auteur de l'alerte doit être informé que « l'utilisation abusive peut [l']exposer à des sanctions disciplinaires (...) et à des poursuites judiciaires ». Si la position adoptée est de nature à éviter une utilisation excessive de la procédure, elle pourrait se révéler en contradiction avec les solutions arrêtées par la Cour de cassation. Bien que la CNIL ne le précise pas, l'auteur de l'alerte bénéficie de la protection de l'article L. 1132-3 du Code du travail. Or, seul le témoignage du salarié de mauvaise foi ayant conscience de dénoncer des faits controvés échappe à l'immunité disciplinaire instituée par cette disposition⁽¹⁸⁾. Le droit commun de la discrimination s'oppose, pour le surplus, à ce que l'auteur d'une alerte non justifiée soit, pour ce motif, sanctionné.

910. – La CNIL n'apporte aucune précision sur le sort réservé à la personne mise en cause. Le caractère confidentiel de la procédure devrait s'opposer à son information dès l'émission de l'alerte ; mais une fois la véracité des faits dénoncés établie, il s'avère nécessaire de recueillir ses explications. S'il apparaît que des distinctions illi-

(12) Déclaration unique n° AU-004, art. 1 : « Seuls peuvent faire l'objet d'un engagement de conformité par référence à la présente décision unique les traitements mis en œuvre par les organismes publics ou privés dans le cadre d'un dispositif d'alerte professionnelle répondant à une obligation législative ou réglementaire de droit français visant à l'établissement de procédures de contrôle interne dans les domaines financier, comptable, bancaire et de la lutte contre la corruption ».

(13) Déclaration unique n° AU-004, art. 3.

(14) En ce sens, V. Cass. soc., 8 déc. 2009, n° 08-17.191 : *Bull. civ.* 2009, V, n° 276.

(15) Par une délibération du 8 décembre 2010, la CNIL a modifié le champ d'application de l'autorisation unique n° AU-004 relative aux alertes professionnelles. Elle ne concerne que celles signalant des manquements graves en rapport avec les domaines comptables, financiers.

(16) Délib. CNIL n°s 2011-064 et 2011-065, 3 mars 2011.

(17) À l'inverse, aux États-Unis, l'anonymat est érigé en gage d'efficacité du système (en ce sens, V. F. Barrière, *Le Whistleblowing, à propos de l'arrêt du 8 décembre 2009 de la chambre sociale de la Cour de cassation : Dr. sociétés* 2010, p. 483 et s., spéc. p. 485).

(18) Sur cette disposition, V. *supra*, n°s 137 et s.

cites ont bien été commises, l'employeur est tenu de prendre les mesures adéquates pour y mettre un terme, voire d'en sanctionner l'auteur⁽¹⁹⁾. L'alerte ne saurait demeurer vaine et la victime pourrait se prévaloir de l'inertie de l'entreprise : la discrimination dont l'employeur est informé semble justifier la prise d'acte de la rupture du contrat de travail⁽²⁰⁾.

911. – Prospective. Le régime des alertes professionnelles concernant les faits de discrimination ne présente aucune spécificité notoire par rapport à l'autorisation unique du 8 décembre 2005. Néanmoins, en refusant de les soumettre à ce régime, la CNIL s'est assurée d'un examen préalable et systématique de chaque dispositif. Au regard du caractère sensible des informations collectées, la position adoptée doit être saluée. Toutefois, la Commission pourrait être rapidement débordée si de plus en plus d'entreprises venaient à adopter ce type de procédure. Le temps sera alors venu d'arrêter une autorisation unique spécifique pour les dispositifs permettant de dénoncer les faits de discrimination.

§ 2. – Les personnes morales

912. – Les conditions posées par le législateur pour retenir la responsabilité pénale des personnes morales sont strictes (A), mais la jurisprudence en adopte une interprétation extensive (B).

A. – Des conditions strictes d'engagement de la responsabilité des personnes morales

913. – La responsabilité pénale d'une personne morale peut être engagée en raison des discriminations commises pour son compte (2°) par ses organes ou représentants (1°). Tel était déjà le cas avant l'abandon du principe de « spécialité⁽²¹⁾ ».

1° Une discrimination commise par les organes ou représentants de la personne morale

914. – Nécessité pratique. L'être moral n'étant qu'une construction intellectuelle, il lui est matériellement impossible de commettre une infraction. Pour le législateur, l'engagement de sa responsabilité pénale ne peut reposer que sur l'intervention physique de ses organes ou de ses représentants⁽²²⁾. Adoptant une interprétation littérale de cette disposition, la chambre criminelle a, dans un premier temps, estimé suffisant, pour entrer en voie de condamnation de l'être moral, que le juge établisse que l'infraction avait été commise, « dans sa double dimension maté-

(19) Sur la sanction disciplinaire de l'auteur d'une discrimination, V. *supra*, n° 452.

(20) En ce sens, V. CA Toulouse, 25 mars 2004 : RJS 2005, n° 461. Les juges ont estimé que la prise d'acte de la rupture de son contrat de travail par un salarié doit produire les effets d'un licenciement lorsqu'elle est motivée par le comportement raciste de ses collègues à l'égard duquel l'employeur n'a pas pris les mesures nécessaires pour assurer à l'intéressé des conditions de travail compatibles avec sa dignité. La discrimination constituant également une atteinte à la dignité du salarié, la solution retenue devrait lui être applicable.

(21) L. n° 2004-204, 9 mars 2009, portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, art. 54.

(22) C. trav., art. 121-2, al. 1.

rielle et psychologique⁽²³⁾ », par l'une des personnes physiques précédentes. La caractérisation d'une faute distincte de la personne morale n'était pas nécessaire⁽²⁴⁾. La responsabilité pénale de cette dernière n'était que le reflet de la faute commise par ses organes ou représentants.

915. – Dès lors, la mise en cause de l'entreprise était impossible dans l'hypothèse où son représentant n'avait pas eu conscience de commettre une discrimination : à défaut d'intention coupable, aucune infraction ne pouvait lui être imputée. Tel était le cas lorsque le salarié disposant du pouvoir d'engager la société n'était pas celui qui arrêtaient les distinctions opérées entre les membres du personnel⁽²⁵⁾. Aucune personne physique ne réalisait à la fois l'élément matériel et l'élément intentionnel de l'infraction de sorte qu'aucune discrimination, au sens du droit pénal, n'était constituée. L'allongement de la chaîne de décision constituait un obstacle à l'application de l'article 121-2 du Code pénal. Mais la Cour de cassation semble dorénavant s'affranchir de cette limite.

916. – **Vecteurs de la responsabilité de la personne morale.** Seuls les organes ou les représentants de la personne morale sont susceptibles d'engager sa responsabilité pénale. Acquiert cette dernière qualité le salarié investi d'une délégation⁽²⁶⁾ ou d'une subdélégation⁽²⁷⁾ lorsqu'il agit dans le cadre de celle-ci. En matière de discrimination, n'était donc susceptible d'entraîner la condamnation de l'être moral que le salarié investi d'une délégation de pouvoir dans le domaine de la gestion du personnel. Cette exigence formelle pouvait s'opposer à la recherche de la responsabilité pénale de l'entreprise en cas de discrimination à l'embauche. Le salarié qui procède au recrutement n'ayant pas toujours le pouvoir de conclure un contrat de travail au nom de la société, il ne pouvait être considéré comme l'un de ses représentants au sens de l'article 121-2 du Code pénal⁽²⁸⁾. Un obstacle aux poursuites similaire surgissait lorsque les mesures discriminatoires étaient arrêtées par le supérieur hiérarchique de la victime qui ne disposait pas d'une délégation de pouvoir en matière de gestion des ressources humaines.

917. – **Niveau de responsabilité de l'auteur.** Ajoutant une condition à l'article 121-2 du Code pénal, les professeurs Fortis et Cœuret estiment que ce texte n'a vocation à s'appliquer que dans l'hypothèse où « le niveau de pouvoir de celui qui discrimine est élevé ». Seul le comportement de ses représentants exprimerait « la politique et les habitudes de l'entreprise⁽²⁹⁾ ». Même si elle est séduisante,

(23) E. Dreyer, *Droit pénal général*, Litec, 2010, n° 1094.

(24) Cass. crim., 2 déc. 1997, n° 96-85.484 : *Bull. crim.* 1997, n° 408.

(25) Ainsi, la décision de refus d'augmentation peut être prise par le supérieur hiérarchique d'un salarié sans que celui-ci dispose du pouvoir d'engager la société.

(26) En ce sens, V. Cass. crim., 14 déc. 1999, n° 99-80.104 : *Bull. crim.* 1999, n° 306. – V. également Rapp. C. cass. 2008, *Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La Documentation française, 3^e partie, spéc. p. 140 : « La qualité de représentant [suppose], lorsqu'il s'agit d'un salarié, l'existence d'une délégation de pouvoir ».

(27) En ce sens, V. Cass. crim., 26 juin 2001, n° 00-83.466 : *Bull. crim.* 2001, n° 161.

(28) La chambre criminelle approuve les juges du fond d'avoir relaxé un office de tourisme poursuivi du chef de discrimination raciale après avoir constaté que le document litigieux avait été rédigé par une salariée qui n'était pas titulaire d'une délégation de pouvoir, de sorte qu'elle ne pouvait pas engager la responsabilité de la personne morale (Cass. crim., 29 janv. 2008, n° 07-80.264).

(29) E. Fortis et A. Cœuret, *Droit pénal du travail*, Litec, 4^e éd. 2008, n° 671.

puisqu'elle cherche à établir l'intention de la personne morale⁽³⁰⁾, la solution proposée ne saurait emporter la conviction. D'une part, elle est contraire à la lettre du texte, qui ne pose aucune condition particulière concernant le niveau de responsabilité du représentant de l'entreprise. D'autre part, elle favoriserait sans raison les grandes entreprises aux structures dispersées. Dans celles-ci, les « cadres dirigeants » n'arrêtent pas personnellement des décisions susceptibles de constituer des discriminations. Il ne semblerait pas légitime qu'un licenciement discriminatoire effectué au siège de l'entreprise soit susceptible d'engager sa responsabilité alors que la même mesure prise à l'échelle d'un établissement n'entraînerait pas un effet semblable.

2° Une discrimination commise pour le compte de la personne morale

918. – Notion. La responsabilité pénale d'une personne morale n'est engagée que si l'infraction réalisée par son représentant ou ses organes l'a été « pour son compte ». Cette formule nourrit le débat. Selon le professeur Dreyer, il en résulte que la personne morale n'est pas compromise « en cas d'abus de fonction de la part de son dirigeant⁽³¹⁾ ». Ne pourra également être qualifiée d'infraction commise pour le compte de la personne morale celle où le représentant ne recherche que son intérêt personnel⁽³²⁾. D'autres prétendent qu'il existerait un rapport étroit entre les deux conditions posées par l'article 121-2 du Code pénal. L'infraction commise pour le compte de la personne morale aurait nécessairement pour auteur « matériel » l'un de ses organes ou représentants⁽³³⁾. La Cour de cassation adopte parfois ce raisonnement⁽³⁴⁾.

919. – Propositions. Si la doctrine est divisée, il semble néanmoins acquis que l'infraction commise par le délégataire, dans un domaine distinct de celui de sa délégation, n'engage pas la responsabilité de la personne morale. Ainsi, la discrimination commise par le représentant de l'entreprise en matière d'hygiène et de sécurité ne met pas en cause la responsabilité pénale de la société. À l'inverse, toute faute susceptible de qualification pénale imputable à un organe ou un représentant disposant d'une compétence générale pour engager la personne morale est de nature à entraîner la condamnation de cette dernière.

(30) Sur la position de la Cour de cassation sur ce point, V. Cass. crim., 2 déc. 1997, n° 96-85.484 : *Bull. crim.* 1997, n° 408. La chambre criminelle rejette la théorie imposant d'établir une faute distincte de la personne morale. Cependant, des décisions postérieures semblent revenir sur cette solution.

(31) E. Dreyer, *Droit pénal général*, Litec, 2010, n° 1098 : « Le législateur a voulu dire par là que la responsabilité pénale de la personne morale n'est pas engagée en cas d'abus de fonction de la part de son dirigeant (...) La précision n'était pas nécessaire car l'agent se disqualifie alors en tant qu'organe ou représentant ».

(32) En ce sens, V. notamment H. Matsopoulou, *Rép. soc.* Dalloz, V° Responsabilité pénale des personnes morales : « L'expression "pour le compte", qui n'a pas été sérieusement discutée au Parlement, signifie que l'organe ou représentant agit ès qualités, ou bien dans l'exercice des fonctions, ou peut-être à l'occasion de celles-ci. En revanche, si le dirigeant recherche son intérêt personnel, il ne peut pas être réputé agir pour le compte de la personne morale ».

(33) En ce sens, V. également J.-Y. Maréchal : *JCl. Pénal Code*, Fasc. 20 : « On ne trouve aucun arrêt de la Cour de cassation portant exclusivement [sur la condition de commission pour le compte de la personne morale] ». L'auteur précise que la jurisprudence tend à établir un lien étroit entre la condition de représentation de la personne morale et celle relative à la commission pour son compte. M. Maréchal soutient que « si l'infraction est commise pour le compte de l'être moral, c'est nécessairement par un organe ou un représentant alors que les faits peuvent être commis par une personne physique qui a la qualité d'organe ou représentant sans que ce soit pour le compte de la personne morale mais seulement dans l'intérêt de ce dernier ».

(34) En ce sens, V. Cass. crim., 20 janv. 2006, n° 05-85.255 : *Bull. crim.* 2006, n° 188. La Cour de cassation affirme que la société poursuivie a été condamnée à bon droit pour une infraction même si les juges du fond n'ont pas précisé l'identité des auteurs des manquements constitutifs du délit « dès lors que [celui-ci] n'a pu être commis, pour le compte de la société, que par ses organes ou représentants ».

920. – Le déléataire qui dépasse le pouvoir qui lui est reconnu se rend coupable d'un abus de fonction et ne saurait engager pénalement la personne morale. S'il est précisé dans le document porteur de la délégation que son titulaire exercera ses compétences « dans le respect de la réglementation en vigueur et notamment en ne se rendant coupable d'aucune discrimination », il pourrait être soutenu qu'un abus de fonction est caractérisé chaque fois qu'une distinction illicite est commise. De même, si l'entreprise, par des campagnes internes de communication et de « sensibilisation », démontre son attachement à la lutte contre les discriminations, elle pourra arguer que les actes contraires de ses représentants ne révèlent que leur conception personnelle erronée de la dignité humaine⁽³⁵⁾. La jurisprudence, si elle poursuit sa démarche « d'autonomisation » de la responsabilité pénale de la personne morale, pourrait être sensible à l'argument.

B. – Une interprétation extensive

921. – L'interprétation donnée par la chambre criminelle de l'article 121-2 du Code pénal tend à accroître les possibilités de poursuite contre la personne morale. La notion de représentation ne semble plus limitée à l'exigence formelle d'une délégation de pouvoir (1°) et une certaine autonomie pénale de l'être moral se dessine (2°).

1° L'extension de la notion de représentation

922. – **Participation au pouvoir de l'employeur.** Faisant fi de l'interprétation stricte de la loi pénale, la Cour de cassation adopte une conception de plus en plus large de la qualité de représentant de la personne morale. Elle admet ainsi que les infractions commises par les « supérieurs hiérarchiques » qui participent « au pouvoir de l'employeur », même s'ils ne sont titulaires d'aucune délégation, sont susceptibles d'entraîner la condamnation de l'être moral⁽³⁶⁾. Cette solution emporte des conséquences notoires en matière de discrimination. Œuvres de l'environnement hiérarchique direct de la victime, les distinctions illicites « du quotidien » seraient des vecteurs de la responsabilité pénale de l'entreprise. Elles ne sont pourtant que l'illustration de comportements individuels de salariés ne disposant d'aucun pouvoir particulier au sein de la personne morale. En outre, cette notion jurisprudentielle apparaît imprécise. Alors que la référence à l'existence d'une délégation présentait l'avantage d'être formelle, la caractérisation de la participation au pouvoir de l'entreprise impose des analyses casuistiques.

923. – Mais ce débat semble déjà appartenir au passé. La Cour de cassation n'exige plus que l'auteur de l'infraction soit identifié et il n'est donc plus nécessaire de caractériser chez celui-ci la participation au pouvoir de direction de l'entreprise.

924. – **Indifférence de l'identification de l'auteur physique de l'infraction.** La chambre criminelle semble avoir abandonné la solution selon laquelle il était nécessaire d'identifier la personne physique auteur de l'infraction pour s'assurer qu'elle

(35) E. Fortis et A. Coëuret, *Droit pénal du travail*, Litec, 4^e éd. 2008, n° 671.

(36) Cass. crim., 6 avr. 2004, n° 02-88.007 : *Bull. crim.* 2004, n° 84.

était un organe ou un représentant de la personne morale⁽³⁷⁾. N'encourt pas la cassation l'arrêt qui retient la responsabilité d'une société « sans préciser l'identité de l'auteur des manquements constitutifs du délit⁽³⁸⁾ ». En matière de manquement aux règles de sécurité⁽³⁹⁾ ou lorsque le comportement s'inscrit dans le cadre de la politique commerciale de l'entreprise⁽⁴⁰⁾, l'infraction est présumée avoir été commise par l'un de ses organes ou représentants. L'interprétation extensive des conditions d'application de l'article 121-2 du Code pénal permet à tout salarié d'engager la responsabilité pénale de la personne morale : il suffirait que l'infraction ait été réalisée dans la sphère d'influence de l'entreprise.

2° La consécration de l'autonomie pénale de la personne morale

925. – **Évolution.** L'établissement de la responsabilité pénale d'un représentant était une condition à l'engagement de celle de la personne morale. Le professeur Rasset estimait naguère que « la responsabilité pénale des personnes morales érigeait celle-ci en garant pénal d'autrui au mépris de tous les principes [du droit pénal⁽⁴¹⁾] ». La solution dénoncée semble avoir été abandonnée au profit de la thèse anthropomorphique selon laquelle une personne morale peut commettre par elle-même une infraction sans qu'il soit nécessaire d'établir au préalable la responsabilité d'une personne physique⁽⁴²⁾. La jurisprudence recherche si les éléments constitutifs de l'infraction ont été réalisés « dans la sphère d'influence » de l'entreprise, sans qu'il soit nécessaire qu'une personne physique la représentant en soit personnellement responsable.

926. – L'évolution constatée conduit à traiter la personne morale comme un délinquant ordinaire. Or ce dernier peut notamment s'exonérer de sa responsabilité s'il établit une absence d'intention coupable. La société mise en cause pourrait donc tenter d'échapper à la condamnation en démontrant ne jamais avoir pratiqué de politique discriminatoire. La cour d'appel de Paris a déjà procédé à un contrôle de la sorte : pour déclarer une société pénalement responsable de discrimination à l'embauche, elle a pris soin d'établir que de telles pratiques étaient récurrentes dans l'entreprise⁽⁴³⁾. L'intention propre de la personne morale pourrait être déduite de son comportement antérieur ou des actions concrètes de prévention qu'elle a pu mener : la responsabilité pénale de l'être moral serait préservée des conséquences des actes isolés de ses responsables.

(37) En ce sens, V. Cass. crim., 2 déc. 1997, n° 96-85.484 : *Bull. crim.* 1997, n° 408 ou encore Cass. crim., 18 janv. 2000, n° 99-80.318 : *Bull. crim.* 2000, n° 28.

(38) Cass. crim., 20 juin 2006, n° 05-85.255 : *Bull. crim.* 2006, n° 188.

(39) En ce sens, V. Cass. crim., 15 févr. 2011, n° 10-85.324.

(40) En ce sens, V. Cass. crim., 25 juin 2008, n° 07-80.261 : *Bull. crim.* 2008, n° 167. La Cour de cassation pose le principe que les personnes morales peuvent être déclarées pénalement responsables dès lors que les infractions s'inscrivent dans le cadre de la politique commerciale des sociétés et ne peuvent avoir été commises pour le compte de celles-ci que par leurs organes ou représentants.

(41) M.-L. Rasset, *Droit pénal général*, Ellipses, 2^e éd. 2006, n° 421.

(42) En ce sens, V. P. Morvan, *La personne morale maltraitée par le droit pénal*, in *Code pénal et Code d'instruction criminelle, Livre du Bicentenaire*, Dalloz, 2010, p. 231 et s.

(43) En ce sens, V. CA Paris, 17 oct. 2003 : *JurisData* n° 2003-252018. Les juges ont estimé que l'association exploitant un restaurant doit être déclarée coupable du délit de discrimination raciale à l'embauche dès lors qu'elle refuse d'engager des commis de salle de couleur. Pour justifier la sanction, la cour d'appel a relevé que le fichier du personnel confirme qu'aucun commis de salle de couleur n'a été employé dans l'établissement, à la différence du personnel de cuisine, que la pérennité de telles pratiques était établie depuis 1962. Pour la cour, ces éléments permettent d'affirmer qu'il s'agit d'une politique d'embauche décidée par les organes de direction de l'association. L'engagement de sa responsabilité pénale est justifié.

927. – Par ailleurs, « l'autonomisation » de la responsabilité des personnes morales offrirait un moyen de lutte contre « les discriminations systémiques⁽⁴⁴⁾ » dont les auteurs ne sont ni identifiables, ni toujours animés d'intention coupable. Elles échappent donc, en principe, au champ de la répression pénale. Pourtant, elles naissent, pour partie, de l'organisation de l'être moral. L'anthropomorphisme appliqué à la responsabilité pénale offrirait la possibilité de les identifier et de les sanctionner.

SECTION 2

LE CONTENU DES SANCTIONS

928. – La répression des distinctions illicites s'appuie principalement sur des mesures judiciaires (§ 1) qui entraînent, par ricochet, des sanctions extrajudiciaires (§ 2).

§ 1. – Les sanctions judiciaires

929. – L'auteur d'une discrimination s'expose tant à des sanctions pénales (B) qu'à des sanctions civiles (A). Si les premières ont vocation à réprimer le comportement de l'auteur du dommage et les secondes à réparer le préjudice subi par la victime, les effets des mesures prononcées tendent à effacer cette distinction.

A. – Les sanctions civiles

930. – **Cause illicite et annulation.** Fondées sur une cause illicite⁽⁴⁵⁾, les mesures discriminatoires sont frappées de nullité par les règles spéciales du Code du travail⁽⁴⁶⁾, conformément aux principes arrêtés par le Code civil⁽⁴⁷⁾. La rigueur de la sanction confirme l'importance de la règle violée⁽⁴⁸⁾. Tout en assurant la réparation du dommage subi par la victime, elle est un moyen de punir l'auteur de la décision illicite.

(44) M. Mine, *La discrimination raciale à l'embauche devant le juge pénal* : Dr. ouvrier 2003, p. 270 et s., spéc. p. 274 : « Les discriminations systémiques ne sont pas le résultat d'un système (...) sans acteur. Elles peuvent être révélées et sanctionnées, en évitant la dilution des responsabilités, en appréhendant les responsabilités de la personne morale et des personnes physiques ».

(45) En ce sens, V. G. Couturier, *Les nullités du licenciement* : Dr. soc. 1977, p. 215 et s., spéc. p. 227 : « Ne convient-il pas, en définitive, d'en revenir à la rigueur des principes : le licenciement est nul lorsque sa cause est illicite ? (...) il s'agit de faire prévaloir des principes supérieurs d'ordre public sur la volonté particulière de l'employeur. La nullité est alors la sanction qui s'impose ». Cette réflexion a vocation à s'appliquer à l'ensemble des mesures discriminatoires.

(46) C. trav., art. L. 1132-4.

(47) Selon l'article 1131 du Code civil, « l'obligation sans cause ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet ». Selon l'article 1133 du Code civil, « la cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public ». Reposant sur un motif de distinction prohibé par la loi, la mesure discriminatoire a une cause illicite.

(48) En ce sens, V. M. Grévy, *La sanction civile en droit du travail* : Dr. soc. 2001, p. 598 et s., spéc. p. 606 : « La sanction civile livre un message sur l'autorité de la règle transgressée, mettant en lumière sa place dans l'ordonnement juridique. La corrélation entre la sanction civile et cette autorité se fait jour de façon particulièrement nette en matière d'atteinte à des principes et droits fondamentaux (...). En droit du travail, la nullité de l'acte révélerait une atteinte portée tant à une liberté ou un droit fondamental du salarié qu'à un principe fondamental ».

Pour le passé, l'annulation de la mesure illicite cherche à effacer les effets de l'illégalité commise par l'octroi de dommages et intérêts (1°). Pour l'avenir, la décision judiciaire enracine la légalité en imposant une modification de l'environnement de travail (2°).

1° L'effacement de l'illégalité

931. – Détermination du préjudice. Le contrôle judiciaire de la décision patronale intervenant *a posteriori*, l'acte illicite produit des effets avant son annulation. Cette sanction judiciaire crée un vide⁽⁴⁹⁾ qu'il revient au juge de combler. Seul l'octroi de dommages et intérêts permet de « mettre à néant⁽⁵⁰⁾ » les conséquences de la discrimination réalisée et de rétablir, par équivalent, la légalité. L'important décalage dans le temps entre la faute et sa sanction rend complexe la détermination de l'ampleur du préjudice subi par la victime, notamment dans l'hypothèse d'un ralentissement de carrière (*a*). Dans le cas où un licenciement est nul, le juge accorde parfois au salarié une indemnisation forfaitaire. Le dédommagement octroyé va alors au-delà de la simple réparation du préjudice subi⁽⁵¹⁾(*b*).

a) La réparation du préjudice subi

932. – Réparation intégrale. L'annulation de l'acte illicite doit permettre de placer le salarié dans la situation qui aurait été la sienne s'il n'avait pas été victime de mesures discriminatoires. Cette fiction ne peut être réalisée que par l'octroi de dommages et intérêts. La jurisprudence européenne en précise l'étendue : l'indemnité accordée doit être adéquate au dommage causé et ne saurait dès lors se limiter à une somme symbolique⁽⁵²⁾. Sous cette limite, le salarié ne devant tirer « ni perte, ni profit⁽⁵³⁾ » des dommages et intérêts, le niveau de son préjudice matériel (1) et moral (2) doit être déterminé avec précision.

1) Le préjudice matériel

933. – Règles de réparation jurisprudentielles. La réparation du préjudice matériel de la victime consiste principalement en la condamnation de l'employeur à lui verser une somme d'un montant égal à celui de la rémunération qu'elle n'a pas perçue⁽⁵⁴⁾. Toutefois, pour ne pas les soumettre à la prescription quinquennale, la jurisprudence refuse de qualifier les indemnités octroyées de rappel de salaire⁽⁵⁵⁾. Alors que le législateur a posé des règles spécifiques d'indemnisation en matière d'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes⁽⁵⁶⁾, aucune disposition

(49) J.-F. Cesaro, *Le principe d'égalité prohibe les distinctions conventionnelles même non appliquées* : JCP S 2011, 1243.

(50) Cass. soc., 24 févr. 2004, n° 01-46.499.

(51) Selon le professeur Martinon, le forfait-plancher d'indemnisation traduit la fonction punitive de la responsabilité : « l'illicéité du licenciement soumet l'employeur à une pénalité civile » (A. Martinon, *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, Dalloz, 2005, n° 409).

(52) En ce sens, V. CJCE, 2 août 1993, aff. C-271/91, *Marshall*.

(53) Cass. 2^e civ., 23 janv. 2003, n° 01-00.200 : *Bull. civ.* 2003, II, n° 20 : « Les dommages et intérêts alloués à une victime doivent réparer le préjudice subi sans qu'il en résulte pour elle ni perte ni profit ».

(54) Les sommes octroyées doivent également compenser les pertes subies par la victime en matière de participation, d'intéressement, mais également de cotisation retraite.

(55) Sur ce point, V. *supra*, n° 378 et s.

(56) Si pour un travail de valeur égale, des salariés de sexe différent ne perçoivent pas un salaire égal, la rémunération plus élevée accordée aux salariés du « sexe privilégié » est substituée de plein droit à celle des salariés du sexe opposé (en ce sens, V. C. trav., art. L. 3221-7, al. 2).

similaire n'existe pour la discrimination. Revenait au juge la charge de dégager des règles de réparation. Si, en cas de rupture d'égalité, la loi accorde au salarié le moins bien traité la rémunération la plus élevée versée dans la catégorie des salariés les plus privilégiés, dans l'hypothèse d'une discrimination, la jurisprudence détermine le montant des dommages et intérêts en fonction de la moyenne des salaires versés aux salariés placés dans une situation identique. La victime qui peut à la fois se prévaloir d'une règle d'égalité et du principe de non-discrimination a donc intérêt à fonder son action sur la première disposition.

934. – Ainsi, pour déterminer le montant d'une prime due à un salarié qui consacre une partie de son temps de travail à ses activités syndicales, la chambre sociale précise qu'il a droit, dans le cadre de ses missions, à la somme moyenne versée, pour un temps équivalent, à ses collègues placés dans une situation identique⁽⁵⁷⁾.

935. – Pour le ralentissement de carrière, les juges appliquent la méthode « arithmétique⁽⁵⁸⁾ » de la triangulation⁽⁵⁹⁾ : l'employeur sera condamné à un rappel de salaire égal à la différence entre la rémunération perçue par le salarié victime d'une discrimination et le salaire moyen versé aux autres collaborateurs placés dans une situation comparable⁽⁶⁰⁾, sur l'ensemble de la durée de la distinction illicite⁽⁶¹⁾. Le traitement moyen constitue la réparation de la violation de la règle de discrimination⁽⁶²⁾.

936. – **Propositions.** Si la méthode retenue par les juges présente l'avantage de la simplicité, elle ignore l'impact prévisible des compétences propres de la victime sur son évolution de carrière. Elle se révèle insatisfaisante puisqu'elle conduit parfois à réparer un préjudice inexistant ou à minimiser les dommages subis. En présumant qu'elle aurait dû bénéficier de l'évolution de carrière d'un salarié « moyen », la victime ne peut ni prétendre à l'excellence ni subir la médiocrité. Pourtant, il est des hypothèses où le comportement, passé ou présent, du salarié permet de déterminer avec davantage de précision la situation professionnelle qui aurait été la sienne s'il n'avait pas été l'objet d'une distinction illicite.

(57) Cass. soc., 6 juill. 2010, n° 09-41.354 : *Bull. civ.* 2010, V, n° 157.

(58) E. Pierroux, *Reclassement d'un salarié et discrimination syndicale : il entre dans les pouvoirs du juge d'ordonner le reclassement d'un salarié victime d'une discrimination prohibée* : LPA 2007, n° 7, p. 19 et s., spéc. p. 20.

(59) Sur cette méthode, V. F. Clerc, *Discrimination syndicale : la stratégie de la CGT* : *Semaine sociale Lamy* 2004, n° 1190, p. 6.

(60) L'employeur pourra contester le « panel de comparaison » arrêté par le juge, afin de minimiser le montant du préjudice subi par le salarié.

(61) Ce montant est parfois majoré pour tenir compte des pertes de droit à la retraite subis par la victime (en ce sens, V. notamment Cons. prud'h. Paris, 14 déc. 2010 : *Dr. ouvrier* 2011, p. 321 et s. En l'espèce, une majoration forfaitaire de 30 % a été octroyée).

(62) Elle échappe ainsi à la critique formulée par le professeur Cesaro à l'encontre de la sanction de la règle d'égalité qui consiste en l'alignement de l'ensemble des rémunérations d'un groupe considérée sur la base du salaire le plus élevé dont bénéficie l'un de ses membres. Selon cet auteur, cette sanction pourrait, d'une part, avoir des conséquences préjudiciables pour l'entreprise en augmentant sa masse salariale et, d'autre part, ne correspondrait pas à la notion d'égalité défendue par Aristote. Il propose alors de répartir différemment la richesse entre les salariés en imposant au collaborateur le mieux rémunéré une baisse de sa rémunération (J.-F. Cesaro, *Le principe « à travail égal, salaire égal »*, in *Les principes dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation*, Dalloz, 2008, p. 95 et s., spéc. p. 99 et s.). Nous n'adhérons pas à la solution proposée. En imposant une diminution de rémunération à certains salariés, elle s'oppose au caractère alimentaire du salaire. La rémunération n'est pas un élément du contrat de travail comme les autres. En outre, cette solution fait peser sur « la victime par ricochet » de la violation de l'égalité, les conséquences de la faute commise par l'employeur. Or seul ce dernier dispose des éléments de comparaison nécessaires pour apprécier si le salaire versé à un collaborateur viole le principe d'égalité de traitement et il est l'unique responsable de l'inégalité constatée.

937. – Ainsi, pour la détermination du montant d'une prime variable, la seule prise en compte des aptitudes professionnelles de la victime conduirait à bannir la référence à la moyenne des sommes obtenues par ses collègues. Le montant de la prime octroyée ne devrait être déterminé que par les résultats obtenus au cours du temps consacré à son activité professionnelle⁽⁶³⁾. La solution proposée, tout en neutralisant le temps passé à l'exercice des mandats, offrirait au salarié la juste rémunération de son investissement.

938. – Les compétences professionnelles de la victime devraient également influencer sur la détermination du préjudice qu'elle a subi dans l'hypothèse d'un ralentissement de carrière à compter d'un engagement syndical ou d'un changement de sa situation familiale. Il reviendrait, selon nous, au juge de déterminer l'évolution professionnelle dont a bénéficié la victime avant la survenance de l'élément litigieux et d'apprécier si, au cours de cette période, elle était supérieure ou inférieure à la moyenne de celle dont bénéficiaient ses collègues. Cette comparaison serait précieuse pour appréhender au plus près le retard dont a, *in fine*, réellement souffert le salarié. Il nous semble légitime d'estimer qu'il aurait continué à bénéficier d'une évolution similaire s'il n'avait pas été victime d'une discrimination. Cette méthode permettrait en outre de satisfaire à l'exigence de la Cour de cassation qui impose que soit pris en compte, dans la détermination du préjudice subi par le salarié, le niveau de qualification professionnelle qu'il aurait pu atteindre s'il n'avait pas été l'objet de la mesure illicite⁽⁶⁴⁾. Le déroulement de la carrière de la victime antérieurement à la distinction illicite éclaire le juge sur ses aptitudes et ses perspectives probables d'évolution professionnelle⁽⁶⁵⁾ ; il la situe par rapport à ses collègues placés dans une situation identique. Il doit donc être un facteur d'appréciation de son préjudice.

939. – Toutefois, la solution proposée n'est pas applicable à l'ensemble des hypothèses de ralentissement de carrière et repose sur un postulat qui peut être contesté. Sa mise en œuvre impose que le salarié ait bénéficié, sur une période conséquente, d'une évolution professionnelle non affectée par un motif discriminatoire. En outre, elle préjuge que le salarié aurait bénéficié d'une évolution de carrière linéaire pendant tout le temps de sa présence dans l'entreprise. Cet axiome nous semble néanmoins plus probable que celui actuellement retenu par la jurisprudence, qui accorde à la victime l'évolution moyenne constatée dans le cercle des égaux.

2) Le préjudice moral

940. – **Fixation aléatoire.** Le rappel de salaire est parfois insuffisant pour réparer la totalité des dommages causés à la victime d'une discrimination⁽⁶⁶⁾. En le mettant

(63) Si lors de sa période de production, le salarié réalise 80 % de ses objectifs réduits, à due proportion du temps consacré à son activité syndicale, il devrait bénéficier de la prime accordée au salarié qui, sur un temps plein, réalise 80 % de ses objectifs.

(64) En ce sens, V. Cass. soc., 28 janv. 2008, n° 06-42.066.

(65) S'il ressort de ces éléments qu'avant de subir une discrimination, le salarié avait bénéficié d'une évolution de carrière supérieure de 10 % à la moyenne, son préjudice correspondrait à la différence entre l'évolution de carrière qu'il a réellement eue et la moyenne de l'évolution accordée à ses collègues, majorée de 10 %.

(66) En ce sens, V. Cass. soc., 10 avr. 2008, n° 06-45.821 : Le juge doit s'assurer que la revalorisation effectuée est de nature à « réparer l'intégralité du préjudice financier et professionnel subi par le salarié ».

au banc de la collectivité de travail, l'employeur lui a causé un préjudice moral dont il doit assurer la réparation. La cour d'appel de Paris a estimé que le salarié était fondé à solliciter l'indemnisation du préjudice résultant « de la privation de la juste reconnaissance de ses capacités professionnelles dans son entourage⁽⁶⁷⁾ ». Participe également à son préjudice moral⁽⁶⁸⁾ l'atteinte à sa dignité de travailleur résultant de la discrimination. L'évaluation de cette composante du dommage global s'avère délicate et relève de l'appréciation des juges du fond.

b) Au-delà de la réparation du préjudice subi

941. – Indemnisation forfaitaire. Le licenciement reposant sur un motif discriminatoire est nul⁽⁶⁹⁾. « Conséquence logique⁽⁷⁰⁾ » de cette qualification, le salarié peut obtenir, s'il la sollicite, sa réintégration dans l'entreprise⁽⁷¹⁾. Mais si ce retour dans l'emploi rétablit pour l'avenir la légalité, il demeure sans effet sur les conséquences passées de la discrimination. D'une manière générale, la Cour de cassation décide que le salarié dont le licenciement est nul et qui demande sa réintégration « a droit au paiement d'une somme correspondant à la réparation de la totalité du préjudice subi au cours de la période qui s'est écoulée entre son licenciement et sa réintégration, dans la limite des salaires dont il a été privé⁽⁷²⁾ ». Dans l'hypothèse où le salarié ne souhaite pas retourner auprès de son ancien employeur, doit lui être allouée, outre les indemnités attachées à la rupture de son contrat de travail⁽⁷³⁾, « une indemnité ne pouvant être inférieure aux salaires des six derniers mois » précédant son éviction⁽⁷⁴⁾. La nullité du licenciement transcende les règles classiques d'indemnisation du préjudice résultant du licenciement puisque ce forfait est dû quel que soit l'effectif de l'entreprise ou l'ancienneté du salarié⁽⁷⁵⁾. La jurisprudence précise que cette indemnité spécifique a pour objet de réparer l'intégralité du préjudice résultant du caractère illicite de la mesure dont il a été victime⁽⁷⁶⁾. Il ne s'agit que d'une somme plancher : si le salarié rapporte la preuve d'un dommage plus important, il est en droit d'obtenir une indemnisation supérieure dont le montant est librement apprécié par les juges du fond.

(67) CA Paris, 18^e ch. C, 14 janv. 1998.

(68) CA Toulouse, 4 déc. 2003 : *Dr. ouvrier* 2004, p. 469 et s., spéc. p. 470. Les juges ont estimé que le préjudice du salarié était « constitué par une perte de revenus et par une atteinte à sa dignité, en tant que la différence de traitement laisse entendre dans la collectivité de travail qu'il a eu un comportement ne méritant pas une juste reconnaissance salariale ». La condamnation de l'employeur doit emporter réhabilitation du salarié sur le plan de ses compétences professionnelles.

(69) C. trav., art. L. 1132-4.

(70) A. Martinon, *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, Dalloz, 2005, n° 383.

(71) Pour une réintégration postérieure à un licenciement motivé par les activités syndicales d'un salarié, V. Cass. soc., 17 mars 1999, n° 97-45.555 : *Bull. civ.* 1999, V, n° 126.

(72) Cass. soc., 3 juill. 2003, n° 01-44.522 : *Bull. civ.* 2003, V, n° 214 ; *RJS* 2003, n° 1141.

(73) Outre les indemnités de rupture, selon l'article L. 1235-4 du Code du travail, lorsque le licenciement du salarié est dépourvu de cause réelle et sérieuse, « le juge ordonne le remboursement par l'employeur fautif aux organismes intéressés de tout ou partie des indemnités de chômage versées au salarié, du jour de son licenciement au jour du jugement prononcé, dans la limite de six mois d'indemnités de chômage par salarié intéressé ».

(74) En ce sens, V. Cass. soc., 21 sept. 2005, n° 03-44.855 : *Bull. civ.* 2005, V, n° 262 ; *RJS* 2005, n° 1169. – Cass. soc., 21 nov. 2007, n° 06-44.993 : *Bull. civ.* 2007, V, n° 196. Les solutions arrêtées par la jurisprudence sont reprises par le Code du travail dans l'hypothèse spécifique du licenciement prononcé par l'employeur à la suite de l'action judiciaire engagée par le salarié (C. trav., art. L. 1134-4).

(75) En ce sens, V. Cass. soc., 21 sept. 2005, n° 03-44.855 : *Bull. civ.* 2005, V, n° 262. Les juges ne peuvent pas réduire le montant des dommages et intérêts alloués au salarié en se fondant notamment sur sa faible ancienneté ou sur les circonstances de la rupture. Cette indemnité est due en toute hypothèse.

(76) Cass. soc., 9 oct. 2001, n° 99-44.353 : *Bull. civ.* 2001, V, n° 314.

942. – Selon que le salarié sollicite ou non sa réintégration, surgit une importante distinction indemnitaire. Or, le préjudice subi entre le jour du licenciement et celui où est sanctionnée l'irrégularité commise est identique, que la victime de l'acte nul désire ou non retrouver son précédent emploi. Le comportement fautif de l'employeur est également similaire. À notre sens, le salarié qui ne souhaite pas être réintégré devrait pouvoir prétendre à une indemnité correspondant aux salaires qu'il n'a pas perçus entre son éviction de l'entreprise et la condamnation de l'employeur. À défaut, en cas de procédure judiciaire longue, le salarié licencié pour un motif discriminatoire qui ne souhaite pas réintégrer son emploi serait moins bien traité que celui qui consent à retourner dans son ancienne entreprise. Il subit pourtant un préjudice supérieur puisqu'il peut demeurer sans emploi.

943. – **Liberté garantie par la Constitution.** Le salarié demandant réparation d'un licenciement reposant sur certains motifs discriminatoires bénéficie d'un régime d'indemnisation plus favorable que celui des autres victimes de licenciements nuls⁽⁷⁷⁾. Ces dernières, lorsqu'elles optent pour la réintégration, ne peuvent prétendre qu'à des dommages et intérêts correspondant aux salaires dont elles ont été privées, entre leur licenciement et le prononcé de la décision de justice, sous déduction des sommes qu'elles ont pu percevoir au cours de cette période au titre d'une autre activité ou d'un revenu de remplacement⁽⁷⁸⁾. La solution retenue n'appelle pas de critique particulière. D'une part, la somme octroyée est limitée au préjudice subi par le salarié, conformément aux règles classiques de la responsabilité⁽⁷⁹⁾. D'autre part, une partie de la doctrine considère que le salarié victime d'un licenciement nul conserve son droit à rémunération dès lors qu'il est réputé se tenir à la disposition de son employeur⁽⁸⁰⁾. Or, la perception d'un revenu tiré d'une activité salariée entre le prononcé du licenciement nul et la décision de justice démontre qu'il n'était pas demeuré disponible pour son ancienne entreprise. Il semble alors pertinent de déduire les sommes perçues de l'indemnisation à laquelle le salarié peut prétendre.

944. – À l'inverse, lorsque son licenciement est fondé sur l'exercice du droit de grève⁽⁸¹⁾ ou les activités syndicales⁽⁸²⁾, la victime qui sollicite sa réintégration a droit à une indemnité égale au montant de la rémunération qu'elle aurait dû percevoir depuis son éviction de l'entreprise, peu important le revenu de remplacement reçu durant cette période. Selon la Cour de cassation, cette distinction résulterait de la nature de la règle violée. Portant atteinte à une liberté garantie par la Constitution, ce comportement appellerait des sanctions plus sévères. Ainsi, plus que la répara-

(77) Les salariés licenciés en violation du statut protecteur bénéficient du même régime que celui des victimes de licenciements discriminatoires motivés par des faits de grève ou l'exercice d'activités syndicales. En ce sens, V. Cass. soc., 3 mai 2001, n° 99-43.815. – Cass. soc., 10 oct. 2006, n° 04-47.623 : *Bull. civ.* 2006, V, n° 297.

(78) Cass. soc., 3 juill. 2003, n° 01-44.522 : *Bull. civ.* 2003, V, n° 214 ; *RJS* 2003, n° 1141.

(79) En ce sens, V. *supra*, n° 431.

(80) En ce sens, V. G. Couturier, *Les nullités du licenciement* : *Dr. soc.* 1977, p. 215 et s., spéc. p. 222 : « Selon les règles généralement applicables au contrat de travail, il semble que le salarié qui ne travaille pas effectivement ait néanmoins droit aux salaires, non seulement lorsqu'il se tient à la disposition de l'employeur, mais plus précisément encore, lorsque c'est à la suite d'une faute de l'employeur qu'il ne peut plus travailler. La faute ici est certaine : la loi a été violée (...). Il en résulte que la créance de salaire demeure ».

(81) Cass. soc., 2 févr. 2006, n° 03-47.481 : *Bull. civ.* 2006, V, n° 53 ; *RJS* 2006, n° 488.

(82) Cass. soc., 2 juin 2010, n° 08-43277 : *RJS* 2010, n° 685.

tion du préjudice subi par la victime, le caractère forfaitaire de l'indemnisation vise à sanctionner l'employeur fautif.

945. – Cette solution est-elle applicable à l'ensemble des motifs de distinction illicites ? Une réponse positive pourrait s'imposer. La prohibition des discriminations ayant pour objet le respect de la dignité humaine⁽⁸³⁾, lequel a été érigé en principe à valeur constitutionnelle⁽⁸⁴⁾, il pourrait être soutenu que tout licenciement reposant sur un motif discriminatoire porte atteinte à un droit garanti par la Constitution. Telle n'est pourtant pas la position de la Cour de cassation. Elle estime qu'une salariée victime d'un licenciement fondé sur son état de grossesse et qui sollicite sa réintégration a droit au paiement d'une somme correspondant à la réparation de la totalité du préjudice subi au cours de la période séparant son licenciement de son retour dans l'entreprise, dans la limite du montant des salaires dont elle a été privée. Doivent donc être déduites les sommes perçues au cours de cette période correspondant à des revenus de remplacement⁽⁸⁵⁾.

946. – Les différents motifs discriminatoires ne suivent pas le même régime d'indemnisation. Seule la violation de ceux protégeant l'exercice d'un droit ou d'une liberté « garanti par la Constitution » appelle une réparation forfaitaire. À notre sens, relèvent uniquement de cette catégorie les critères de discrimination « choisis⁽⁸⁶⁾ » qui traduisent une démarche volontaire du salarié. Au-delà de l'imprécision de la formule utilisée, la solution adoptée n'est pas exempte de critique. La position de la Cour de cassation concourt à traiter différemment les motifs discriminatoires alors qu'ils sont placés sur le même plan tant par le Code du travail que par le Code pénal.

2° L'enracinement de la légalité

947. – Parmi les mesures propres à enraceriner la légalité dans la poursuite de la relation de travail (b), la réintégration appelle des réflexions particulières (a).

a) Une mesure particulière d'enracinement de la légalité

948. – **Principe de la réintégration.** L'indemnisation du salarié licencié pour un motif discriminatoire, s'il efface les effets passés de la mesure illicite, ne rétablit pas la légalité pour l'avenir. Seule la réintégration de la victime dans l'entreprise la replace dans la situation qui aurait été la sienne si elle n'avait pas été l'objet d'une mesure discriminatoire. Elle est de droit pour le salarié qui la demande et s'il s'y oppose, il n'a pas à justifier de son refus⁽⁸⁷⁾. Si l'article 1142 du Code civil a pu s'opposer à cette mesure, il est dorénavant admis que le licenciement illicite ne produisant aucun effet, le contrat de travail est présumé avoir été maintenu et doit l'être pour le futur⁽⁸⁸⁾. Comme la relation contractuelle est réputée ne pas avoir été rompue,

(83) En ce sens, V. *supra*, n°s 5, 30, 38.

(84) En ce sens, V. Cons. const., 27 juill. 1994, n° 94-343/344 DC : « La sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle ».

(85) Cass. soc., 6 oct. 2010, n° 08-43.171 : *RJS* 2010, n° 928.

(86) Sur cette distinction, V. *supra*, n° 101.

(87) La victime peut avoir, pendant le temps de la procédure judiciaire, retrouvé un emploi ou estimé que l'atteinte portée à sa dignité rend impossible son retour auprès de son ancien employeur.

(88) En ce sens, V. H. Sinay et G. Lyon-Caen, *La réintégration des représentants du personnel irrégulièrement licenciés* : *JCP G* 1970, I, 2235 : « Quand le juge constate la nullité, il n'a pas à réintégrer à proprement parler le salarié dans l'em-

la victime doit être réintégrée dans le poste et à des conditions qui auraient été les siennes si elle n'avait pas fait l'objet de la mesure illicite. Doivent lui être accordées les augmentations générales octroyées en son absence et les promotions individuelles auxquelles elle aurait légitimement pu prétendre. Elle ne peut cependant revendiquer des indemnités de rupture⁽⁸⁹⁾.

949. – Périmètre de l'obligation de réintégration. Des effets de la nullité résulte également le périmètre de l'obligation de réintégration. En matière de discrimination, la Cour de cassation retient une solution identique à celle dégagée en matière de licenciement pour motif économique nul⁽⁹⁰⁾ : le salarié évincé pour un motif illicite ne peut prétendre à la réintégration ailleurs que dans son entreprise d'origine. Le périmètre de l'obligation de poursuite du contrat ne s'étend pas au groupe auquel appartient l'employeur fautif⁽⁹¹⁾. Si celui-ci « est intégré dans un groupe de personnes morales ou physiques constitutif d'une seule entreprise, ce qui est le cas en particulier lorsqu'une unité économique et sociale est reconnue », le périmètre de l'obligation de réintégration s'étend à toutes les personnes constituant ce groupe⁽⁹²⁾.

950. – Dans l'hypothèse de l'annulation de licenciements pour motif économique, certains s'opposent à cette solution et souhaiteraient que l'obligation de réintégration bénéficie du même périmètre que l'obligation de reclassement⁽⁹³⁾. Ces interrogations ne peuvent pas être formulées en matière d'annulation d'un licenciement discriminatoire puisque, le plus souvent⁽⁹⁴⁾, cette mesure n'a pas à être précédée d'une recherche de reclassement. La limitation du périmètre de l'obligation de réintégration à l'entreprise auteur de la mesure illicite nous semble juridiquement fondée puisqu'elle est seule débitrice de l'obligation⁽⁹⁵⁾. De surcroît, la réin-

plou ou à ordonner à l'employeur de la réintégrer, car la réintégration suppose que le contrat de travail a été rompu (...) au point de vue juridique, la situation est originale : le juge doit constater que le représentant est toujours salarié au service de l'entreprise, que le louage de service n'a pas cessé. C'est un jugement déclaratif et non une condamnation ».

(89) En ce sens, V. Cass. soc., 28 avr. 2006, n° 03-45.912 ; RJS 2006, n° 864.

(90) En ce sens, V. Cass. soc., 15 févr. 2006, n° 04-43.282 ; Bull. civ. 2006, V, n° 69 ; RJS 2006, n° 416 : « Après annulation d'un licenciement pour nullité (...) du plan de sauvegarde de l'emploi, l'obligation de réintégration résultant de la poursuite alors ordonnée du contrat de travail ne s'étend pas au groupe auquel appartient l'employeur ».

(91) En ce sens, V. Cass. soc., 9 juill. 2008, n° 07-41.845 ; Bull. civ. 2008, V, n° 155 ; RJS 2008, n° 980 : « Après annulation d'un licenciement pour violation des dispositions (...) des articles L. 1132-1 et L. 1132-4 du Code du travail, l'obligation de réintégration résultant de la poursuite alors ordonnée du contrat de travail ne s'étend pas au groupe auquel appartient l'employeur ».

(92) Cass. soc., 16 oct. 2001, n° 99-44.037 ; Bull. civ. 2001, V, n° 324 ; RJS 2001, n° 1444.

(93) En ce sens, V. P.-Y. Verkindt, *Réintégration de salariés licenciés pour motif économique : la Cour de cassation prend position* ; JCP S 2005, 1035. Dans l'hypothèse d'un licenciement économique nul, le professeur Verkindt s'interroge sur le fait de savoir si « l'analogie avec le "reclassement" ne peut-elle conduire à considérer que les emplois susceptibles d'être recherchés dans (...) le groupe, lorsque le licenciement économique concerne une entreprise de ce groupe ? La réintégration consécutive à l'annulation du plan de sauvegarde de l'emploi serait ainsi en cohérence avec le droit du licenciement économique ». Le professeur Morvan souligne également cette incohérence qui « aboutit, de façon paradoxale à soumettre à des régimes distincts l'obligation de réintégration et l'obligation de reclassement [alors que] la première sanctionne une violation de la seconde » (en ce sens, V. P. Morvan, *Périmètre de l'obligation de réintégration après l'annulation d'un licenciement pour absence ou insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi* ; JCP E 2006, 1735). Sur cette question, V. également G. Couturier, *Sur les nullités sanctionnant l'insuffisance du plan de reclassement : dits et non-dits du premier arrêt Wolber* ; Dr. soc. 2001, p. 847 et s., spéc. 849.

(94) Sauf dans l'hypothèse d'un licenciement fondé sur l'inaptitude d'un salarié.

(95) En ce sens, V. D. Corrigan-Carsin, *La réintégration en cas de nullité d'un licenciement économique après un PSE ne s'étend pas au groupe* ; JCP G 2006, II, 10068 : « L'employeur qui a pris, illégalement, l'initiative de licencier, est le seul débiteur de l'obligation de réintégration, à peine de nier l'autonomie juridique de l'entreprise. Comment imposer à d'autres entreprises non-contractantes, même appartenant au même groupe, une obligation de résultat ? Comment les contraindre à remettre "les choses en l'état", voire à supporter les conséquences financières de la non-

réintégration du salarié dans une autre entreprise du groupe ne le placerait pas dans la situation qui aurait été la sienne s'il n'avait pas été victime d'un licenciement discriminatoire⁽⁹⁶⁾.

951. – La solution arrêtée ne s'oppose pas à ce que les deux protagonistes s'entendent pour étendre le périmètre de l'obligation de reclassement. Le licenciement discriminatoire et le contentieux qui s'en est suivi révèlent puis exacerbent des tensions interpersonnelles peu propices à la résurgence de la confiance pourtant indispensable aux relations de travail. Si les conditions en sont réunies, il peut être opportun de réintégrer le salarié dans une autre entité que celle qui a procédé à son licenciement. Une fois le retour dans l'emploi assuré, le principe de la liberté contractuelle doit retrouver sa pleine mesure.

b) Des mesures générales d'enracinement de la légalité

952. – **Reclassement.** L'octroi de dommages et intérêts au titre du préjudice subi par le salarié « apure le passé⁽⁹⁷⁾ ». Mais l'enracinement de la légalité impose parfois au juge⁽⁹⁸⁾, même en référé⁽⁹⁹⁾, d'enjoindre à l'employeur de reclasser le salarié dans la catégorie professionnelle à laquelle il pouvait légitimement prétendre s'il n'avait pas fait l'objet d'une distinction illicite. Cette mesure parfait la réparation du préjudice subi par la victime d'un ralentissement de carrière et marque un nouveau départ des relations contractuelles.

953. – Si le reclassement atteint un élément essentiel du rapport de travail, il ne porte pas atteinte à la liberté contractuelle. L'avancement ne procède pas uniquement d'une négociation individuelle entre employeur et salarié mais relève principalement de règles statutaires⁽¹⁰⁰⁾. En ordonnant le reclassement de la victime, le juge se borne à constater que le salarié remplit les conditions fixées par des dispositions

réintégration ? » La Cour de cassation semble adhérer à ce raisonnement puisque lorsqu'elle étend le périmètre de l'obligation de réintégration à l'unité économique et sociale, elle s'assure que le « groupe » en cause est constitué en réalité que « d'une seule entreprise » (Cass. soc., 16 oct. 2001, n° 99-44.037 : *Bull. civ.* 2001, V, n° 324).

(96) En ce sens, V. L. Draï, *Annulation d'un licenciement discriminatoire : portée de l'obligation de réintégration* : JCP S 2008, 1563 : « Contrairement au reclassement qui constitue une mesure de protection de l'emploi, la réintégration est l'expression d'un retour au statut *quo ante* (...) par conséquent, les parties doivent être replacées dans la situation qui était la leur avant la rupture, sans que soit mis à la charge de l'employeur une obligation qui dépasse la remise en l'état ».

(97) A. Lévy, *Le droit au reclassement du salarié discriminé : Semaine sociale Lamy* 2005, n° 1242, p. 10 et s.

(98) En ce sens, V. Cass. soc., 23 nov. 2005, n° 03-40.826 : *Bull. civ.* 2005, V, n° 332. – Cass. soc., 29 janv. 2008, n° 06-42.066. – Cass. soc., 10 avr. 2008, n° 06-45.821.

(99) En ce sens, V. Cass. soc., 25 janv. 2006, n° 03-47.706. Lorsqu'il est ordonné par le juge des référés, le reclassement est provisoire.

(100) En ce sens, V. J.-F. Cesaro, *La réparation de la discrimination syndicale dans l'avancement de carrière* : JCP S 2006, 1043. Le professeur Cesaro estime que le consentement de l'employeur à l'avancement du salarié est secondaire. Le chef d'entreprise « doit respecter les statuts ou exécuter le contrat collectif qui s'imposent à lui. En évaluant l'avancement d'un salarié au regard des statuts ou de la convention collective, le juge ne viole pas la liberté contractuelle mais fait application des règles qui s'imposaient à l'employeur ». L'auteur distingue alors l'avancement qui repose sur des critères collectifs obligatoires pour l'employeur « qui peut être imposé par le juge » de l'avancement reposant sur la négociation individuelle entre employeur et salarié « qui appelle une réparation par équivalent, se réglant sous forme de dommages et intérêts ». À notre sens, cette distinction n'a pas lieu d'être. Dans l'hypothèse où l'entreprise ne serait pas soumise à des dispositions collectives, il serait possible de voir dans les règles régissant l'avancement des salariés des usages que l'employeur est contraint d'appliquer. Si de telles normes collectives ne peuvent être caractérisées, l'avancement du salarié pourrait être ordonné sur le fondement du principe d'égalité, qui s'impose également à l'employeur. En ordonnant cette mesure, le juge ne violerait pas le principe de la liberté contractuelle mais rétablirait la légalité. La distinction prônée par le professeur Cesaro n'a d'ailleurs pas été retenue par la Cour de cassation (Cass. soc., 8 nov. 2006, n° 05-41.533).

conventionnelles pour relever d'une qualification professionnelle supérieure. Il ne s'agit que d'une « modalité de réparation du préjudice subi par le salarié⁽¹⁰¹⁾ » qui a pour objet de réhabiliter les compétences professionnelles de la victime de la distinction illicite.

954. – Le reclassement n'entraîne pas nécessairement de réévaluation salariale. Lorsque le juge attribue un coefficient hiérarchique supérieur, l'employeur n'est tenu qu'au paiement d'un rappel de salaire correspondant au minimum conventionnel de rémunération afférent à celui-ci⁽¹⁰²⁾. Dès lors, si la rémunération antérieurement perçue par le salarié était supérieure à celle attachée par les dispositions conventionnelles au coefficient judiciairement attribué, la victime ne peut prétendre à une augmentation. La jurisprudence refuse de « procéder à un rappel de salaire en fonction d'un salaire possible » et s'assure uniquement que les *minima* conventionnels ont été respectés⁽¹⁰³⁾. La solution peut surprendre. L'annulation de la mesure discriminatoire vise à replacer le salarié dans la situation qui aurait été la sienne s'il n'avait pas été victime de cette décision. Suivant cette logique, plus que les dispositions conventionnelles, il conviendrait d'analyser les pratiques de l'entreprise en matière de rémunération, notamment l'impact d'un changement de coefficient sur le salaire du bénéficiaire de la mesure. S'il est d'usage dans l'entreprise que, par-delà une promotion, le salarié conserve tout ou partie de son « décollement individuel⁽¹⁰⁴⁾ », le reclassement judiciairement ordonné devrait entraîner, dans les mêmes proportions, une réévaluation du salaire. En tout état de cause, la victime pourra prétendre à des dommages et intérêts compensant le préjudice résultant de l'atteinte causée à sa dignité par ce « déclassement ».

955. – **Octroi de la mesure refusée.** Les pouvoirs du juge en matière de discrimination lui permettent d'enjoindre à l'employeur d'accorder au salarié la mesure qui lui a été refusée pour un motif illicite. Si ces mesures apparaissent parfois futiles, elles participent à la réparation du préjudice subi par la victime et ne sauraient être ignorées. Le salarié doit donc être rétabli dans ses conditions de travail antérieures⁽¹⁰⁵⁾ ou bénéficier de celles auxquelles il aurait pu légitimement prétendre sans la distinction illicite sanctionnée.

(101) En ce sens, V. E. Pierroux, *Reclassement d'un salarié et discrimination syndicale : il entre dans les pouvoirs du juge d'ordonner le reclassement d'un salarié victime d'une discrimination prohibée* : LPA 2007, n° 7, p. 19 et s., spéc. p. 22 : « Les sanctions de la discrimination impliquent une réparation intégrale du préjudice subi par la victime (...) les juges du fond ne peuvent se contenter d'octroyer au salarié des dommages et intérêts qui ne répareraient que partiellement les dommages [causés au salarié]. Ils doivent reconstituer de manière virtuelle la carrière qu'aurait dû avoir le salarié et il leur incombe d'ordonner son reclassement ».

(102) En ce sens, V. Cass. soc., 1^{er} juill. 2009, n° 07-42.691 : *Bull. civ.* 2009, V, n° 169. – V. également Cass. soc., 22 févr. 2006, n° 03-47.918.

(103) En ce sens, V. J.-F. Cesaro, *Principe « à travail égal, salaire égal » : le juge et la valeur du travail* : JCP S 2009, 1533. Selon le professeur Cesaro, une explication de cette solution réside dans le fait que la jurisprudence refuse qu'un gain hypothétique fasse l'objet d'une indemnisation. Il estime également que cet arrêt traduit le recul de la place accordée aux dispositions conventionnelles concernant la détermination des rémunérations versées aux salariés. Il précise que « le juge présume que l'employeur a tenu compte du travail réellement fourni par son salarié et se contente alors de vérifier qu'il a bien respecté les *minima* légaux ».

(104) Le « décollement individuel » correspond à la différence entre la rémunération réellement versée au collaborateur et le salaire qui devrait être le sien par la stricte application des dispositions conventionnelles.

(105) Sur l'injonction faite par le juge d'ordonner à l'employeur d'attribuer au salarié un camion de 15 tonnes, V. Cass. soc., 23 juin 2004, n° 02-41.011 : *Bull. civ.* 2004, V, n° 181.

B. – Les sanctions pénales

956. – À côté de l'infraction générale sanctionnée par le Code pénal (1°), le Code du travail réprime, d'une manière spécifique, certains comportements discriminatoires (2°). De la multitude de textes d'incrimination, résultent les incohérences de la répression⁽¹⁰⁶⁾.

1° Les sanctions inhérentes à l'incrimination générale

957. – **Peines principales et accessoires.** L'auteur d'une discrimination s'expose à une peine de trois ans d'emprisonnement et à une amende d'un montant de 45 000 €⁽¹⁰⁷⁾. Mais ces sanctions ne sont que très rarement appliquées. Pour les personnes morales reconnues responsables de ce délit, sont prévues des peines complémentaires qui s'avèrent parfois plus dissuasives que l'amende de 225 000 € qu'elles encourent⁽¹⁰⁸⁾. Si le juge ne saurait condamner directement à mort la personne morale auteur de la discrimination⁽¹⁰⁹⁾, certaines des mesures répressives à sa disposition permettent de la priver de tout moyen de subsistance : leur prononcé entraînerait *in fine* sa disparition de la scène juridique. La personne morale peut être frappée de l'interdiction d'exercer directement ou indirectement une ou plusieurs activités professionnelles⁽¹¹⁰⁾, être contrainte de fermer l'un de ses établissements⁽¹¹¹⁾ ou être exclue des marchés publics⁽¹¹²⁾. Mais l'impact prévisible de ces sanctions sur les emplois dissuade le juge de les prononcer. Il est plus fréquent qu'il condamne la personne morale⁽¹¹³⁾ à l'affichage de la décision de condamnation ou à la diffusion de celle-ci sur tout support approprié⁽¹¹⁴⁾. Le coût de ces mesures ne saurait dépasser le maximum de l'amende encourue⁽¹¹⁵⁾. Forme moderne du pilori, l'objectif de ces sanctions est d'informer de l'existence des condamnations⁽¹¹⁶⁾. En rendant publique la décision, elles contribuent à la réhabilitation du salarié en même temps qu'elles portent atteinte à l'image de l'entreprise. Elles participent tout autant à la sanction de l'auteur de l'infraction qu'à la réparation du dommage causé à la victime.

2° Les sanctions inhérentes aux incriminations spécifiques

958. – **Discriminations sexuelle et syndicale.** Les distinctions motivées par le sexe ou les activités syndicales de la victime sont sanctionnées par des textes spécifiques. Sur le fondement de l'article L. 2146-2 du Code du travail, l'auteur d'une discrimination syndicale encourt une amende d'un montant de 3 750 €, lequel passe

(106) Sur l'articulation des textes concernant la répression des discriminations, V. *supra*, n° 94.

(107) C. pén., art. 225-2.

(108) C. pén., art. 225-4 : « Les personnes morales déclarées responsables pénalement (...) des infractions définies à l'article 225-2 encourent, outre l'amende suivant les modalités prévues par l'article 131-38, les peines prévues par les 2° à 5°, 8° et 9° de l'article 131-39 ».

(109) La peine de dissolution n'est pas applicable à la personne morale coupable de discrimination.

(110) C. pén., art. 131-39, 2°.

(111) C. pén., art. 131-39, 4°.

(112) C. pén., art. 131-39, 5°.

(113) Les peines d'affichage et de diffusion sont alternatives ; elles ne sauraient être prononcées cumulativement. En ce sens, V. Cass. crim., 13 mai 1997, n° 97-80.772 : *Bull. crim.* 1997, n° 180. – Cass. crim., 5 oct. 2004, n° 04-81.024 : *Bull. crim.* 2004, n° 236.

(114) C. pén., art. 131-39, 9°.

(115) C. pén., art. 131-35, al. 1.

(116) E. Dreyer, *Droit pénal général*, Litec, 2010, n° 1288.

à 7 500 € en cas de récidive. La violation des dispositions relatives à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes est plus sévèrement sanctionnée : son auteur s'expose non seulement à une amende d'un montant de 3 750 €, mais également à une peine d'un an d'emprisonnement⁽¹¹⁷⁾. Outre leur inutilité, la multiplication des textes et la diversité des sanctions nuisent à l'intelligibilité de la répression⁽¹¹⁸⁾.

§ 2. – Les sanctions extrajudiciaires

959. – Sanctions subies par l'entreprise. L'importance conférée par les pouvoirs publics à la lutte contre les discriminations conduit à une médiatisation des contentieux. La condamnation judiciaire, voire la simple suspicion, entraîne des répercussions négatives sur l'image de l'entreprise dont les conséquences financières sont parfois plus importantes que les amendes⁽¹¹⁹⁾. Bien qu'elles échappent en grande partie à la compétence du juriste, elles ne sauraient être négligées.

960. – Sanctions infligées par l'entreprise. Alors que le Code du travail décide que tout salarié ayant procédé à des agissements de harcèlement est passible d'une sanction disciplinaire⁽¹²⁰⁾, aucune disposition similaire n'est prévue pour les auteurs de discriminations⁽¹²¹⁾. Pourtant, le Défenseur des droits, à l'instar des prérogatives naguère reconnues à la HALDE⁽¹²²⁾, « peut saisir l'autorité investie du pouvoir d'engager des poursuites disciplinaires des faits dont il a connaissance et qui lui paraissent de nature à justifier une sanction⁽¹²³⁾ ». Le législateur ne souhaite pas que les discriminations restent impunies dans le cadre des relations de travail. La Cour de cassation ne le désire pas davantage. Elle estime qu'est nécessairement fautif le salarié qui tient des propos racistes à l'encontre de ses subordonnés et qui inscrit des mentions à connotation sexuelle sur les fiches d'autres membres du personnel⁽¹²⁴⁾. Ce comportement laissant présumer l'existence d'une discrimination, la solution devrait être étendue aux auteurs de distinctions illicites.

(117) C. trav., art. L. 1146-1.

(118) Sur ce point, V. *supra*, n° 94 et s.

(119) En ce sens, V. notamment J.-F. Amadieu, *Vraies et fausses solutions aux discriminations*, in *Formation emploi* 2008, n° 101, p. 84 et s., spéc. p. 96 : « C'est certainement le risque médiatique qui est le plus important aujourd'hui (...), les répercussions sur l'image des firmes des procès en discrimination sont un risque nouveau que les [grandes] entreprises cherchent à éviter ».

(120) Pour le harcèlement moral, V. C. trav., art. L. 1152-5. Pour le harcèlement sexuel, V. C. trav., art. L. 1153-5.

(121) En Allemagne, les employeurs ont l'obligation de prendre toutes les mesures nécessaires pour la protection des salariés contre la discrimination. Cette dernière peut imposer de sanctionner les salariés coupables de pratiques discriminatoires à l'égard d'autres salariés de l'entreprise (en ce sens, V. J.-M. Albiol, K. Neighbour, E. Slatery, E. Ceca et A. de Jong, *La discrimination en Europe* : JCP S 2011, act. 266).

(122) En ce sens, V. L. n° 2004-1486, 30 déc. 2004, portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, art. 14.

(123) L. n° 2011-333, 29 mars 2011, relative au Défenseur des droits, art. 29. Cette compétence ne peut être déléguée par le Défenseur des droits à l'un de ses adjoints (L. n° 2011-333, 29 mars 2011, art. 11, II).

(124) En ce sens, V. Cass. soc., 2 juin 2004, n° 02-44.904 : *Bull. civ.* 2004, V, n° 150 ; *RJS* 2004, n° 893. – V. également CA Versailles, 31 mars 2011, n° 10/00710. Selon la cour d'appel, l'employeur informé des propos déplacés et racistes proférés par un salarié à l'encontre de l'un de ses collègues doit prendre des mesures concrètes pour faire cesser cette situation. Il ne saurait se contenter d'interroger les membres de l'établissement sans sanctionner l'auteur des paroles incriminées. En raison de cette carence fautive, la victime est en droit de solliciter des dommages et intérêts.

961. – Cependant, seules les conséquences effectives ou potentielles des agissements du salarié sur l'entreprise peuvent fonder une mesure disciplinaire⁽¹²⁵⁾. L'employeur ne saurait user de son pouvoir de sanction pour réprimer la vision erronée de la dignité humaine qu'ont certains de ses subordonnés : cette charge incombe aux pouvoirs publics. Ainsi, l'auteur d'un courriel antisémite envoyé depuis une adresse professionnelle doit être sanctionné pour le risque que son comportement fait courir à l'entreprise et non en raison de l'infraction qu'il commet⁽¹²⁶⁾. Les opinions du salarié, aussi condamnables soient-elles, ne se traduisant pas par des actes ou abstentions répréhensibles, échappent à toute sanction⁽¹²⁷⁾. Le pouvoir disciplinaire n'est que d'un secours relatif. L'évolution des mentalités demeure le vecteur primordial de la lutte contre les discriminations.

962. – **En bref.** Au-delà de la sanction pénale de l'auteur des discriminations, l'enjeu du contentieux est d'assurer la réparation du dommage causé au salarié. La reconnaissance de son statut de victime permet sa réhabilitation sur le plan professionnel. Elle lui ouvre également droit à indemnisation. La détermination du préjudice impose parfois au juge de reconstruire *a posteriori* la carrière dont aurait dû bénéficier le salarié s'il n'avait pas été victime de distinctions illicites. Il s'épargne souvent cette tâche en présumant que la victime aurait eu une évolution professionnelle égale à la moyenne de celle attribuée à ses collègues. Marquée du sceau de l'égalitarisme, cette méthode n'est pas satisfaisante puisqu'elle ignore les compétences professionnelles du salarié. La réparation des conséquences de la discrimination va, en partie, à l'encontre des principes qui gouvernent la prohibition des distinctions illicites.

963. – Le régime juridique du contentieux de la discrimination a été conçu pour s'assurer de l'effectivité de la prohibition des distinctions illicites. Le risque de prescription a en grande partie été écarté ; la preuve d'agissements répréhensibles a été aménagée afin d'inciter les victimes à l'action et les sanctions prononcées se veulent dissuasives. Mais si l'objectif affiché était de mettre sur un pied d'égalité procédural demandeur et défendeur, il est à craindre que l'équilibre recherché ait été dépassé. La charge probatoire pesant sur la victime pourrait avoir été trop allégée. Le juge ne tiendrait pas compte de l'impact du temps sur la conservation des preuves ni des contraintes inhérentes à la gestion d'une entreprise. La poursuite d'un objectif légitime ne saurait dispenser du respect des garanties d'un procès équitable.

« Ce sont les passions qui donnent naissance aux opinions ;
la paresse d'esprit les fige en convictions⁽¹²⁸⁾ ».

(125) Une discrimination emporte des conséquences financières importantes pour l'entreprise et est susceptible d'engager sa responsabilité pénale. De surcroît, elle provoque une dégradation des relations de travail. Ces conséquences sont, à notre sens, suffisantes pour fonder des mesures disciplinaires pouvant aller jusqu'au licenciement.

(126) En ce sens, V. Cass. soc., 2 juin 2004, n° 03-45.269 : *Bull. civ.* 2004, V, n° 152 ; *RJS* 2004, n° 882.

(127) Ces opinions pourront néanmoins être un indice de l'existence d'une discrimination.

(128) F. Nietzsche, *Mauvaises pensées choisies*, Gallimard, 2000, p. 17.

Conclusion générale

964. – Un constat. L'évolution des sociétés tient davantage à celle des esprits qu'à la profusion des textes⁽¹⁾. La prohibition des discriminations n'échappe pas à ce constat. En dépit de l'inflation législative et de l'intérêt porté par les pouvoirs publics à la lutte contre les discriminations, certains choix reposent encore sur des critères illicites. Si elles n'ont pu être éradiquées, ces atteintes à la dignité humaine sont néanmoins devenues plus rares, ou moins ostensibles. Leur élimination impose désormais l'approfondissement du contrôle judiciaire. L'aménagement probatoire dont elles font l'objet contraint les employeurs à donner une assise objective à leurs décisions. L'évaluation des salariés acquiert, à ce titre, une singulière importance.

965. – Le temps où la légitimité d'une norme résidait uniquement dans sa source est révolu. Elle doit dorénavant être recherchée dans les effets conjugués de sa pertinence et de son objectivité. Cette évolution protège de l'arbitraire du décideur mais le contrôle judiciaire *a posteriori* sur lequel elle repose est facteur d'insécurité. La question de la légitimité du juge censeur doit être posée, tant celui-ci n'hésite plus à s'opposer aux choix du chef d'entreprise, voire, parfois, à l'expression de la volonté nationale. Si la liberté d'entreprendre en est, pour le moment, la principale victime, les citoyens pourraient bientôt la rejoindre.

966. – Une évolution. La multiplication des obligations de négociation sur l'égalité professionnelle ou l'emploi des seniors illustre le renouveau de la lutte contre les discriminations. Elle ne vise plus seulement à prohiber les distinctions reposant sur un motif illicite ; elle doit également permettre l'évolution sociale et professionnelle d'un public défavorisé. Au traitement des causes des exclusions systémiques, les pouvoirs publics préfèrent celui de leurs effets dans le cadre de l'entreprise. Cette approche qui met la sanction au premier rang est insuffisante. Plus acteur qu'auteur, l'employeur dispose de peu de leviers d'action. Toute initiative isolée est vaine. L'action en la matière relève des pouvoirs publics. Mais le temps nécessaire à l'éradication des inégalités n'est pas celui du politique. Nonobstant les effets d'annonce, l'enracinement des situations fait obstacle aux résultats immédiats : « Il ne faut pas empiéter sur l'avenir en demandant avant le temps ce qui ne peut venir qu'avec le temps⁽²⁾ ». Seule une action à long terme est pertinente.

967. – Des choix. Au débat surgi, l'acception contemporaine de la notion de discrimination ajoute un élément en remettant en cause la conception univer-

(1) L'Homme d'État et le Professeur de droit s'accordent. Pour le Général de Gaulle, « les grandes choses se font par la valeur des hommes bien plus que par les textes ». La position de M. le Professeur Teyssié complète cette idée en précisant que « la révolution la plus dure à mener est celle des esprits » (B. Teyssié, *Sur un fragment de la loi n° 94-126 du 11 février 1994 : commentaire de l'article L. 120-3 du Code du travail* : Dr. soc. 1994, p. 667 et s., spéc. p. 674).

(2) A. Schopenhauer, *Aphorismes sur la sagesse de la vie*, PUF, coll. « Quadrige », 1943, n° 45, p. 149.

saliste de l'égalité. L'entreprise doit aujourd'hui arbitrer entre les revendications individuelles des salariés, les prescriptions communautaires et l'intérêt de la collectivité de travail. Source d'insécurité, cette situation ne peut perdurer : un cap doit être donné. Cette responsabilité n'incombe pas à l'employeur mais à l'État. Face aux échecs, d'aucuns estiment nécessaire de rejeter le modèle historique. L'attractivité de la nouveauté ne saurait cependant conduire à l'ignorance des contraintes auxquelles elle expose. Le morcellement de la société engendre plus de maux qu'il n'en résout.

Aux fondements de la République, il est périlleux de toucher...

Bibliographie

I. Ouvrages généraux (manuels et traités contemporains, dictionnaires)

- J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, 13^e éd. 2008.
- C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Litec, 4^e éd. 2008.
- B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 21^e éd. 2009 ; *Procédure pénale*, Dalloz, 21^e éd. 2009.
- J. BOULOUI, R.-M. CHEVALLIER, D. FASQUELLE et M. BLANQUET, *Les grands arrêts de la jurisprudence communautaire*, Dalloz, 5^e éd. 2002.
- L. CADIET et E. JEULAND, *Droit privé judiciaire*, Litec, 6^e éd. 2009.
- A. CCEURET et E. FORTIS, *Droit pénal du travail*, Litec, 4^e éd. 2008.
- A. CCEURET, B. GAURIAU et M. MINE, *Droit du travail*, Sirey, 2^e éd. 2009.
- M. COHEN, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, LGDG, 9^e éd. 2009.
- P. CONTE, *Droit pénal spécial*, Litec, 3^e éd. 2005.
- G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 8^e éd. 2007.
- G. COUCHEZ, *Procédure civile*, Sirey, 15^e éd. 2006.
- F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *Droit pénal général*, Economica, 16^e éd. 2009.
- E. DREYER, *Droit pénal spécial*, Ellipses, 2008.
- L. FAVOREU, P. GAIA et R. GHEVONTIAN, *Droits des libertés fondamentales*, Dalloz, 3^e éd. 2009.
- L. FAVOREU et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 13^e éd. 2005.
- J. GAUDEMET et E. CHEVREAU, *Droit privé romain*, Montchrestien, 3^e éd. 2009.
- C. GAVALDA et G. PARLÉANI, *Droit des affaires de l'Union européenne*, Litec, 5^e éd. 2006.
- S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, Litec, 4^e éd. 2008.
- J.-P. LACROIX-ANDRIVET, *L'administration judiciaire de la preuve, Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz, 2009-2010.
- J. LADJILI-MOUCHETTE, *Histoire juridique de la méditerranée. Droit romain, droit musulman*, PUBLISUD, 2007.
- G. LEBRETON, *Liberté publique et droits de l'Homme*, Armand Colin, 7^e éd. 2005.
- Le Nouveau Petit Robert*, éd. 2008.
- M. LEVINET, *Théorie générale des droits et liberté*, Bruylant, 3^e éd. 2010.
- J.-P. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2^e éd. 2010.
- V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, 3^e éd. 2007.
- P. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, Litec, 12^e éd. 2008.
- F. MORIN, J.-Y. BRIÈRE et D. ROUX, *Le droit de l'emploi au Québec*, Wilson&Lafleur, 3^e éd. 2006.
- B. OPPETIT, *Philosophie du droit*, Dalloz, 1999.
- J. PELLISSIER, G. AUZERO et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, 25^e éd. 2011.

- J. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, 17^e éd. 2009.
- J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial : Droit commun, droit des affaires*, Cujas, 4^e éd. 2007.
- M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, 5^e éd. 2006 ; *Droit pénal spécial : infractions des et contre les particuliers*, Dalloz, 5^e éd. 2006.
- J.-E. RAY, *Droit du travail, droit vivant*, Liaisons, 18^e éd. 2009.
- A. REY, *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 2010.
- H. ROSE et Y. STRUILLLOU, *Droit du licenciement des salariés protégés*, Economica, 3^e éd. 2007.
- F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil : Les obligations*, Dalloz, 10^e éd. 2009.
- B. TEYSSIÉ, *Droit européen du travail*, Litec, 4^e éd. 2010 ; *Droit civil : Les personnes*, Litec, 12^e éd. 2010 ; *Droit du travail, Relations collectives*, Litec, 7^e éd. 2010.
- M. DE VILLIERS et T. DE BERRANGER, *Droit public général*, Litec, 4^e éd. 2009.
- E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Dalloz, 1^e éd. 2010.

II. Ouvrages spéciaux, thèses

- ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*.
- M. BAILLY, *Essai sur le droit pénal des conflits collectifs du travail*, thèse 2009, Université Paris II (Panthéon-Assas).
- A. BARÈGE, *L'éthique et le rapport de travail*, thèse 2006, Université Paris X.
- D. BORRILLO, *Homosexuels, quels droits ?*, Dalloz, 2007.
- D. BOULMIER, *Preuve et instance prud'homale. À la recherche d'un procès équitable*, LGDJ, 2002.
- P. BOURDIEU, *Raisons pratiques. Sur la théorie de l'action*, Le Seuil, 1994.
- S. BRISSY, *Discrimination : JCl. Travail Traité*, Fasc. 17-11 ; *Comité d'entreprise : Activités sociales et culturelles : JCl. Travail Traité*, Fasc. 15-30.
- X. CARSIN, *Comité d'entreprise : fonctionnement, bilan social : JCl. Travail Traité*, Fasc. 15-19.
- J.-F. CESARO, *Le doute en droit privé*, Panthéon-Assas, 2003.
- W. CHURCHILL, *Mémoire de Guerre*, Tallandier.
- B. CONSTANT, *De la perfectibilité de l'espèce humaine*, in *Mélanges de littérature et de politique*, Paris, Pichon et Didier, 1829.
- I. CORNESSE, *La proportionnalité en droit du travail*, thèse Université Montpellier, 2001.
- J. DAMON, *Questions sociales : analyses anglo-saxonnes socialement incorrectes ?*, PUF, 2009.
- J. DANIEL, *Contribution à l'étude de la constitutionnalisation*, thèse Université Paris II (Panthéon-Assas), 2000.
- M. DANTI-JUAN, *Discrimination : Rép. dr. pén. et proc. pén.* Dalloz.
- F. DESPORTES, *Discrimination : JCl. Pénal Code*, Fasc. 20.
- A. FABRE, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, thèse Université Paris X, 2006.
- A. FENET, G. KOUBI et I. SCHULTE-TENCKHOFF, *Le droit et les minorités. Analyses et textes*, Bruylant, Bruxelles, 2^e éd. 2000.
- C. DE GAULLE, *Mémoire de Guerre*, Gallimard, La Pléiade ; *Mémoire d'Espoir*, Gallimard, La Pléiade.
- B. GAURIAU, *Syndicat professionnel : Moyens d'actions : JCl. Travail Traité*, Fasc. 12-20.
- H. GUYOT, *Prévention des conflits collectifs de travail*, thèse Université Paris II (Panthéon-Assas), 2009.

- C. LA HOVARY, *Les droits fondamentaux au travail. Origines, statut et impact en droit international*, PUF, 2009.
- M.-T. LANQUETIN, *Discrimination* : Rép. dr. trav. Dalloz.
- C. LARROUMET, *Stipulation pour autrui* : Rép. dr. civ. Dalloz.
- F. LAURIE, *La faute disciplinaire dans la fonction publique*, PUAM, 2002.
- D. LOCHAK, *Le droit et les juifs en France depuis la Révolution*, Dalloz, 2009.
- G. LYON-CAEN, *Les libertés publiques et l'emploi*, La Documentation française, 1992.
- P. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction générale*, Defrénois, 3^e éd. 2009.
- P. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, Litec, 12^e éd. 2008.
- D. MARTIN, *Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire. Étude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Bruylant, 2007.
- A. MARTINON, *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, Dalloz, 2005.
- H. MATSOPOULOU, *Les enquêtes de police*, LGDJ, 1996 ; *Responsabilité pénale des personnes morales* : Rép. social Dalloz.
- MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748.
- P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, Panthéon-Assas, 1999.
- F. NIETZSCHE, *Mauvaises pensées choisies*, Gallimard, 2000.
- T. PASSERONE, *L'individualisation des rémunérations*, thèse 2010, Université Paris II (Panthéon-Assas).
- B. PETIT, *Contrats et obligations* : JCl. Civil, art. 1111 à 1115.
- P. PIC, *Traité élémentaire de législation ouvrière*, 1922.
- POTHIER, *Œuvre de Pothier par BUGNET*, 1847.
- J.-L. PUTZ, *Discrimination au travail*, Promoculture, 2010.
- Répertoire Dalloz 1854, Juifs.*
- H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, Litec, 4^e éd. 1999.
- D. SABBAGH, *L'égalité par le droit. Les paradoxes de la discrimination positive aux États-Unis*, *Economica*, 2003, p. 19 et s.
- A. SCHOPENHAUER, *Aphorismes sur la sagesse de la vie*, PUF, 1943.
- R. WYLER, *Droit du travail*, Stämpfli Éd. SA Berne, 2^e éd. 2008.

III. Articles, notes sous arrêt

- C. ABOUT, *Rémunération des représentants du personnel : il n'y a pas que le travail qui prime* : *Les cahiers Lamy du CE* sept. 2010, n° 96, p. 25 et s.
- P. ADAM, *Harcèlement moral : une affaire remarquable (ou l'occasion trop rare de mettre en lumière et en discussion l'article L. 422-1-1 du Code du travail)* : *Dr. ouvrier* 2006, p. 321 et s. ; *Risques psychosociaux et consultation du CHSCT : aujourd'hui l'entretien annuel d'évaluation ; et demain ?* : *RDT* 2008, p. 180 et s.
- J. AGUERA, *Discrimination et égalité de traitement, avant qu'il ne soit trop tard* : *Semaine sociale Lamy* 2006, n° 1256.
- J.-M. ALBIOL, C. GALLON, K. NEIGHBOUR, E. SLATTERY, E. CECA et A. JONG, *Chez nos voisins européens. – L'évaluation des salariés* : *JCP S* 2011, act. 131 ; *Chez nos voisins européens. La discrimination en Europe* : *JCP S* 2011, act. 266.

- D. ALLIX, *Différence de diplôme et différence de rémunération* : JCP S 2010, 1044.
- J.-F. AMADIEU, *Vraies et fausses solutions aux discriminations*, in *Formation emploi* 2008, n° 101, p. 84 et s.
- F. AMEGADJIE, *La compétence pénale de la HALDE, contours et enjeux* : AJP 2008, p. 307 et s.
- C. ANDRÉ, *L'obligation de modérer le dommage en droit interne* : D. 2002, p. 307 et s.
- R. ANTONIUS, *La mesure de la diversité au Canada : le lien entre la mesure et l'action*, in *Diversité et discriminations raciales, une perspective transatlantique*, Dalloz, 2009.
- P.-H. ANTONMATTEI, *Liberté, égalité, diversité* : Dr. soc. nov. 2008, p. 1031 ; *Conditions de validité des dispositifs d'alerte professionnelle* : JCP S 2010, 1091.
- C. ARTUS-JÉGOU et Y. BEATRIX, *La lutte contre les discriminations* : JCP S 2007, 1776.
- P. AUBENQUE, *Aristote*, in *Dictionnaire des philosophes*, PUF, 2009, p. 81 et s.
- T. AUBERT-MONPEYSSEN, *La notion de victime d'une discrimination et le droit communautaire* : JCP E 2009, 1383.
- M. AUBRY, *Le bilan social, une innovation ?* : Dr. soc. 1978, p. 265 et s.
- P. AUVERGNON, *L'obligation d'emploi des handicapés* : Dr. soc. 1991, p. 596 et s.
- G. AUZERO, *L'application du principe d'égalité de traitement dans l'entreprise* : Dr. soc. 2006, p. 822 et s. ; *Qui dit réintégration dans l'entreprise dit nullité du licenciement* : RDT 2007, p. 652 et s.
- I. AYACHE-REVAH, S. LANGOT, *Période d'essai : les ruptures prématurées sanctionnées* : JCP E 2010, 1396.
- G. AYNÉ, *Les tests de discriminations : pratiques et perspectives*, Actes du Colloque du 11 décembre 2009 de la HALDE, p. 11 et s.
- P. BAILLY, *L'égalité des salariés en droit du travail*, in *Rapport de la Cour de cassation 2003*, La Documentation française, 3^e partie ; *Vertus et périls de l'unicité de l'instance prud'homale* : RJS 2005, p. 327 et s.
- D. BAKOUCHE, *Quid de l'obligation de minimiser le dommage ?* : Lexbase n° N2769AB8.
- A. BARÈGE, *Instauration d'un système de contrôle et d'évaluation des salariés : consultation obligatoire du comité d'entreprise* : JCP S 2010, 1457 ; *Succession de contrats de travail au sein d'un groupe, période d'essai et ancienneté* : JCP S 2011, 1041.
- F. BARON et I. OMARJEE, *Approche critique du vocabulaire juridique européen : l'égalité en droit social européen* : LPA 15 juill. 2008, n° 140, p. 7 et s.
- F. BARRIÈRE, *Le whistleblowing, à propos de l'arrêt du 8 décembre 2009 de la chambre sociale de la Cour de cassation* : Dr. sociétés 2010, p. 483 et s.
- I. BARTH et C. FALCOZ, *Quels enseignements des thématiques Égalité/Discrimination/Diversité à dispenser aux futurs managers en France ?*, in *Humanisme et Entreprise* déc. 2009, n° 295.
- S. BÉAL, *Les limites à la liberté de la rupture de la période d'essai* : JCP E 2004, 646.
- S. BÉAL et C. TERRENOIRE, *Quel avenir pour la notion de travaux ayant une valeur égale ?* : *Semaine sociale Lamy* 2010, n° 1466, p. 5 et s.
- O. BEAUD, *L'affirmative action aux États-Unis, une discrimination à rebours ?* : RID comp. 1984, p. 503 et s.
- J.-M. BELORGEY, *De quelques problèmes liés à la prohibition et à l'élimination des discriminations. Essai de clarification des concepts et des éléments de droit comparé* : Dr. soc. 2002, p. 679 et s.
- J.-M. BÉRAUD, *Entretien annuel d'évaluation des salariés, consultation du CHSCT et déclaration auprès de la CNIL* : Dr. ouvrier 2008, p. 49 et s.
- A. BERNARD, *L'optimisation du contentieux par les entreprises* : D. 2009, p. 1701 et s.
- P. BERNARD, *Égalité femmes/hommes chez Eau de Paris : des résultats encourageants*, in *Personnel* mai 2007, n° 479.

C. BERSON, *Concurrence imparfaite et discrimination sur le marché du travail* : *Revue éco.* 2011, p. 409 et s.

K. BERTHOU, *Le plafonnement des indemnités de licenciement en fonction de l'ancienneté peut-il constituer une discrimination par l'âge ?* : *RDT* 2009, p. 519 et s. ; *Différences de traitement : esquisse des exigences professionnelles essentielles après la loi du 27 mai 2008* : *Dr. soc.* 2009, p. 410 et s. ; *La preuve des discriminations à l'embauche en raison de l'origine. Réflexions à partir de l'arrêt de la cour d'appel de Toulouse du 19 février 2010* : *RDT* 2010, p. 635 et s.

M.-L. BERTRAND, *Application du principe d'égalité de traitement* : *Les cahiers Lamy du CE* 2010, n° 91.

M. BIESE et A. LEFEBVRE, *Le modèle social finlandais : Liaisons sociales Europe* juin 2008.

J.-P. BONAFÉ-SCHMITT, *L'action du délégué du personnel en matière de réclamations individuelles* : *Dr. soc.* 1981, p. 637 et s.

L. BONNARD-PLANCKE et P.-Y. VERKINDT, *La lutte contre les discriminations syndicales* *Millésime* 2005 : *Dr. soc.* 2006, p. 393 et s. ; *Égalité et diversité : quelles solutions ?* : *Dr. soc.* 2006, p. 968 et s.

B. BOSSU, *Droits de l'homme et pouvoirs du chef d'entreprise : vers un nouvel équilibre* : *Dr. soc.* 1994, p. 745 et s. ; *L'action du délégué du personnel pour la défense des droits fondamentaux des salariés* : *Dr. soc.* 1998, p. 127 et s. ; *Un fait commis dans l'exercice du mandat représentatif ne peut constituer une faute* : *JCP S* 2010, 1444 ; *Discrimination syndicale, évolution de carrière et primes variables* : *JCP S* 2010, 1461.

T. BOTHUAN, *De la gestion par l'âge à la GPEC : vers une nouvelle gestion de la relation salariale* : *BS Lefebvre* 2008, p. 529 et s.

B. BOUBLI, *La discrimination et le juge des référés : l'élément intentionnel dans l'acte discriminatoire* : *Semaine sociale Lamy* 2009, n° 1422 ; *La preuve de l'élément intentionnel et le pouvoir du juge des référés* : *Semaine sociale Lamy* 2009, n° 14223.

V. BOUCHARD, *Des pouvoirs de police judiciaire de l'inspecteur du travail* : *Rev. sc. crim.* 2005, p. 273 et s.

A. BOUJKA, *Le handicap par association. Note ss CJCE, Gde chambre, 17 juill. 2008* : *RD sanit. soc.* 2008, p. 865 et s.

D. BOULMIER, *Le domicile interdit de liste électorale : un revirement qui en cache un autre* : *Dr. soc.* 2002, p. 621 et s. ; *Unicité d'instance à propos d'un non-revirement...* publié : *Dr. ouvrier* 2008, p. 453 et s.

B. BOULOC, *Note ss Cass. crim., 26 juin 2002* : *Rev. sc. crim.* 2003, p. 93 ; *Observation ss Cass. crim., 28 avr. 2009* : *RTD com.* 2009, p. 816 et s.

R. BOUMAHDHI, J.-M. LATTES et J.-M. PLASSARD, *Marché du travail et lutte contre la discrimination : une approche pluridisciplinaire* : *Dr. et société* 2002/2, n° 51-52, p. 487 et s.

F. BOUSEZ, *Observation ss Cass. soc., 12 févr. 2008* : *JCP E* 2009, 1257 ; *Exigence de présentation de la carte d'électeur par le candidat à l'embauche : l'offre d'emploi est discriminatoire* : *JCP S* 2009, 1266 ; *Action en requalification et saisine du bureau de jugement* : *JCP S* 2010, 1562.

F. BOUSEZ et M. MOREAU, *Performance et relations individuelles de travail* : *JCP E* 1997, 654.

E. BOUSSARD-VERRECCHIA, *L'abréviation de la prescription en matière de discrimination compensée par l'exigence d'une révélation informée* : *RDT* 2008, p. 679 et s.

J. BOUTON, *La HALDE et la transaction pénale* : *RDT* 2006, p. 320 et s.

R. BRIHI, *Pour ou contre le ranking ?* : *Semaine sociale Lamy* 2002, n° 1100.

T. BRILL-VENKATASAMY, *Analyse jurisprudentielle des différentes notions de discrimination raciale en droit anglais* : *RID comp.* 2003, p. 615 et s.

S. BRISSY, *Discrimination : condition d'identification d'une discrimination indirecte en raison de l'âge* : *JCP S* 2007, 1417.

M. BRUGGEMAN, *Égalité de traitement et profession indépendante : bientôt une nouvelle directive européenne* : *Dr. famille* juill. 2010, alerte 48.

A. BUGADA, *Discrimination : appréciation de la réalité de la discrimination* : JCP S 2009, 1773 ; *Présomption de discrimination et recevabilité du pourvoi* : Procédures 2010, comm. 233 ; *Constitution et droit de la défense* : Procédures 2011, comm. 138.

F. BURNIER, *La HALDE et l'entreprise, pouvoirs et enjeux* : Dr. soc. 2008, p. 1042 et s. ; *Les tests de discriminations : pratiques et perspectives*, Actes du Colloque du 11 décembre 2009 de la HALDE, p. 31 et s.

V. BUSTREEL, *La déclaration annuelle sur le handicap* : Les cahiers Lamy du CE 2011, n° 100.

M.-C. CAGNOLO, *Le handicap dans la société : problématiques historiques et contemporaines*, in *Humanisme et entreprise* déc. 2009, n° 295, p. 57 et s.

G. CALVÈS, *La discrimination positive, de quoi s'agit-il ?*, in *Alternatives économiques* juin 2005, n° 232 ; *Deux décennies mouvementées pour les politiques françaises de discrimination positive en faveur des femmes (1988-2009)* : RD sanit. soc. 2009, p. 991 et s.

G. CALVÈS et K. BERTHOU, *Sur les discriminations positives (CJCE 28 mars 2000, Badeck)* : Dr. soc. 2000, p. 901 et s.

V. CALVEZ, *Discrimination et gestion de la diversité : au carrefour des peurs dans l'organisation. Comparaisons internationales*, in *Humanisme et entreprise* déc. 2009, n° 295, p. 2 et s.

S. CANADAS-BLANC, *L'égalité salariale et professionnelle : les femmes y parviendront-elles ? À propos de la loi n° 2006-340 du 23 mars 2006* : JCP G 2006, act. 196.

X. CARSIN, *Essai professionnel en vue du recrutement et période de travail* : JCP S 2009, 1094.

P. CATALA, *La métamorphose du droit de la famille*, in 1804-2004, *Le Code civil, un passé, un présent un avenir*, Dalloz, 2004, p. 341 et s.

J. CAVALLINI, *Égalité entre les hommes et les femmes : l'âge de départ à la retraite d'un transsexuel est celui applicable au sexe acquis* : JCP S 2006, 1450 ; *Une discrimination par association fondée sur le handicap est contraire au droit communautaire* : JCP S 2008, 1549 ; *Discrimination fondée sur l'âge et justification par un but politique* : JCP S 2010, 1081 ; *Note ss CJCE, 5 mars 2009, aff. C-388/07* : JCP S 2009, 1188.

E. CEDIEY, *Les tests de discriminations : pratiques et perspectives*, Actes du Colloque, 11 déc. 2009, de la HALDE, p. 24 et s.

A. CERF-HOLLENDER, *L'extension du champ pénal de lutte contre les discriminations*, in *Mél. Ottenhof*, Dalloz, 2006, p. 367 et s.

J.-F. CESARO, *La réparation de la discrimination syndicale dans l'avancement de carrière* : JCP S 2006, 1043 ; *Le Code du travail est pavé de bonnes intentions. Loi n° 2006-340 du 30 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes* : JCP S 2006, 1273 ; *Discrimination syndicale : charge de la preuve* : JCP S 2007, 1493 ; *Preuve de l'outrage : le procès-verbal ne fait pas foi jusqu'à preuve du contraire* : JCP S 2007, 1925 ; *Le principe à travail égal, salaire égal*, in *Les principes dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation*, Dalloz, 2008, p. 95 et s. ; *Pas de nullité sans texte* : JCP S 2008, 1616 ; « *À travail égal, salaire égal* » : *vers un palmarès judiciaire des meilleurs diplômés ?* : JCP S 2009, 1005 ; *Liberté d'expression patronale et pressions à l'encontre des syndicats* : JCP S 2009, 1019 ; *Principe « à travail égal, salaire égal » : le juge et la valeur du travail* : JCP S 2009, 1533 ; *Répression de la discrimination : le Code pénal l'emporte* : JCP S 2009, 1534 ; *Le principe d'égalité prohibe les distinctions conventionnelles même non appliquées* : JCP S 2011, 1243.

F. CHALTIEL, *Les tests ADN et les statistiques ethniques devant le Conseil constitutionnel* : LPA 26 nov. 2007, n° 236, p. 4 et s.

F. CHAMPEAUX, *L'entretien d'évaluation désormais incontournable* : *Semaine sociale Lamy* 2008, n° 1344 ; *La stabilité de la jurisprudence sur la discrimination syndicale* : *Semaine sociale Lamy* 2011, n° 1477.

C. CHARBONNEAU, *Égalité des chances, le destin perturbé* : *Cah. soc. barreau Paris* 1^{er} juin 2006, n° 181, p. 253 et s.

A. CHEVILLARD, *Négociation collective d'entreprise et suppression des écarts de rémunérations entre les femmes et les hommes* : Dr. soc. 2009, p. 923 et s.

- A. CHIREZ, *Notation et évaluation des salariés* : Dr. ouvrier 2003, p. 309 et s.
- R. CHISS, *Le contentieux de la discrimination et de la rupture d'égalité : réflexion sur l'inégalité des armes* : JCP S 2010, 1339.
- A. CŒURET, *Entrave et discrimination* : Dr. ouvrier 1987, p. 447 et s. ; *Discriminations sur le lieu du travail* : CDE 2006, p. 65 et s. ; *Le droit pénal du travail à l'épreuve des discriminations*, in *Les droits et le Droit* : Mél. Bouloc, Dalloz, 2007, p. 207 et s.
- A. CŒURET et E. FORTIS, *Réprimer les discriminations depuis la loi du 27 mai 2008 : entre incertitudes et impossibilités* : AJP 2008, p. 303 et s.
- M. COHEN, *Le droit de substitution, cadeau empoisonné aux syndicats* : Dr. soc. 1990, p. 790 et s.
- L. COLLET-ASKRI, *Testing or not testing ? La chambre criminelle de la Cour de cassation valide ce mode de preuve, serait-il déloyal...* : D. 2003, p. 1309 et s.
- M. COLLIGNON-TROCME, *L'évaluation des salariés* : Les cahiers Lamy du CE 2010, n° 98.
- J. COLONNA, *Évaluation des compétences des salariés : la validité du ranking* : Dr. soc. 2003, p. 988 et s.
- D. CORRIGNAN-CARSIN, *La rupture de la période d'essai. Une autonomie sur le déclin ?* : JCP E 2005, 1241 ; *La réintégration en cas de nullité d'un licenciement économique après un PSE ne s'étend pas au groupe* : JCP G 2006, II, 10068 ; *Caractère abusif de la rupture du contrat, pendant la période d'essai, pour motif non inhérent à la personne du salarié* : JCP G 2008, II, 10005.
- J.-B. COTTIN, *Évaluation du personnel : compétence du CHSCT* : JCP S 2008, 1070.
- M.-P. COUPILLAUD, *La preuve du temps de travail : le dispositif se précise* : Dr. ouvrier 2002, p. 89 et s.
- B. COURTINE et D. BA, *L'emploi des seniors à compter de 2010* : JCP G 2009, 394.
- T. COUTROT et C. MERMILLIOD, *Les risques psychosociaux au travail : les indicateurs disponibles*, Dares Analyses, déc. 2010, n° 81.
- G. COUTURIER, *Les nullités du licenciement* : Dr. soc. 1977, p. 215 et s. ; *Négociation d'établissement et discriminations entre les salariés* : Dr. soc. 2000, p. 185 et s. ; *Sur les nullités sanctionnant l'insuffisance du plan de reclassement : dits et non-dits du premier arrêt Wolber* : Dr. soc. 2001, p. 847 et s.
- S. CRÉPON, *Belgique et France face au multiculturalisme britannique*, in *Convictions philosophiques et religieuses et droit positifs*, Bruylant, 2010, p. 366 et s.
- M.-L. CROS-COURTIAL, *Les obligations patronales à l'égard des handicapés après la loi du 10 juillet 1987* : Dr. soc. 1988, p. 598 et s.
- J.-L. DE LA CUESTA, *Les femmes en droit pénal espagnol : passé, présent, perspectives*, in *Mél. en l'honneur du professeur R. Ottenhof, Le champ pénal*, Dalloz, 2006, p. 409 et s.
- C. DABURON, *Loi relative au harcèlement moral : la reconnaissance tardive d'un risque inhérent à l'activité professionnelle* : RJS 2002, p. 719 et s.
- J. DAMON, *Les toilettes publiques : un endroit à mieux aménager* : Dr. soc. 2009, p. 103 et s.
- J. DANIEL et M. BAILLY, *Le Défenseur des droits* : JCP S 2011, 1320.
- L. DARRACQ, *La protection de la vie personnelle du salarié au travail* : Semaine sociale Lamy 1990, suppl. n° 940, p. 13 et s.
- L. DAUXERRE, *Les méthodes probatoires en droit du travail*, in *Standards, principes et méthode en droit du travail*, Economica, 2011, p. 231 et s.
- N. DAUXERRE, *La solution française à l'emploi des seniors* : JCP S 2009, 1474.
- A. DEJEAN DE LA BÂTIE et J.-P. ROBBE, *L'entretien annuel d'évaluation au service du bien-être au travail* : Cah. DRH 2010, n° 166.
- V. DELNAUD, *Prescription et discrimination* : D. 2008, p. 2533 et s.
- L. DEREPAS, *Le régime contentieux des décisions prises par la HALDE* : AJDA 2007, p. 2145 et s.

I. DESBARATS, *Entre exigences professionnelles et liberté religieuse : quel compromis pour quels enjeux ?* : JCP S 2011, 1307.

S. DETRAZ, *La discrimination par ricochet : un aspect latent du délit de discrimination* : Dr. pén. juill. 2008, étude 10 ; *Discrimination indirecte à l'embauche fondée sur la nationalité* : D. 2009, p. 997 et s. ; *Le rôle du Défenseur des droits en matière pénale : un « tout-en-un » procédural* : Dr. pén. 2011, étude 8.

A. DEVERS, *Le congé de paternité n'est pas un congé de parentalité* : JCP S 2010, 1224.

S. DEYGAS, *Est-on recevable à agir contre des recommandations de la HALDE ?* : Procédures 2007, comm. 231.

A. DI MAGGIO, J.-J. PASCAUD, R. PENALVA et J. PRUNEAUX, *Le bilan social des entreprises* : Dr. soc. 1977, p. 147 et s.

N. DION, *Le juge et le désir du juste* : D. 1999, p. 195 et s.

R.-M. DJOTANG-NGNIA, *Pour une prise en compte continue et progressive de l'ancienneté du salarié au travail* : Dr. ouvrier 2008, p. 97 et s.

L. DRAI, *Annulation d'un licenciement discriminatoire : portée de l'obligation de réintégration* : JCP S 2008, 1563.

M.-A. DRICA, *Le juge prud'homal des référés face aux discriminations* : Dr. ouvrier 1998, p. 431 et s.

E. DUBOUT, *L'interdiction des discriminations indirectes par la Cour européenne des droits de l'homme : rénovation ou révolution ?* : RTDH 2008, p. 821 et s.

F. DUMONT, *L'ancienneté : un critère à géométrie variable* : JCP S 2007, 1487.

J. DUMONT, *Le bilan social* : Dr. soc. 1978, p. 137 et s.

J.-J. DUPEYROUX, *L'âge en droit social* : Dr. soc. 2003, p. 1033 et s.

J. DUPORTAIL, *Mon patron refuse de m'embaucher parce qu'il me trouve moche* : Le Monde 18 août 2010.

F. DUQUESNE, *Harcèlement moral et subordination. Désillusions en marge de la discussion relative au harcèlement moral au travail* : D. 2001, p. 2845 et s.

M.-C. ESCANDE-VARNIOL et J.-F. PAULIN, *La performance du salarié confronté au droit du travail : Travail et emploi* avr. 2004, n° 98, p. 95 et s.

P. ÉTIENNOT, *Stage et essai en droit du travail* : RJS 1999, p. 623 et s.

D. EVERAERT-DUMONT, *Discrimination dans l'attribution de jours de congés supplémentaires* : JCP S 2011, 1323 ; *Discrimination : principe et exception au sujet d'une prime attribuée aux seuls non-grévistes* : JCP S 2011, 1329.

S. FANTONI-QUINTON et A.-M. LAFLAMME, *L'obligation de reclassement à la lumière de la notion d'accommodement raisonnable du droit canadien* : Dr. soc. 2009, p. 215 et s.

D. FASSIN, *L'invention française de la discrimination* : RF sc. pol. 2002, n° 52, p. 403 et s.

F. FAVENNEC-HERY, *La preuve face aux pouvoirs de l'employeur* : Dr. soc. 1985, p. 172 et s. ; *Vie professionnelle, vie personnelle du salarié et droit probatoire* : Dr. soc. 2004, p. 48 et s. ; *Vers un accord national interprofessionnel sur la diversité dans l'entreprise* : JCP S 2006, 1914 ; *Non-discrimination, égalité, diversité, la France au milieu du gué* : Dr. soc. 2007, p. 3 et s. ; *L'accord national interprofessionnel relatif à l'emploi des seniors : un premier pas* : JCP S 2009, 1329.

L. FERRAND, *La HALDE, bilan et perspectives* : Dr. pén. nov. 2007, 3.

J. FERRARO, *Note ss Cass. soc.*, 20 nov. 2007 : Dr. ouvrier 2008, p. 299 et s.

N. FERRÉ, *La construction juridique des discriminations : l'exemple de l'égalité Homme/Femme* : Sociétés contemporaines 2004, n° 53, p. 33 et s.

A. FERRER, *Note ss arrêt* : Dr. ouvrier 2010, p. 209.

- A. FEUERBON et P. BAILLY, *Discriminations interdites en droit du travail* : RJS 2009, p. 268 et s.
- A. FIORENTINO, *Le travail le dimanche en droit anglais : Semaine sociale Lamy* 2008, n° 1352, p. 17 et s.
- L. FLAMENT, *Le raisonnable en droit du travail* : Dr. soc. 2007, p. 17 et s. ; *L'évaluation des salariés : une obligation sous contrôle* : Cah. soc. barreau Paris 1^{er} mars 2010, n° 218, p. 63 et s. ; *Le ranking forcé* : Cah. soc. barreau Paris 1^{er} avr. 2010, n° 219, p. 93 et s.
- R.-T. FORD, *Lutter contre les discriminations raciales : les vertus de la mesure statistique*, in *Diversité et discriminations raciales, une perspective transatlantique*, Dalloz, 2009.
- D. FOREST, *Statistiques ethniques dans l'entreprise : une occasion de réformer la loi du 6 janvier 1978* : RLDI juill. 2007, n° 29.
- E. FORTIS, *Répression pénale de la discrimination syndicale et écoulement du temps* : Dr. ouvrier 2005, p. 234 et s. ; *Réprimer les discriminations depuis la loi du 27 mai 2008 : entre incertitudes et impossibilités* : AJP 2008, p. 303 et s.
- J. FOULON-PIGANIOL, *La lutte contre le racisme (Commentaire de la loi du 1^{er} juillet 1972)* : D. 1972, chron. p. 261 et s.
- S. FROSSARD, *Discriminations au travail : aperçus comparés franco-québécois*, in *Diversité et discriminations raciales, une perspective transatlantique*, Dalloz, 2009.
- O. GABRIEL-CALIXTE, *La loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations* : LPA 7 janv. 2009, n° 5, p. 3 et s.
- M. GADRAT, *Le contenu des accords de groupe* : Dr. soc. 2010, p. 651 et s.
- P. GALLOIS et A. REYMANN, *Manager presque sans stress* : Cah. DRH oct. 2010, n° 169, p. 10 et s.
- L. GAMET, *Note ss arrêt* : D. 2003, somm. comm. 2921.
- F. GARAUD, *La HALDE, chronique d'une mort annoncée* : Le Figaro 24 nov. 2010.
- A. GARDIN et A.-L. ZABEL, *Les discriminations raciales au travail* : RJS 2003, p. 87 et s.
- P. GARRONE, *La discrimination indirecte en droit communautaire : vers une théorie générale* : RTDE 1994, p. 425 et s.
- Y. GAUDEMET, *Les limites des pouvoirs des inspecteurs du travail* : Dr. soc. 1984, p. 446 et s.
- F. GAUDU, *Les nullités du licenciement et le principe pas de nullité sans texte* : Dr. soc. 2010, p. 151 et s.
- B. GAURIAU, *Les accords collectifs relatifs à la diversité* : Dr. soc. 2008, p. 1060 et s.
- R. GEOFFROY, *Le Juge des référés en droit du travail : un juge de l'illicite ?* : JCP S 2005, 1316.
- F. GIUST-DESPRAIRIES, *Le semblable comme organisateur inconscient* : Rev. internationale de Psychologie 2004/23, p. 69 et s.
- O. GODARD, *Note ss Cass. crim., 17 mars 1982* : JCP E 1993, II, 385.
- H. GOSSELIN, *À propos de la notion de discrimination indirecte* : RJS 2009, p. 533 et s.
- O. GOUT, *Une restriction contestable au pouvoir du juge de soulever d'office la nullité* : JCP G 2001, II, 10477.
- R. GRAEFFLY, *Vers une unification des politiques publiques de lutte contre les discriminations* : AJDA 2005, p. 934 et s.
- J. GRANGÉ, *Discrimination positive et expériences récentes* : Semaine sociale Lamy 2006, n° 1256.
- N. GRENET, *La HALDE, mode d'emploi* : Semaine sociale Lamy 2007, n° 1317, p. 7 et s.
- B. GRÉSY, *Égalité professionnelle : la norme et l'image* : Dr. soc. 2010, p. 135 et s. ; *Parité, parité chérie...* : D. 2010, p. 424.
- M. GRÉVY, *La sanction civile en droit du travail* : Dr. soc. 2001, p. 598 et s.

J. GRINSNIR, *Les dispositions nouvelles relatives au recrutement individuel et aux libertés individuelles* (Loi du 31 décembre 1992) : *Dr. ouvrier* 1993, p. 237 et s.

A. GUEGAN, *La nouvelle durée de la prescription : unité ou pluralité ?*, in *La réforme de la prescription en matière civile, le chaos enfin réglé ?*, Dalloz, 2010, p. 11 et s.

P. GUERDER, *La poursuite et la répression pénales des discriminations en droit du travail* : *Dr. soc.* 1995, p. 447 et s.

S. GUÉRIN, *Seniors : une richesse malmenée par les entreprises : Les cahiers Lamy du CE* 2009, n° 85.

T. GUILLEMIN, *La HALDE : halte aux discriminations ?* : *D.* 2006, p. 1625.

F. GUIOMARD et S. ROBIN-OLIVIER, *Discrimination, diversité et race : les mots et les concepts*, in *Diversité et discriminations raciales, une perspective transatlantique*, Dalloz, 2009.

V. GUIRAUDON, *Construire une politique européenne de lutte contre les discriminations : l'histoire de la directive « race »*, in *Sociétés contemporaines* 2004, n° 53, p. 11 et s.

H. GUYOT, *La prescription en droit du travail après la loi du 17 juin 2008* : *JCP S* 2009, 1450.

C. HAGUENAU-MOIZARD, *La lutte contre le racisme par le droit en France et au Royaume-Uni* : *RID comp.* 1999, p. 347 et s.

M. HARDOUIN, *Grossesse et liberté de la femme* : *Dr. soc.* 1977, p. 287 et s.

M. HAUTEFORT, *Entretiens d'évaluation : mieux vaut éviter toute mention de l'activité syndicale* : *JSL* 2009, n° 263.

F. HÉAS, *Discrimination et admission des différences de traitement entre salariés* : *JCP S* 2007, 1179 ; *Le bien-être au travail* : *JCP S* 2010, 1284 ; *État de santé, handicap et discrimination en droit du travail* : *JCP S* 2011, 1279.

P. HENRIOT, *La HALDE dans le débat judiciaire : une intervention qui suscite bien des questions* : *LPA* 9 juill. 2008, n° 137, p. 10 et s.

A. JEAMMAUD, *Les principes dans le droit français du travail* : *Dr. soc.* 1982, p. 618 et s. ; *Du principe d'égalité de traitement des salariés* : *Dr. soc.* 2004, p. 694 et s. ; *Une discrimination peut-elle être justifiée ?* : *Semaine sociale Lamy* 2008, n° 1354, p. 13 et s.

D. JEAN-PIERRE, *Un jury de concours ne peut interroger un candidat sur ses convictions religieuses ainsi que sur celles de son épouse* : *JCP A* 2008, 2108.

E. JEANSEN, *Une différence de catégorie professionnelle ne justifie pas, en soi, une différence de traitement* : *JCP S* 2009, 1451 ; *Détermination de la rémunération due pendant un congé de maternité* : *JCP S* 2010, 1388.

E. JEULAND, *Modalités de l'action en substitution d'un syndicat devant la juridiction prud'homale* : *JCP G* 2001, II, 10451.

I. JONAS et D. SEHILI, *De l'inégalité à la différence. L'argumentation naturaliste dans la féminisation des entreprises* : *Sociologie pratiques* 2007, n° 14, p. 119 et s.

T. KAPP, *L'inspection du travail face à la demande individuelle* : *Dr. ouvrier* 2002, p. 563 et s.

M. KELLER, *La forme, sœur jumelle des libertés dans l'entreprise et devant le Conseil de prud'hommes* : *Dr. ouvrier* 2007, p. 399 et s. ; *L'autonomie des actions en justice du salarié et du syndicat et la règle de l'unicité de l'instance* : *RDT* 2008, p. 404 et s.

J.-Y. KERBOUCH, *Activités sociales et culturelles et congé de formation économique, sociale ou syndicale* : *JCP S* 2008, 1378 ; *Pas de perte de salaire en raison de l'utilisation des heures de délégation* : *JCP S* 2009, 1086.

S. KERN, *Débat sur la montée en puissance de la HALDE* : *Semaine sociale Lamy* 2007, n° 1317.

B. KHIARI, A. ANZIANI, *La HALDE cannibalisée* : *Le Monde* 2 juin 2010.

J.-P. LABORDE, *Santé mentale et perte d'emploi* : *Dr. soc.* 1991, p. 563 et s.

- P. LAGESSE, *Pour ou contre le ranking ? : Semaine sociale Lamy* 2002, n° 1100.
- T. LAHALLE, *Conséquences dommageables d'une faute engageant la responsabilité d'une personne morale de droit privé* : JCP S 2009, 1012.
- P. LANGLOIS, *Discrimination, égalité et rémunération : régime et fondement* : *Semaine sociale Lamy* 2006, n° 1256.
- M.-T. LANQUETIN, *Note ss CJCE, M^{me} Dekker*, 8 nov. 1992 : D. 1992, somm. 288 ; *De la discrimination indirecte entre travailleurs masculins et féminins*, in *Le droit collectif du travail, Études en hommage à M^{me} le Professeur H. Sinay*, Peter Lang, 1994, p. 415 et s. ; *La preuve de la discrimination : l'apport du droit communautaire* : Dr. soc. 1995, p. 435 et s. ; *De l'égalité des chances. À propos de l'arrêt Kalanke*, CJCE, 17 oct. 1995 : Dr. soc. 1996, p. 494 et s. ; *Discriminations à raison du sexe. Commentaire de la directive 97/80 du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination à raison du sexe* : Dr. soc. 1998, p. 689 et s. ; *Un tournant en matière de preuve de discrimination* : Dr. soc. 2000, p. 589 et s. ; *Le principe de non-discrimination* : Dr. ouvrier 2001, p. 186 et s. ; *Vers une meilleure compréhension des exigences communautaires* : *Semaine sociale Lamy* 2008, n° 1355, p. 5 et s. ; *Discriminations : la loi d'adaptation au droit communautaire du 27 mai 2008* : Dr. soc. 2008, p. 778 et s.
- C. LANTERO, *L'impact de la reconnaissance institutionnelle des minorités sur la discrimination* : RDP 2009, p. 817 et s.
- C. LARROUMET, *Note ss Cass. 3^e civ.*, 10 avr. 1971 : D. 1974, p. 21 et s.
- J. LASSERRE CAPDEVILLE, *Le testing* : AJP 2008, p. 310 et s., spéc. p. 312.
- V. LASSERRE-KIESOW, *L'égalité* : JCP G 2010, 643.
- M. LE BARBIER LE BRIS, *L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale* : RJS 2008, p. 883 et s.
- C. LEBORGNE-INGELAERE, *La nullité de principe du licenciement motivé par une accusation de harcèlement moral* : JCP S 2009, 1225 ; *Charge de la preuve en matière de discrimination syndicale* : JCP S 2009, 1464.
- O. LECLERC, *Observations ss Cass. soc.*, 8 nov. 2006 : D. 2007, pan. 686.
- P. LE COHU, *Emploi des seniors : nouvelle donne* : Cah. DRH 2004, n° 102 ; *Négociation sur l'emploi des seniors* : Cah. DRH 2004, n° 104 ; *Emploi des seniors : les nouvelles obligations de l'employeur* : JCP S 2009, 1248 ; *L'année de la négociation sur l'emploi des seniors* : Cah. DRH 2009, n° 150.
- C. LEFRANC-HAMONIAUX, *Saisine directe du bureau de jugement prud'homal* : JCP S 2010, 1000.
- E. LÉON, *Entretien* : *Semaine sociale Lamy* 2010, n° 1471, p. 12 et s.
- A. LEPAGE, *Vie privée du salarié et droit pénal* : AJP 2005, p. 9 et s.
- A. LEPORT et H. GUYOT, *Polémique autour du pouvoir de licencier dans la SAS* : JCP S 2010, 1067.
- A. LE QUINQUIS, *L'évaluation des systèmes d'évaluation* : *Semaine sociale Lamy* 2010, n° 1471, p. 6 et s.
- L. LEROUGE, *Le rôle primordial du CHSCT en matière de prévention des risques professionnels* : RDT 2008, p. 111 et s.
- Y. LEROY, *Les éléments d'appréciation de la discrimination indirecte en matière d'égalité entre hommes et femmes* : Dr. ouvrier 2001, p. 229 et s. ; *L'égalité professionnelle, vers une approche générale et concrète* : RJS 2002, p. 887 et s.
- A. LESTER, *La législation anglaise contre la discrimination* : Dr. soc. 1987, p. 791 et s.
- A. LÉVY, *Le droit au reclassement du salarié discriminé* : *Semaine sociale Lamy* 2005, n° 1242, p. 10 et s.
- J.-P. LHERNOUD, *Le chantier des discriminations à raison de l'âge* : RJS 2007, p. 595 et s. ; *L'obligation d'adaptation du droit du travail français à la jurisprudence de la CJUE* : Dr. soc. 2010, p. 893 et s. ; *Un congé supplémentaire ne peut pas être réservé aux seules mères* : JSL 2011, n° 302, p. 10 et s.
- S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI, *M^{me} Perreux (II) – Juger des discriminations, une mission sous contrainte* : AJDA 2009, p. 2391 et s.

D. LOCHAK, *Les hommes politiques, les sages (?)... et les femmes, (à propos de la décision du Conseil constitutionnel du 18 novembre 1982)* : Dr. soc. 1983, p. 131 et s. ; *Réflexions sur la notion de discrimination* : Dr. soc. 1987, p. 778 et s.

J. LOHARD et H. GILLIER, *Vie privée et entretien annuel d'évaluation* : Cah. soc. barreau Paris 1^{er} mars 2008, n° 198, p. 105 et s.

G. LOYSEAU, *La HALDE : quelle autorité ?* : Dr. soc. 2009, p. 142 et s. ; *Les armes de la HALDE ne blessent pas le principe du procès équitable* : JCP S 2010, 1241.

P. LUBET et M. D'ALLENDE, *L'évaluation des salariés* : JCP S 2011, 1240.

F. LUCHAIRE, *Note ss Cons. const., 22 oct. 1982* : D. 1983, p. 1989 et s.

A. LYON-CAEN, *Actualité du droit du travail, bref propos* : Dr. soc. 1988, p. 540 et s. ; *L'égalité et la loi en droit du travail* : Dr. soc. 1990, p. 68 et s. ; *L'évaluation des salariés* : D. 2009, p. 1124 et s. ; *Feu la HALDE* : RDT 2011, p. 1.

G. LYON-CAEN, *Le conflit du Parisien Libéré et le système français de règlement des conflits du travail* : Dr. soc. 1977, p. 438 et s. ; *Différence de traitement ou discrimination selon l'âge* : Dr. soc. 2003, p. 1047 et s.

N. MAGGI-GERMAI, *La construction juridique du handicap* : Dr. soc. 2002, p. 1092 et s.

D. MARTIN, *Discrimination, entraves et raisons impérieuses dans le traité CE : trois concepts en quête d'identité* : Cah. dr. eur. 1998, p. 261 et s.

A. MARTINON, *Réduction de la prime d'assiduité à raison d'une activité syndicale : discrimination ?* : JCP S 2008, 1206 ; *Lorsque la justification d'une discrimination révèle une autre discrimination* : JCP S 2010, 1196 ; *Prime et grève : des liaisons dangereuses* : JCP S 2010, 1387 ; *La référence à une dénonciation de faits de harcèlement moral vicie le licenciement* : JCP S 2011, 1004.

D. MARTINS, *Les pénalités sociales : Semaine sociale Lamy 2010*, n° 1459, p. 6 et s.

H. MAS, *La différence de statut et l'application du principe à travail égal, salaire égal* : Dr. soc. 2009, p. 792 et s.

H. MASSE-DESSEN, *La résolution contentieuse des discriminations en droit du travail* : Dr. soc. 1995, p. 442 et s.

B. MATHIEU, *La loi de modernisation sociale à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité (à propos de la décision 2001-455 DC du 12 janvier 2002 du Conseil constitutionnel)* : Dr. ouvrier 2002, p. 44 et s.

L. MAUGER-VIELPEAU, *Le transsexualisme et le Code civil* : Dr. famille sept. 2005, étude 18.

Y. MAYAUD, *Discrimination syndicale et dignité de la personne*, TGI Bastia, 3 juin 1997 : Rev. sc. crim. 1998, p. 99 et s. ; *La HALDE, une trop haute autorité ? Propos hétérodoxe sur un transfert de répression* : Dr. soc. 2007, p. 930 et s.

T. MEIERS, *Le nouveau dispositif en faveur de l'insertion durable des seniors dans l'emploi : enjeux et perspectives* : RDT 2009, p. 651 et s.

F. MERCADÉ-CHOQUET, *Discrimination syndicale et inégalité probatoire* : Cah. DRH 2003, n° 93, p. 34 et s.

D. MEURS, A. PAILHE et S. PONTIHIEUX, *Enfants, interruptions d'activités et écart de salaire entre les sexes* : Rev. OFCE juill. 2010, p. 113 et s.

L. MILLET, *Les incidences en droit du travail de la réforme de la prescription* : RPDS 2008, p. 244 et s.

M. MINE, *L'interdiction de la discrimination à raison de la situation de famille s'étend au lien de filiation* : JCP E 1999, p. 1929 et s. ; *Note ss Cons. prud'h. Moulins, 27 nov. 2001* : Dr. ouvrier 2002, p. 326 et s. ; *Présomption et preuve de la discrimination en droit du travail* : JCP E 2003, p. 894 et s. ; *La discrimination raciale à l'embauche devant le juge pénal* : Dr. ouvrier 2003, p. 270 et s. ; *Discriminations, une transposition laborieuse ...* : RDT 2008, p. 532 et s. ; *Discrimination et rémunération entre les femmes et les hommes : une loi ambiguë* : RDT 2011, p. 121 et s.

M. MINE et A. CHEVILLARD, *Négociation collective d'entreprise et suppression des écarts de rémunération entre les femmes et les hommes* : Dr. soc. 2009, p. 923 et s.

C. MINET, *Présomption et preuve de la discrimination en droit du travail* : JCP E 2003, p. 894 et s.

A. MOLE et P.-Y. VERKINDT, *La CNIL et le CHSCT au chevet des systèmes d'évaluation* : *Semaine sociale Lamy* 2007, n° 1332.

F. MOLINE, *Lutte contre la discrimination et exclusion de certains motifs de discrimination*, in *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Dalloz, 2008, p. 235 et s.

M. MORAND, *Le travail du dimanche dans la loi du 10 août 2009 : commentaires* : JCP E 2009, 1912.

M.-A. MOREAU, *Travail de nuit des femmes, observations sur l'arrêt de la CJCE du 25 juillet 1991* : Dr. soc. 1992, p. 174 et s. ; *Les justifications des discriminations* : Dr. soc. 2002, p. 1112 et s.

C. MOREL, *Le droit et le réel à travers une radioscopie de la législation sur le bilan social* : Dr. soc. 1985, p. 20 et s.

A. MORICEAU, *Protection contre le licenciement d'une femme suivant un traitement de fécondation in vitro* : JCP S 2008, 1321.

A. MORLE, *La CNIL, mode d'emploi* : *Semaine sociale Lamy* 2007, n° 1332, p. 12 et s.

P. MORVAN, *Le droit pénal des institutions représentatives du personnel* : Dr. soc. 2000, p. 987 et s. ; *Notation des salariés : polémique autour du ranking (TGI Grenoble, 23 mai 2002, Hewlett Packard)* : JCP E 2002, 1042 ; *Périmètre de l'obligation de réintégration après l'annulation d'un licenciement pour absence ou insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi* : JCP E 2006, 1735 ; *La personne morale maltraitée par le droit pénal*, in *Code pénal et Code d'instruction criminelle, Livre du Bicentenaire*, Dalloz, 2010, p. 188 et s. ; *Un droit pénal de la gestion des carrières (à propos des contributions punitives et pénalités de 1 %)* : Dr. soc. 2011, p. 274 et s.

J. MOULY, *La résiliation de l'essai fondé sur un motif étranger à ses résultats. Pour une autre logique* : Dr. soc. 2005, p. 614 et s. ; *La rupture de l'essai pour un motif non inhérent à la personne du salarié : fraude, abus de droit ou absence de cause réelle et sérieuse ?* : D. 2008, p. 196 et s. ; *Le non-cumul de la période d'essai et de la période probatoire* : JCP G 2010, 1316 ; *Note ss Cass. soc., 2 juin 2010* : Dr. soc. 2010, p. 992 et s.

P.-H. MOUSSERON, *La fidélisation du personnel* : Dr. soc. 1989, p. 479 et s.

P. MOUSSY, *Le référé prud'homal face aux discriminations* : Dr. ouvrier 1992, p. 366 et s.

P. NEISS, *Faut-il supprimer la période d'essai ? La rupture du contrat en période d'essai* : RDT 2010, p. 348 et s.

S. NICOLET, *Entreprises et jeunes des quartiers sensibles : un mariage réussi* : Cah. DRH janv. 2008, n° 139.

S. NICOLET et P. BLUM, *Handicapés : le parcours du recrutement sans risques* : Cah. DRH 2010, p. 54 et s.

S. NIEL, *Comment évaluer les représentants du personnel* : Cah. DRH 2009, n° 154 ; *L'évaluation des représentants du personnel* : *Semaine sociale Lamy* 2009, n° 1390, p. 7 et s. ; *Peut-on s'opposer à la religion en entreprise ?* : Cah. DRH mars 2010, p. 12 et s., spéc. p. 14.

J. NORMAND, *Contestation sérieuse et référé à la lumière du décret n° 87-434 du 17 juin 1987* : RTD civ. 1988, p. 167 et s. ; *Référé. Le contrôle de l'illicéité manifeste du trouble par la Cour de cassation* : RTD civ. 1997, p. 216 et s.

S. NOUREDINE, *Rupture pendant la période d'essai et motif non personnel* : Cah. soc. barreau Paris 2008, n° 198, p. 103 et s.

M. NUSSEMBAUM, *L'appréciation du préjudice* : LPA 19 mai 2005, n° 99, p. 78 et s.

A. OLIVIER, *Loi sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes : la notion « d'indicateurs pertinents »* : Lexbase n° N0752AA4.

J.-M. OLIVIER, *Sur une hypothèse inédite de discrimination syndicale* : TPS 2003, comm. 403.

D. OPPENHEIMER, *Pourquoi la France se doit de recueillir des données sur l'identité raciale... à sa manière*, in *Diversité et discriminations raciales, une perspective transatlantique*, Dalloz, 2009.

P.-H. D'ORNANO, *De l'usage des moyens de preuve en droit du travail* : JCP S 2008, 1476.

Y. PAGNERRE, *Entre refus d'embauche discriminatoire et offre d'embauche discriminatoire* : JCP S 2009, 1502 ; *La responsabilité pénale des salariés en quête d'équilibre*, in *Livre du Bicentenaire du Code pénal et du Code d'instruction criminelle*, Dalloz, 2010, p. 729 et s. ; *L'intérêt de l'entreprise en droit du travail, in Standards, principes et méthode en droit du travail*, Economica, 2011, p. 63 et s.

F.-J. PANSIER, *Note ss arrêt, 18 mars 2003* : *Gaz. Pal.* 5 juin 2003, p. 1768.

E. PARDO, *Note ss arrêt* : *Dr. ouvrier* 2009, p. 553 et s.

M.-A. PÉANO, *L'intuitus personae dans le contrat de travail* : *Dr. soc.* 1995, p. 129 et s.

F. PELLETIER et I. SAUVEGRAIN, *Le stress au travail : comment négocier un accord d'entreprise ?* : JCP S 2008, 1611.

L. PERRIN, *Licenciement du salarié gréviste : pluralité de motifs* : *D.* 2009, act. jurispr. p. 2112.

R. PERROT, *La compétence du juge des référés* : *Gaz. Pal.* 1974, doct. p. 895 et s.

F. PETIT, *L'action de substitution, un cadeau promis à un avenir meilleur* : *Dr. soc.* 2004, p. 262 et s.

S. PETIT et C. COHEN, *La HALDE a-t-elle sa place devant les juridictions ?* : *D.* 2008, p. 1519 et s.

E. PHILOMENA, *Racisme et préférence pour l'identique : du clonage culturel dans la vie quotidienne*, *Actuel Marx*, 2005/2, n° 38, p. 103 et s.

E. PIERROUX, *Reclassement d'un salarié et discrimination syndicale : il entre dans les pouvoirs du juge d'ordonner le reclassement d'un salarié victime d'une discrimination prohibée* : *LPA* 2007, n° 7, p. 19 et s. ; *Le prénom de l'emploi* : *Gaz. Pal.* 7 janv. 2010, n° 7, p. 11 et s.

G. PIGNARRE, *Rémunération des heures supplémentaires : constitue une discrimination indirecte la différence de traitement entre enseignant à temps partiel et enseignant à temps plein* : *RDT* 2008, p. 317 et s.

B. PLESSIX, *Des droits nouveaux pour les citoyens* : *JCP G* 2008, I, 177.

P. POCHET, *Un salarié déclaré handicapé par la COTOREP n'a pas à révéler son état de handicapé à l'employeur* : *JCP E* 2007, 1122.

W. POHL, *Aux origines d'une Europe ethnique. Transformations d'identités entre Antiquité et Moyen Âge*, in *Annales. Histoire, Sciences sociales* 2005, p. 183 et s.

S. PONCET, *La HALDE respecte-t-elle les garanties fondamentales de la personne mise en cause ?* : *JSL* 2011, n° 291, p. 4 et s.

X. PRÉTOT, *Les obstacles légaux au recrutement*, in *Les aspects juridiques du recrutement*, Litec, 1994, p. 41 et s.

C. PUIGELIER, *Vrai, véridique et vraisemblable*, in *La preuve*, Economica, 2004, p. 195 et s.

B. PY, *Le Sexe et le Droit : un couple sulfureux*, in *Le sexe et la norme*, Presses Universitaires de Nancy, 2010, p. 15 et s.

G.-P. QUETANT, *La HALDE, bonne amie du salarié demandeur devant le conseil de prud'hommes* : *JSL* 2007, n° 223.

C. RADÉ, *Rémunération et discrimination syndicale : le droit du délégué du personnel à la légitime défense* : *Dr. soc.* 1999, p. 773 et s. ; *Note ss Cass. soc.*, 13 févr. 2001 : *Dr. soc.* 2001, p. 568 et s. ; *Le principe d'égalité de traitement, nouveau principe fondamental du droit du travail* : *Dr. soc.* 2008, p. 981 et s. ; *Note ss Cass. soc.*, 4 févr. 2009 : *Dr. soc.* 2009, p. 612 et s. ; *Nouvelles précisions sur les critères de la discrimination indirecte pour cause de maternité et de discrimination directe pour cause d'activités syndicales* : *Lexbase* n° A0686EBZ.

P. RAMBAUD, *L'égalité des sexes en droit social communautaire* : *D.* 1998, chron. p. 111 et s.

E. RAVIER, *Enjeux et mutations en matière de santé au travail* : JCP S 2010, 1319.

J.-E. RAY, *L'égalité et la décision patronale* : Dr. soc. 1990, p. 83 et s. ; *Une loi macédonienne ? Étude critique du titre V de la loi du 31 décembre 1992* : Dr. soc. 1993, p. 97 et s. ; *Comité d'entreprise, transparence et dissuasion, étude critique de l'article L. 432-2-1* : Dr. soc. 1993, p. 215 et s. ; *L'opération de recrutement*, in *Les aspects juridiques du recrutement*, Litec, 1994, p. 115 et s. ; *Vies professionnelles et vies personnelles* : Dr. soc. 2004, p. 3 et s. ; *La grève dans les transports publics. Pour une conciliation des droits* : Dr. soc. 2004, p. 747 et s.

P. RÉMY, *Le voile islamique dans les entreprises : une réponse identique des droits allemands et français ?* : *Semaine sociale Lamy* 2004, n° 1167.

J.-F. RENUCCI, *La loyauté des preuves et les procédés dit de testing* : *Rev. sc. crim.* 2002, p. 879 et s.

A. RESZLER, *Le pluralisme comme phénomène social : quelques remarques préliminaires*, in *Droit et pluralisme*, Bruylant, 2007, p. 22 et s.

B. REYNÈS, *L'ancienneté en droit du travail : quelles perspectives ?* : *RDT* 2007, p. 702 et s.

P. RIANDEY, *Note ss CA Paris, 6 juill. 2007* : *Dr. ouvrier* 2008, p. 130 et s.

M. RICHEVEAUX, *Relations de travail et lutte contre les discriminations après la loi du 16 novembre 2001* : *Dr. ouvrier* 2002, p. 290 et s.

F. RINGEL, *Le testing, mode de preuve valable des discriminations raciales* : *LPA* 6 janv. 2003, n° 4, p. 15 et s.

J. RINGELHEIM, *L'Europe en quête d'égalité : genèse de la première directive prohibant la discrimination raciale et ethnique*, in *Diversité et discriminations raciales, une perspective transatlantique*, Dalloz, 2009.

K. RIVA, *Introduction : définir l'autre en France, en Allemagne et aux États-Unis*, in *Les Codes de la différence*, Presse de Sciences Po Académique, 2005, p. 13 et s.

J.-P. ROBE et E. MAZUYER, *Faut-il faire une évaluation sociale des entreprises ?* : *RDT* 2010, p. 413 et s.

P. RONGÈRE, *À la recherche de la discrimination introuvable : l'extension de l'exigence d'égalité entre les salariés* : *Dr. soc.* 1990, p. 90 et s.

A. RONZIER-JOLY, *La seconde vie de l'article L. 422-1-1 du Code du travail* : *JCP S* 2006, 1664.

I. RORIVE, *Les tests de discriminations : pratiques et perspectives*, Actes du Colloque du 11 décembre 2009 de la HALDE.

M.-N. ROUSPIDE et S. BÉAL, *Un salarié peut refuser de se soumettre à un système de badge géré par des moyens automatisé et rendu obligatoire par le règlement intérieur s'il n'y a pas eu de déclaration à la CNIL* : *JCP E* 2004, 1022.

D. ROUX et P. VERGE, *Un milieu de travail diversifié : l'apport de l'obligation d'accommodement raisonnable selon le droit international et le droit canadien* : *JSL* 2009, n° 261.

G. ROUX, *Xénophobie, cultures politiques et théorie de la menace : une comparaison européenne* : *RF sc. pol.* 2008, vol. 58, p. 69 et s.

G. ROYER, *Les délits de discrimination syndicale et de harcèlement moral violent des valeurs sociales distinctes* : *AJP* 2007, p. 179 et s.

P. ROZEC, *Le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et la prévention des risques professionnels* : *JCP S* 2006, 1981 ; *Aperçus pratiques sur l'organisation et l'action du CHSCT* : *JCP S* 2007, 1442.

P. ROZEC et V. MANIGOT, *La place de la HALDE dans le paysage judiciaire* : *JCP S* 2010, 1294 ; *L'intervention de la HALDE : une égalité des armes en trompe l'œil ?* : *JCP S* 2011, 1070 ; *Activités syndicales et évaluation professionnelle* : *JCP S* 2011, 1260.

D. SABBAGH, *Discrimination positive et déségrégation : les catégories opératoires des politiques d'intégration aux États-Unis*, in *Sociétés contemporaines* 2004, n° 53, p. 85 et s.

T. SAGARDOYTHO, *Le droit pénal de la discrimination, un droit à construire* : *AJP* 2008, p. 313 et s.

- K. SAID, *La loi du 27 mai 2008, portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations : vers une admission d'une justification des discriminations ?* : RDT 2008, p. 389 et s.
- N. SANDRET, *Le potentiel destructeur de l'évaluation individualisée des performances* : RDT 2008, p. 501 et s.
- F. SARAMITO, *La naissance de l'Inspection du travail* : Dr. ouvrier 1992, p. 431 et s.
- P. SARGOS, *Étendue et limites de la prescription quinquennale* : Semaine sociale Lamy 2005, n° 1225.
- J. SAVATIER, *Les discriminations dans l'emploi à raison du sexe* : Dr. soc. 1984, p. 341 et s. ; *La situation, au regard du droit du travail, des pasteurs de l'Église réformée* : Dr. soc. 1986, p. 375 et s. ; *L'obligation de négociation annuelle dans l'entreprise : quelle sanction ?* : Dr. soc. 1990, p. 154 et s.
- M. SCHMITT, *La discrimination par association, nouvelle forme de discrimination prohibée par le droit communautaire* : RDT 2009, p. 41 et s.
- P.-H. SCHUCK, *Gérer la diversité sociale*, in *L'égalité* : Arch. phil. dr. 2008, Dalloz, t. 51, p. 223 et s.
- O. DE SCHUTTER, *Article 26*, in *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, Economica, 2011, p. 561 et s.
- J.-C. SCIOBEERRAS, *L'évaluation, enjeu de performance pour l'entreprise et de respect pour les salariés* : RDT 2008, p. 498 et s. ; *Travail et religion dans l'entreprise : une cohabitation sous tension* : Dr. soc. 2010, p. 72 et s.
- E. SERVERIN et T. GRUMBACH, *Le statut procédural de la HALDE devant les juridictions civiles après l'arrêt de la chambre sociale du 2 juin 2010 : ni juge, ni partie, mais représentant de l'intérêt public* : RDT 2010, p. 457 et s.
- J.-F. SEUVIC, *Circonstances aggravantes liées à la raison de la commission de certaines infractions* : art. 132-76, C. pén. : Rev. sc. crim. 2003, p. 367 et s.
- F. SIGNORETTO, *Évaluation professionnelle des représentants du personnel : le mandat syndical ou électif ne peut être pris en considération sauf accord collectif* : RDT 2011, p. 386 et s.
- P. SIMON, *La construction des discriminations*, in *Sociétés contemporaines* 2004, n° 53.
- H. SINAY, *Le travail à l'essai* : Dr. soc. 1963, p. 150 et s.
- H. SINAY et G. LYON-CAEN, *La réintégration des représentants du personnel irrégulièrement licenciés* : JCP G 1970, I, 2235.
- J.-P. SOISSON, *La loi du 2 août 1989 relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion* : Dr. soc. 1989, p. 621 et s.
- M.-A. SOURRIAC-ROTSCHILD, *Engagements et arrangements sur l'emploi : quelle efficacité juridique ?* : Dr. soc. 1997, p. 1061 et s.
- R. SPIRE, *Agir contre la discrimination syndicale au travail : le droit en pratique* : Dr. ouvrier 2006, p. 170 et s.
- F. SUDRE, *Observations* : JCP G 2008, I, 110.
- A. SUPLOT, *La protection du droit d'agir en justice* : Dr. soc. 1985, p. 774 et s. ; *Principe d'égalité et limites du droit du travail (en marge de l'arrêt Stoeckel)* : Dr. soc. 1992, p. 382 et s.
- F. TAQUET, *Les nouveaux moyens de lutte contre la discrimination* : Gaz. Pal. 2 mars 2002, n° 61, p. 2 et s.
- Y. TARASEWICZ, *Débat sur la montée en puissance de la HALDE* : Semaine sociale Lamy 2007, n° 1317, p. 10 et s.
- B. TEYSSIÉ, *La modification du contrat de travail, instrument de gestion de l'entreprise* : Dr. soc. 1986, p. 852 et s. ; *Personnes, entreprises et relations de travail* : Dr. soc. 1988, p. 374 et s. ; *À propos de la négociation collective d'entreprise* : Dr. soc. 1990, p. 575 et s. ; *Sur un fragment de la loi n° 94-126 du 11 février 1994 : commentaire de l'article L. 120-3 du Code du travail* : Dr. soc. 1994, p. 667 et s. ; *L'entreprise et le droit du travail* : Arch. phil. droit 1997, 41, p. 355 et s. ; *La preuve en droit du travail*, in *La preuve*, Economica, 2004, p. 73 et s. ; *À propos d'une obligation de négociation triennale : commentaire de l'article L. 320-2 du Code du travail* : Dr. soc. 2005, p. 377 et s. ; *Édito* : JCP S 2008, n° 40.

- J.-B. THIERRY, *Parce qu'elles ne le valaient pas bien : au sujet de l'arrêt rendu par la chambre criminelle le 23 juin 2009* : RDT 2009, p. 722 et s.
- H. TISSANDIER, *Une prime d'expatriation fondée sur la nationalité est discriminatoire* : *Semaine sociale Lamy* 2007, n° 1328, p. 2 et s.
- O. DE TISSOT, *Pour une analyse juridique du concept de dignité du salarié* : *Dr. soc.* 1995, p. 972 et s.
- S. TOURNAUX, *Les incidences en droit du travail de la loi du 17 juin 2008, portant réforme de la prescription en matière civile* : *Lexbase* n° N3769BGP.
- M. TSUJIMURA, *Notions et mesures de positive action en droit comparé*, in *Égalité des sexes : la discrimination positive en question*, Société de législation comparée, 2006, p. 21 et s.
- I. VACARIE, *Du bon et du mauvais usage des caractéristiques génétiques* : *RD sanit. soc.* 2005, p. 195 et s.
- A. VARNEK et M. KEIM-BAGOT, *Discrimination syndicale et injonction de produire une pièce détenue par l'employeur* : RDT 2009, p. 105 et s.
- J.-M. VERDIER, *Note ss Cons. prud'h. Paris, 4 juin 1996* : *Dr. ouvrier* 1996, p. 381 et s. ; *Libertés et travail. Problématiques des droits de l'homme et le rôle du juge* : *D.* 1988, chron. p. 63 et s.
- P. VERGE et D. ROUX, *Personnes handicapées : l'obligation d'accommodement raisonnable selon le droit international et le droit canadien* : *Dr. soc.* 2010, p. 965 et s.
- F. VERGNE, *Les discriminations positives en droit américain et en droit de l'Union européenne* : *Semaine sociale Lamy* 2006, n° 1256.
- M. VÉRICEL, *Égalité professionnelle entre les femmes et les hommes : les propositions du rapport Grésy* : RDT 2009, p. 594 et s.
- P.-Y. VERKINDT, *L'égalité au risque de la diversité*, in *L'égalité* : *Arch. phil. dr.* 2008, Dalloz, t. 51, p. 141 et s. ; *Réintégration de salariés licenciés pour motif économique : la Cour de cassation prend position* : *JCP S* 2005, 1035 ; *Nécessité de remplacement définitif du salarié malade : l'appréciation du juge du fond est déterminante* : *JCP S* 2005, 1175 ; *Mutation géographique et atteinte à la liberté fondamentale de choix du domicile* : *JCP S* 2006, 1381 ; *L'ANI sur la diversité, un accord à l'honneur de la démocratie sociale* : *Semaine sociale Lamy* 2006, n° 1287 ; *Protection du salarié médicalement inapte à son poste* : *JCP S* 2006, 1890 ; *L'employeur doit prendre en compte l'ensemble des critères déterminant l'ordre des licenciements* : *JCP S* 2007, 1021 ; *Travailleur handicapé. Un salarié n'a aucune obligation de révéler son état de santé ou son handicap à son employeur* : *JCP S* 2007, 1053 ; *La montée en puissance du CHSCT* : *Semaine sociale Lamy* 2007, n° 1332, p. 10 et s. ; *L'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes* : *Dr. soc.* 2008, p. 1051 et s. ; *L'évaluation du salarié sous le regard du juge* : *Dr. soc.* 2009, p. 48 et s. ; *La négociation d'entreprise sur les seniors* : *Dr. soc.* 2009, p. 915 et s. ; *Conditions du licenciement d'un salarié malade* : *JCP S* 2011, 1285.
- S. VERNAC, *L'évaluation des salariés en droit du travail* : *D.* 2005, p. 924 et s.
- E. VERNY, *Avant-propos in Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, *Rapp. C. cass.* 2008, La Documentation française.
- M. VÉRON, *Action civile des associations : peut-on assimiler déportation et racisme ?* : *Dr. pén.* 2007, comm. 33 ; *Action civile : incompétence des juridictions répressives* : *Dr. pén.* 2008, comm. 151.
- M. VERPREAUX, *Il est né le Défenseur des droits. À propos des lois du 29 mars 2011* : *JCP G* 2011, 502.
- A. VIOTTOLO, *Prescription en droit du travail : état des lieux* : *Cah. DRH* nov. 2010, n° 170, p. 22 et s.
- L. WADDINGTON, *Protection pour la famille et les amis : combattre la discrimination par association* : *Rev. du droit européen relatif à la non-discrimination* juill. 2007, p. 13 et s.
- E. WAGNER, *Note ss arrêt* : *D.* 1987, jurispr. p. 427 et s.
- P. WAQUET, *Les objectifs* : *Dr. soc.* 2001, p. 120 et s. ; *La vie personnelle du salarié*, in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du xxi^e siècle* : *Mél. J.-M. Verdier*, Dalloz, 2001, p. 513 et s. ; *Question sur le ranking* : *Semaine sociale Lamy* 2002, n° 1100, p. 7 et s. ; *Évaluation des salariés : éviter les pratiques à risque* : *Cah. DRH* 2003, n° 86 ; *Le principe d'égalité en droit du travail* : *Dr. soc.* 2003, p. 276 et s. ; *Le Bermuda ou l'emploi (Cour de cassation, ch. sociale 28 mai 2003)* : *Dr. soc.* 2003, p. 808 et s. ; *L'évaluation du personnel* : *Semaine sociale Lamy* 2003, n° 1126, p. 7 et s. ; *Retour sur l'arrêt Ponsolle* : RDT 2008, p. 22 et s. ; *Dénonciation et alarme professionnelle, quelle légalité ?* : *RJS* 2009, p. 186 et s. ; *Qu'est-ce que juger ?* : *Dr. soc.* 2010, p. 1015 et s.

V. WAUQUIER, *Preuve d'une discrimination syndicale* : D. 2001, p. 737 et s. ; Note ss Cass. soc., 10 juill. 2002 : Dr. ouvrier 2002, p. 535 et s.

P. WEIL, *Histoire et mémoire des discriminations en matière de nationalité française*, in *Vingtième siècle, Revue d'histoire* 2004, n° 84, p. 5 et s.

C. WILLMAN, *Définir la race et l'ethnie, préalable à la lutte contre le racisme en entreprise* : Dr. soc. 2007, p. 936 et s. ; *Statistiques ethniques en entreprise : le Conseil constitutionnel pose de nouvelles conditions* : Dr. soc. 2008, p. 166 et s. ; *Directive 2000/78/CE et prohibition de la discrimination par association* : Lexbase n° N3745BH ; *Discrimination raciale à l'embauche : la méthode du testing* : Lexbase n° N3320BA9.

H. ZANNAD, *Mesurer la diversité et l'impact des actions de lutte contre la discrimination : état des lieux et pistes de réflexion*, in *Humanisme et entreprise*, déc. 2009, n° 295.

J.-C. ZARCA, *Le « Défenseur des droits »* : D. 2011, p. 1027 et s.

IV. Rapports, études, sondages

P.-H. ANTONMATTEI et P. VIVIEN, *Chartes éthiques, alerte professionnelle et droit du travail*, La Documentation française, 2007.

ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport de l'Assemblée nationale n° 3502 du 6 décembre 2005 sur les politiques d'intégration des migrants dans l'Union européenne* ; *Rapport Blessig n° 847, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 30 avril 2008* ; *Rapport de l'Assemblée nationale n° 2814 enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 16 septembre 2010 sur le projet de loi (n° 2400) relatif à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*.

S. BENICHOU, *Égalité de traitement dans l'emploi : les enseignements de l'expérience américaine dans la lutte contre des discriminations fondées sur l'origine*, Rapport de la French-American Foundation, mars 2009.

L. BLIVET, *Ni quotas, ni indifférence ; L'entreprise et l'égalité positive*, Institut Montaigne, oct. 2004, spéc. p. 43.

CNIL, *Rapport de la Commission nationale de l'informatique et des libertés du 15 mai 2007 sur la mesure de la diversité et la protection des données personnelles* ; *Comm. CNIL, 11 mai 2011, L'évaluation des salariés : droits et obligations des employeurs* : JCP S 2011, act. 220.

COMMISSION EUROPÉENNE, *Le cas commercial en faveur de la diversité : bonnes pratiques sur le lieu de travail*, nov. 2005.

COUR DE CASSATION, *Rapp. C. cass. 2003, L'égalité*, La Documentation française ; *Rapp. C. cass. 2005, L'innovation technologique, ibid.* ; *Rapp. C. cass. 2008, Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation, ibid.* ; *Rapp. C. cass. 2009, Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation, ibid.* ; *Observatoire du droit européen, service des études et de la documentation de la Cour de cassation, Le droit communautaire et européen et la prohibition des discriminations en matière d'emploi*, févr. 2009, spéc. p. 73.

DELOITTE, *Rapport Deloitte, La promotion de la diversité dans les entreprises. Les meilleures expériences en France et à l'étranger*, juin 2010.

R. FAUROUX, *Rapport relatif à la lutte contre les discriminations ethniques dans le domaine de l'emploi*, remis le 8 septembre 2005 au ministre de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement.

B. GRÉSY, *Rapport préparatoire à la concertation avec les partenaires sociaux sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes*, 8 juill. 2009.

GUEGOT, *Rapport du 7 mars 2011 relatif à l'égalité professionnelle homme-femme dans la fonction publique*.

HALDE, HALDE/OIT *Perception des discriminations au travail. Regard croisé entre salarié du privé et agents de la fonction publique*, mai 2009, sondage CSA-opinion politique.

HAUT CONSEIL À L'ADMINISTRATION, *Lutte contre les discriminations : faire respecter le principe d'égalité*, rapport au Premier ministre, 1998.

ORSE, *La place des hommes dans les accords d'entreprises sur l'égalité professionnelle*, mars 2011.

SÉNAT, *La lutte contre les discriminations sur les lieux de travail*, Les documents de travail du Sénat, série législation comparée, déc. 2000 ; Rapport du Sénat n° 253, 2008 ; Rapport du Sénat n° 642 sur le mal-être au travail, 7 juill. 2010.

B. STASI, *Vers la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, rapport au Premier ministre*, La Documentation française, 2004.

V. Circulaires, Instructions techniques

Circulaire DRT n° 5 du 28 juin 1984 relative à l'application des dispositions concernant les délégués du personnel dans la loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel BOMT n° 84/31.

Circulaire DRT n° 93-10 du 15 mars 1993 relative à l'application des dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles (titre V de la loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992 relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage).

Circulaire DRT n° 96/11 du 3 décembre 1996 relative aux décisions administratives en matière de licenciement des représentants des salariés.

Instruction technique n° 2002/03 du 28 mars 2002, *Procès-verbaux de l'Inspection du travail*.

Circulaire portant sur les relations entre la HALDE et l'autorité judiciaire du 3 octobre 2005 : *BO min Justice* n° 100.

Circulaire relative à l'entrée en vigueur au 31 décembre 2005 des dispositions de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 généralisant la responsabilité pénale des personnes morales : *BO min. Justice* n° 101.

Circulaire de la Direction des affaires criminelles du 26 juin 2006 : *BO min. Justice* n° 102.

Circulaire du 19 avril 2007 concernant l'application de la loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes.

Circulaire DGEFP n° 2009-16 du 27 mai 2009 relative à l'évaluation des accords de groupe, d'entreprise ou d'établissement sur l'insertion professionnelle des travailleurs handicapés conclus dans le cadre de l'article L. 5212-8 du Code du travail. Ces informations sont primordiales pour apprécier la situation concrète de l'emploi des travailleurs handicapés dans l'entreprise.

Circulaire DGEFP-DGT-DSS n° 2009-31 du 9 juillet 2009 relative aux accords et aux plans d'action en faveur de l'emploi des salariés âgés prévus par l'article 87 de la loi 2008-1330 de financement de la sécurité sociale pour 2009.

VI. Sites internet

www.afnor.org.

www.assemblee-nationale.fr.

<http://cet.lu>.

www.charles-de-gaulle.org.

www.charte-diversite.com.

www.diplomatie.gouv.fr.

www.emploi.belgique.be.

www.halde.fr.

www.handicap.fr.

www.inrs.fr.

www.legion-etrangere.com.

www.scf.gouv.qc.ca.

www.travail-emploi-sante.gouv.fr.

Index alphabétique

(Les chiffres renvoient aux numéros des alinéas)

A

Accommodement raisonnable :

- droit interne, 442.
- Québec, 36, 439.

Action en justice :

- association, 540.
- défenseur des droits, 635.
- HALDE, 590 et s.
- syndicat, 531.

Action positive :

- approche territoriale, 171.
- Conseil constitutionnel, 167.
- en faveur des femmes, 173.
- États-Unis, 37 et s., 162, 163.
- prohibition de principe, 531 et s.

Activité politique, 362 et s.

Activité syndicale :

- critère prohibé, 359 et s.
- historique, 525.
- licenciement reposant sur l'activité syndicale, 943 et s.
- mention sur la fiche d'évaluation, 750.

Âge :

- critère prohibé, 311 et s.
- exception, 465.

Alerte professionnelle :

- label diversité, 907.
- mise en place, 908 et s.

Ancienneté, 313 et s.

Apparence physique :

- couleur de peau, 6.
- critère prohibé, 286 et s.
- rapport à la race, 287.

Assistance :

- du demandeur par la HALDE, 578 et s.
- du salarié par une association, 540, 541.
- du salarié par un syndicat, 531 et s.
- du salarié pendant l'entretien d'évaluation, 744.

Association, 540 et s.

Attestation :

- élément de preuve, 873.

Audit :

- diversité, 154 et s.
- évaluation d'un service, 677 et s.

Audition :

- de la HALDE par les juridictions, 578 et s.

- d'un cadre par la commission économique du comité d'entreprise, 521.
- par la HALDE, 612.
- par l'inspection du travail, 567.

Auteur intellectuel, 426.

B

Bilan social, 518, 519.

Bulletin de paie :

- communication, 396.
- mention prohibée, 420.

C

Caractéristique génétique :

- critère prohibé, 298, 299.

Centre pour l'égalité de traitement, 574.

Circonstances aggravantes, 244 et s.

Comité d'entreprise :

- auteur de discrimination, 508.
- évaluation, 671 et s.
- information, 517 et s.
- interaction avec les délégués du personnel, 506.
- procédure de recrutement, 513 et s.

Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) :

- évaluation, 679 et s.
- expert, 683.

Comité élargi de la diversité, 138.

Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) :

- alerte professionnelle, 908 et s.
- évaluation, 662 et s.
- statistique ethnique, 148, 149.

Communautarisme :

- britannique, 34 et s.
- discrimination indirecte, 238 et s.

Concours :

- infractions (d'), 564.
- modalité de recrutement, 700.

Contradictoire :

- enquête de la HALDE, 617 et s.
- injonctions contradictoires, 179.
- respect par la HALDE, 593 et s.

Contrôle judiciaire :

- critiques, 471.
- différences de traitement, 478 et s.

Conviction religieuse :

- Allemagne, 350.
- circonstances aggravantes, 244.
- contrainte intellectuelle, 446 et s.
- critère prohibé, 346 et s.
- Grande-Bretagne, 34 et s.
- Juifs, 7.
- Québec, 36.
- voile, 347.

Correspondant égalité des chances, 139.

CV anonyme, 703 et s.

D

Défenseur des droits :

- missions, 634, 635.
- pouvoirs, 636.

Délégué à l'égalité, 140.

Délégué du personnel :

- droit d'accès aux documents, 488.
- droit d'enquête, 489 et s.
- liberté de circulation, 486.
- relation avec l'Inspection du travail, 505.

Dignité :

- évaluation, 657.
- fondement de la prohibition des discriminations, 6, 59, 863.

Diplôme :

- justification des différences de traitement, 712 et s.
- offre d'emploi, 385.

Discrimination :

- continue, 853.
- critères, 25, 280 et s.
- définition, 12, 78 et s.
- distinction avec l'égalité de traitement, 57 et s.
- indirecte, 197 et s.
- par association, 366.
- positive, 161.
- semi-directe, 207 et s., 255.

Diversité :

- accord national interprofessionnel, 117.
- définition, 120.

E

Égalité :

- principe d'égalité des armes :
contentieux de la discrimination, 842 et s.
HALDE, 593 et s.
- principe d'égalité de traitement, 57 et s.

Entrave :

- délit d'entrave, 265 et s.

Équité :

- défenseur des droits, 636.
- HALDE, 605 et s.

Essai professionnel, 721 et s.

État de santé :

- critère prohibé, 319 et s.

Ethnie :

- circonstance aggravante, 244.
- critère prohibé, 286 et s.

Évaluation :

- CNIL, 622 et s.
- critère d'évaluation, 652 et s.
- information :
CHSCT, 679 et s.
comité d'entreprise, 671 et s.
des salariés, 666 et s.
- méthodes d'évaluation, 737 et s.
- salariés absents, 733.
- salariés protégés, 748 et s.

Exigence professionnelle essentielle :

- critiques, 456, 466.
- notion, 462 et s.

G

Gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC), 784 et s.

Grève :

- accord de fin de conflit, 818.
- critère prohibé, 354 et s.
- historique, 28.
- licenciement, 943.

H

HALDE :

- action publique, 623 et s.
- assistance, 578 et s.
- composition, 573.
- disparition, 633.
- intervention devant les juridictions, 590 et s.
- investigations, 612.
- médiation, 620 et s.
- propositions de modifications législative et réglementaire, 604 et s.
- recours contre les décisions de la HALDE, 629 et s.
- respect par la HALDE du principe d'égalité des armes, 654 et s.
- transaction, 626 et s.

Handicap :

- critère prohibé, 319 et s.
- droit d'action des associations, 540 et s.
- négociation obligatoire, 798 et s.
- obligation d'emploi, 795 et s.

Harcèlement :

- concours d'infraction, 264.
- sanction disciplinaire, 960.

Homme essentiel, 95.**I****Image de l'entreprise :**

- accord transactionnel, 813.
- atteinte, 957.

Immunité disciplinaire, 430.**Individualisation des rapports de travail :**

- discrimination, 179,
- évaluation, 694 et s.

Injonction discriminatoire, 426 et s.**Inspecteur du travail :**

- audition, 567.
- droit d'accès aux documents, 564.
- investigation, 563.
- salariés protégés, 554 et s.

Intérêt à agir :

- discrimination indirecte, 236.

Intérim :

- refus d'embauche, 413.

Investigation :

- délégués du personnel, 488 et s.
- HALDE, 612.
- inspection du travail, 563.

J**Justification :**

- discrimination indirecte, 430.
- non pertinente, 458 et s.
- objective, 405 et s.
- relative, 460.

L**Label diversité :**

- alerte professionnelle, 907.
- présentation, 129 et s.

Liberté d'expression :

- employeur, 422.
- salariés, 361.

Liste :

- critères prohibés, 280 et s.

M**Mannequin, 454 et s.****Maternité :**

- impact sur l'évaluation, 733 et s.
- protection, 318 et s.

Médiation :

- défenseur des droits, 634.
- HALDE, 620 et s.

Mesure d'instruction :

- contenu, 896.
- pouvoir du juge, 894.
- temps des mesures, 899.

Mesure discriminatoire, 421.**Mœurs :**

- critère prohibé, 334.

Multiculturalisme :

- britannique, 34 et s.

N**Nation :**

- circonstance aggravante, 244.
- critère prohibé, 286 et s.

Négociation collective de branche :

- égalité professionnelle, 761 et s.

Négociation collective d'entreprise :

- conditions d'indemnisation, 811 et s.
- égalité professionnelle, 766.
- handicap, 795 et s.
- innovation par la négociation collective, 825 et s.
- senior, 782 et s.
- situation professionnelle des syndicalistes, 756.

Nom :

- changement de nom, 288.
- critère prohibé, 286.

O**Objectifs :**

- adaptation à l'activité syndicale, 751.
- évaluation, 658 et s.

Obstacle à contrôle :

- accès aux documents, 564.
- audition des salariés, 567.

Offre d'emploi :

- discriminatoire, 407 et s.
- Pôle emploi, 418 et s.
- réservée aux enfants du personnel, 340.

Opinion politique :

- contrainte intellectuelle, 433 et s.
- critère prohibé, 362 et s.

Origine :

- critère prohibé, 294 et s.
- origine sociale, 120, 189.

Orientation sexuelle :

- circonstance aggravante des infractions, 244.
- critère prohibé, 334.
- historique, 8.

P

Parquet :

- rapport avec la HALDE, 623.

Paternalisme, 834.

Peine, 957 et s.

Période d'essai :

- essai professionnel, 722, 723.
- motifs de rupture, 727.
- reprise d'ancienneté, 716.

Pôle emploi :

- offre d'embauche discriminatoire, 418, 419.

Politique territoriale, 171 et s.

Préférence des clients, 463.

Préjudice :

- détermination, 935.
- réparation, 933.

Prescription :

- délai, 849.
- intervention de la HALDE, 591.
- point de départ, 844.
- réforme, 842.

Présomption d'innocence, 257, 892.

Preuve :

- aménagement, 871 et s.
- comparaison, 433.
- élément, 882 et s.
- statistique, 217 et s.

Procédure accélérée :

- enquête des délégués du personnel, 494.

Propositions :

- critère de l'apparence physique et du nom, 292.
- détermination du préjudice de la victime, 936.
- évaluation des salariés protégés, 751.
- harmonisation des informations remises au comité d'entreprise, 523.
- intervention des autorités administratives indépendantes, 598, 603.
- point de départ du délai de prescription, 846.
- responsabilité pénale de la personne morale, 919.

Protection des témoins, 375 et s.

Q

Questionnaire d'embauche, 393 et s., 469.

Quotas :

- discrimination positive, 162 et s.
- position interne, 167 et s.

R

Race :

- critère prohibé, 286 et s.

Raisnable, 444.

Ranking, 739.

Reclassement, 952.

Recrutement :

- comité d'entreprise, 513 et s.
- procédure de recrutement, 700 et s.

Référé, 861 et s.

Refus d'embauche :

- discriminatoire, 407 et s.
- droit finlandais, 949.

Réintégration :

- périmètre, 949.
- principe, 948.

Requalification :

- CDD en CDI par la HALDE, 583.
- pouvoir du juge, 72.

Responsabilité pénale :

- exécutant, 429.
- personne morale, 914 et s.

S

Sanctions :

- civiles, 931 et s.
- extrajudiciaires, 959 et s.
- pénales, 957 et s.

Senior :

- négociation collective, 785 et s.

Sexe :

- critère prohibé, 302 et s.

Situation de famille :

- comité d'entreprise, 509.
- critère prohibé, 340 et s.

Statistique ethnique :

- critique, 156.
- régime juridique, 147 et s.

Syndicat :

- action de substitution, 531 et s.
- position sur les discriminations, 525 et s.

T

Témoin :

- protection, 375 et s.

Test :

- de discrimination, 398 et s.

Théorie :

- baïonnettes intelligentes (des), 429.
- minimisation du préjudice (de la), 858 et s.

Transaction :

- dans le cadre d'un accord d'entreprise, 818.
- sous l'égide de la HALDE, 626 et s.
- sous l'égide du Défenseur des droits, 636.

Transaction pénale, 626 et s.

Transsexualisme, 306 et s.

U

Unicité de l'instance :

- action de substitution des syndicats, 536 et s.

Urgence :

- référé, 861 et s.

V

Ventilation :

- préjudices, 842 et s.

W

Whistleblowing :

- alerte professionnelle, 906 et s.

Table des matières

Préface.....	XI
Sommaire.....	XIII
Introduction.....	1
§ 1. – Un terrain accidenté.....	2
§ 2. – Une construction laborieuse.....	6
§ 3. – Un édifice déstabilisé.....	12

PREMIÈRE PARTIE

LA DÉTERMINATION DU RISQUE

Titre 1 : L'IDENTIFICATION DU RISQUE

Chapitre 1 : LES FRONTIÈRES DU RISQUE.....	23
Section 1 : LES FRONTIÈRES DÉTERMINÉES.....	23
§ 1. – La différence neutralisée.....	23
A. – Des confusions contestables.....	24
1° La multiplication des confusions.....	24
2° Les effets des confusions.....	28
B. – Des distinctions fondées.....	30
1° Des périmètres distincts.....	30
2° Des sanctions différentes.....	39
§ 2. – La différence recherchée.....	40
A. – L'entreprise, moteur de la diversité.....	42
1° La promotion de la diversité.....	42
2° Les outils de la diversité.....	48
B. – L'entreprise, vecteur d'actions positives.....	55
1° Le cercle de l'admissible.....	56
2° La sanction de l'inadmissible.....	63
Section 2 : LES FRONTIÈRES INDÉTERMINÉES.....	65
§ 1. – La discrimination indirecte : une extension incertaine.....	66
A. – Une notion imposée par le droit européen.....	66
1° Une définition source d'insécurité.....	66
2° Une définition à affiner.....	69
B. – Une notion déstabilisée par la preuve.....	71
1° La preuve par la démonstration.....	71
2° La preuve par l'absence de justification.....	75
C. – Une notion contestée en droit interne.....	75
1° Une notion facteur d'insécurité juridique.....	75
2° Une notion facteur de rupture d'égalité.....	76
§ 2. – La sanction pénale : une répression imprécise.....	79
A. – Les spécificités de la répression.....	81
1° Le concours des codes.....	82
2° Le concours des infractions.....	85

B. – Les incohérences de la répression.....	88
Chapitre 2 : LES COMPORTEMENTS À RISQUE.....	91
Section 1 : LES COMPORTEMENTS PROHIBÉS.....	92
§ 1. – Les salariés à risque.....	92
A. – Les salariés directement à risque.....	92
1° Les critères de distinction illicites subis.....	93
2° Les critères de distinction illicites choisis.....	108
B. – Les salariés indirectement à risque.....	120
1° La discrimination par association.....	120
2° Les témoins de discriminations.....	124
§ 2. – Les mesures interdites.....	126
A. – La protection au temps de l'avant-contrat.....	127
1° L'interdiction au temps de l'offre.....	129
2° L'interdiction au temps du choix.....	129
3° La sanction de l'interdit.....	136
B. – La protection lors de l'exécution du contrat.....	141
1° La notion de mesure discriminatoire.....	141
2° La notion de traitement moins favorable.....	145
Section 2 : LES COMPORTEMENTS VALIDÉS.....	152
§ 1. – Les comportements réglementairement admis.....	153
§ 2. – Les comportements judiciairement tolérés.....	155
A. – Les éléments classiques.....	155
B. – Un élément nouveau.....	156
1° L'émergence de la notion.....	156
2° Les risques de la notion.....	159
Titre 2 : LA RÉVÉLATION DU RISQUE	
Chapitre 1 : LA RÉVÉLATION INTERNE.....	167
Section 1 : LA RÉVÉLATION PAR LES REPRÉSENTANTS DU PERSONNEL.....	167
§ 1. – La révélation par les délégués du personnel.....	168
A. – Les compétences propres des délégués du personnel.....	168
1° Les attributions générales.....	168
2° L'enquête spécifique.....	169
B. – Le rôle de liaison avec l'inspection du travail.....	175
§ 2. – La révélation par le comité d'entreprise.....	176
A. – La révélation du risque à l'embauche.....	178
B. – La révélation du risque après l'embauche.....	180
Section 2 : LA RÉVÉLATION PAR LES REPRÉSENTANTS DES SYNDICATS.....	183
§ 1. – La position des syndicats en matière de discrimination.....	184
§ 2. – L'action des syndicats en matière de discrimination.....	185
A. – Le syndicat, auteur des poursuites pour le compte de la victime.....	185
1° L'action de substitution.....	185
2° L'articulation des actions.....	188
B. – La concurrence de l'action des associations.....	189
Chapitre 2 : LA RÉVÉLATION EXTERNE.....	193

Section 1 : LA RÉVÉLATION DES DISCRIMINATIONS PAR L'INSPECTION DU TRAVAIL.....	193
§ 1. – La compétence de l'inspection du travail.....	194
A. – Une compétence spécifique.....	194
B. – Une compétence générale.....	196
§ 2. – Les moyens de l'inspection du travail.....	197
A. – Les investigations.....	198
B. – Les contraintes.....	200
Section 2 : LA RÉVÉLATION PAR DE HAUTES AUTORITÉS.....	200
Sous-section 1 : LA HAUTE AUTORITÉ DE LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS	
ET POUR L'ÉGALITÉ (HALDE).....	201
§ 1. – Des missions antinomiques.....	203
A. – L'assistance de la victime.....	203
1° Une assistance individualisée.....	203
2° Une extension de l'assistance.....	204
B. – Le conseil de l'autorité.....	206
1° Les interventions auprès du pouvoir judiciaire.....	207
2° Les propositions de modifications législative et réglementaire.....	211
§ 2. – Des pouvoirs peu encadrés.....	213
A. – Des pouvoirs substantiels.....	213
1° Des pouvoirs autonomes.....	213
2° Le pouvoir sous tutelle.....	218
B. – Des recours inexistantes.....	219
1° L'absence de recours contre les décisions de la HALDE.....	219
2° Une absence regrettable de recours ?.....	220
Sous-section 2 : LE DÉFENSEUR DES DROITS.....	222

DEUXIÈME PARTIE

LA GESTION DU RISQUE

Titre 1 : L'ÉVICTION DU RISQUE

Chapitre 1 : LES DISPOSITIFS INDIVIDUELS D'ÉVICTION DU RISQUE.....	229
Section 1 : L'ENCADREMENT DE L'ÉVALUATION.....	230
§ 1. – Les qualités requises de l'évaluation.....	232
A. – L'exigence de pertinence.....	232
1° La pertinence des critères d'évaluation.....	233
2° La pertinence des résultats de l'évaluation.....	235
B. – L'exigence de transparence.....	236
1° L'information hors de l'entreprise.....	237
2° L'information dans l'entreprise.....	238
§ 2. – Les risques de dérives de l'évaluation.....	245
A. – L'évaluation individuelle, facteur de stress.....	245
1° Les objectifs.....	245
2° Les critères.....	247
B. – L'évaluation individuelle, facteur de dislocation.....	247
1° L'isolement du salarié.....	248
2° La contestation de la collectivité.....	248

Section 2 : LA MISE EN ŒUVRE DE L'ÉVALUATION INDIVIDUELLE	249
§ 1. – L'évaluation à la naissance du contrat	249
A. – L'évaluation abstraite	250
1° Le support de l'évaluation	250
2° L'objet de l'évaluation	252
B. – L'évaluation concrète	255
1° Les essais professionnels	255
2° La période d'essai	257
§ 2. – L'évaluation au cours du contrat	260
A. – Les salariés non spécialement protégés	260
1° Les méthodes d'évaluation	260
2° Le déroulement de l'évaluation	264
B. – Les salariés spécialement protégés	267
1° La soumission aux normes générales	267
2° L'application des normes particulières d'évaluation	269
Chapitre 2 : LES DISPOSITIFS COLLECTIFS D'ÉVICTION DU RISQUE	273
Section 1 : L'ÉVICTION PAR LA NÉGOCIATION OBLIGATOIRE	273
§ 1. – Les négociations sur l'évolution dans l'emploi	274
A. – Des obligations disparates	274
1° La négociation au niveau de la branche	275
2° L'enchevêtrement de la négociation au niveau de l'entreprise	276
B. – Des effets incertains	279
§ 2. – Les négociations sur le maintien dans l'emploi	282
A. – Les négociations sur les seniors	282
1° Le domaine de la négociation	283
2° Les limites aux effets de la négociation	287
B. – Les négociations sur les handicapés	288
1° L'emploi, objet d'une négociation	289
2° L'accord, modalité d'une obligation	291
Section 2 : L'ÉVICTION PAR LA NÉGOCIATION FACULTATIVE	294
§ 1. – Les dispositifs curatifs	294
A. – La négociation de l'accord	294
B. – Les effets de l'accord	296
1° L' <i>instrumentum</i>	296
2° Les <i>negotia</i>	297
§ 2. – Les dispositifs préventifs	298
A. – Une liberté	298
B. – Des contraintes	299
1° Des contraintes économiques	300
2° Des contraintes juridiques	301
Titre 2 : LA RÉALISATION DU RISQUE	
Chapitre 1 : LE RÉGIME DU CONTENTIEUX	305
Section 1 : LE TEMPS DU CONTENTIEUX	305
§ 1. – Les effets du temps sur l'action	306
A. – L'ouverture de l'action	306

1° Le point de départ relatif du délai d'action.....	308
2° Le point de départ absolu du délai de prescription.....	309
B. – L'issue du contentieux.....	311
1° L'indifférence du temps sur la réparation du préjudice.....	311
2° L'indifférence contestée du temps sur la réparation du préjudice.....	312
§ 2. – Les effets du temps sur la procédure.....	313
A. – La procédure de référé : une compétence proclamée.....	313
B. – La procédure de référé : une compétence contestée.....	315
Section 2 : LE TRAITEMENT DU CONTENTIEUX.....	316
§ 1. – L'équilibre institué.....	317
A. – Un mécanisme imposé.....	317
1° L'impulsion européenne.....	317
2° La réception jurisprudentielle.....	319
3° La consécration législative.....	321
B. – Un mécanisme équilibré.....	321
1° L'insinuation du doute.....	322
2° La dissipation du doute.....	324
§ 2. – Le déséquilibre provoqué.....	325
A. – Les mesures d'instruction imposées.....	325
B. – Des conditions de reconnaissance des discriminations facilitées.....	328
Chapitre 2 : LES SANCTIONS DES DISCRIMINATIONS.....	331
Section 1 : LES DESTINATAIRES DES SANCTIONS.....	331
§ 1. – Les personnes physiques.....	332
§ 2. – Les personnes morales.....	334
A. – Des conditions strictes d'engagement de la responsabilité des personnes morales.....	334
1° Une discrimination commise par les organes ou représentants de la personne morale.....	334
2° Une discrimination commise pour le compte de la personne morale.....	336
B. – Une interprétation extensive.....	337
1° L'extension de la notion de représentation.....	337
2° La consécration de l'autonomie pénale de la personne morale.....	338
Section 2 : LE CONTENU DES SANCTIONS.....	339
§ 1. – Les sanctions judiciaires.....	339
A. – Les sanctions civiles.....	339
1° L'effacement de l'illégalité.....	340
2° L'enracinement de la légalité.....	345
B. – Les sanctions pénales.....	349
1° Les sanctions inhérentes à l'incrimination générale.....	349
2° Les sanctions inhérentes aux incriminations spécifiques.....	349
§ 2. – Les sanctions extrajudiciaires.....	350
Conclusion générale.....	353
Bibliographie.....	355
Index alphabétique.....	375

Photocomposition Nord Compo Multimédia
59650 Villeneuve-d'Ascq

Le traitement juridique de la discrimination dans l'entreprise

La gestion d'une entreprise expose l'employeur au risque de discrimination. Dans son acception originelle, la notion de discrimination vise les distinctions reposant sur un critère illicite. La mise en œuvre effective de la prohibition des discriminations amène le juge à exiger de l'employeur qu'il justifie de façon pertinente ses décisions. L'entreprise est sommée de développer des outils lui permettant d'apprécier de manière objective les compétences de ses salariés.

Au-delà de cet objectif initial, la lutte contre les discriminations doit dorénavant faciliter l'intégration d'un public défavorisé. Les notions d'égalité professionnelle, de diversité, d'actions positives et de discriminations indirectes font aujourd'hui partie du vocabulaire des entreprises. Bien que ces dernières ne disposent pas toujours de leviers d'action efficaces pour agir, elles sont contraintes par les pouvoirs publics de négocier sur certains thèmes pour résorber les inégalités.

L'employeur responsable ne peut ignorer cette métamorphose du concept de discrimination. Il doit déterminer les nouvelles frontières de ce risque afin de mettre en œuvre les dispositifs adéquats pour faire obstacle à sa réalisation.

L'auteur

VINCENT MANIGOT, docteur en droit de l'université Panthéon-Assas (Paris II), est juriste en droit social au sein du cabinet Praxes Avocats.

***Planète Social** est un fond de dotation qui a pour objet principal, d'une part, de promouvoir les bonnes pratiques sociales pour favoriser le développement économique, social et de l'emploi des entreprises industrielles de toutes tailles au niveau national et international, d'autre part, de favoriser en partenariat avec l'Université, les Grandes Écoles et la recherche, le développement d'une culture managériale qui intègre la dimension humaine et sociale au cœur de la stratégie des entreprises.*

VB440901

Prix : 45 €

EAN : 978-2-7110-1788-1
www.lexisnexis.fr



Couverture : LCG Concepts



9 782711 017881