

COMPTRASEC

// Centre de droit comparé du travail et de la sécurité sociale //

Working Papers

WPS/2015/15

<http://comptrasec.u-bordeaux.fr/working-papers>

«Des espaces d'innovation française en droit de la non discrimination à la lumière du droit européen et du droit américain»

Marie Mercat-Bruns // _____

Ce Working Paper peut être librement téléchargé. Toute autre reproduction ou diffusion sous quelque format que ce soit nécessite l'accord préalable de son ou ses auteur(s) et du laboratoire COMPTRASEC. Le format de citation est précisé à la page suivante (références du document) et doit comporter le nom de l'auteur, le titre, COMPTRASEC-WPS/l'année de publication/le numéro de publication, tels qu'ils figurent dans le cadre ci-dessus.



Des espaces d'innovation française en droit de la non discrimination à la lumière du droit européen et du droit américain

Marie Mercat-Bruns - Maître de conférences HDR au CNAM, Paris
Professeure affiliée à l'École de droit de Science Po

Novembre 2015

ABSTRACT

A set of examples gives a comprehensive overview of decisions and legislative proposals that illustrate the way France has appropriated the right to nondiscrimination in employment.

In the light of European law and American law, this presents an opportunity to reflect upon the contemporary forms of discrimination at the workplace.

KEYWORDS: indirect discrimination, systemic discrimination, innovative French case law, proportionality test, employment discrimination, bias, american employment discrimination law, current forms of discrimination, transnational and global law, discrimination in European social law.

RÉSUMÉ

A travers une série d'exemples, il est possible de dresser un panorama de décisions et de propositions législatives qui illustrent une appropriation française du droit de la non discrimination dans l'emploi.

A l'aune du droit européen et du droit américain, c'est l'occasion de réfléchir aux figures contemporaines de la discrimination au travail.

MOTS CLÉS : discrimination indirecte, discrimination systémique, innovations dans la jurisprudence française, contrôle de proportionnalité, discrimination dans l'emploi, préjugés discriminatoires, droit américain de la discrimination, figures contemporaines de la discrimination, droit transnational et global, discrimination en droit social européen.

RÉFÉRENCES DU DOCUMENT

RÉF. M. Mercat-Bruns, COMPTRASEC-WPS/2015/15, Novembre 2015.

© COMPTRASEC - 2015
Information et soumission des textes :
alexandre.charbonneau@u-bordeaux.fr

COMPTRASEC - UMR 5114
Université de Bordeaux
Avenue Léon Duguit
33608 Pessac Cedex
FRANCE.
<http://comptrasec.u-bordeaux.fr/>

Le COMPTRASEC publie des Working Papers (WPS) en lien avec son séminaire annuel de recherche, reprenant les interventions des conférenciers invités depuis 2012. Les WPS ne constituent pas des contributions finalisées. Ils documentent les thématiques traitées, déterminées selon les axes de recherche qui gouvernent la vie du laboratoire. Le dépôt d'un WPS est une démarche volontaire et facultative de la part des chercheurs invités.

COMPTRASEC publishes Working Papers (WPS) connected with its annual research seminar, containing the speakers's contributions since 2012. The WPS are not finalized papers which document the treated thematic, determined in regard with the COMPTRASEC research area. The submission is voluntary and optional for the visiting scholars.

Des espaces d'innovation française en droit de la non discrimination à la lumière du droit européen et du droit américain

Notre réflexion part de l'émergence non négligeable en France de décisions jurisprudentielles et de propositions législatives relatives au droit de la non discrimination dans l'emploi. Ce constat incite à sonder cette évolution pour comprendre dans quelle mesure elle révèle une appropriation française de ce droit. Chemin faisant, les exemples, à la lumière du droit européen et américain, permettent de réfléchir aux figures contemporaines de la discrimination au travail.

Une série de conjectures se pose d'emblée. Le constat d'une diversification¹ des figures de la discrimination en France est-il de bonne augure ou manifeste-t-il certaines limites de ce droit ? On assiste à un développement du droit de la non discrimination dans plusieurs sens : un droit parfois sans victime désignée², parfois sans intention³, parfois sans imputabilité d'un auteur unique⁴.

Une réflexion préalable s'impose à la fois sur les tensions que suscite ce droit dans un contexte plus large de droit de l'emploi, les enjeux de ce droit en termes d'échelle ainsi que ses dimensions transnationales et systémiques.

Tensions

Certaines questions sont toujours en filigrane en droit de la non discrimination: observons-nous une nouvelle articulation du droit de la non discrimination avec les mécanismes de protection traditionnels du droit du travail ? Une extension du droit de la non discrimination renforce-t-il ou dilue-t-il son impact réel ? La loi et la jurisprudence reflètent-elles la circulation de concepts et argumentations sur la discrimination et font-ils l'objet de la même appropriation dans chaque pays ? Autrement dit, les pays empruntent-ils une même vision anthropologique des droits de l'homme (attachement au sujet universel et les droits fondamentaux de la personne au travail) ou au contraire, s'inscrivent-ils dans un mouvement de contextualisation de plus en plus fort de ce droit selon les critères prohibés ? Comment expliquer la faible visibilité, dans le contentieux civil, de certaines discriminations comme la discrimination raciale et la discrimination fondée sur le jeune âge ? Le droit de la non discrimination contribue-t-il à créer de nouveaux groupes de victimes selon les nouveaux critères de discrimination ou s'insère-t-il encore dans une logique plutôt individuelle ? Si le contentieux est la voie privilégiée de l'exercice du droit à la non discrimination ne pose-t-il pas une question d'accès au droit et à la justice ?

Dimensions transnationales

Sur un plan **méthodologique**, nos recherches s'inscrivent dans une perspective transnationale. L'impulsion européenne du droit de la non discrimination se double d'une circulation internationale des idées et des concepts sur la discrimination qui sont assimilés différemment selon les pays⁵.

1 Le droit de la non discrimination en France s'enrichit presque annuellement de nouveaux critères : l'identité sexuelle (2012), la résidence (2014), la perte d'autonomie (2015).

2 CJUE Soc. 10 juillet 2008, Aff. C-54/07 Feryn ; CJUE 25 avril 2013 C-81/12 Accept.

3 On pense à la discrimination indirecte.

4 V. M. Mercat-Bruns, L'identification de la discrimination systémique, *RDT* 2015, p.672.

5 V. Comparaison en cours sur la mise en oeuvre du droit de la non discrimination dans les différents pays du monde en préparation du Congrès International de Droit Comparé sur le même thème à Montevideo, Uruguay (Actes du Congrès chez Springer en 2017).

Les principes d'égalité et de non discrimination sont profondément ancrés en droit européen et dans les Traités et ont donné lieu à une construction très solide de jurisprudence européenne et de droit interne dans les Etats membres. L'égalité a été consacrée comme un droit fondamental de l'UE par la CJUE: « l'égalité de traitement entre hommes et femmes est un droit fondamental, faisant partie des principes généraux de l'UE dont la Cour doit garantir le respect⁶ ». Cette légitimité a été renforcée avec l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, qui fait partie intégrante des Traités depuis le Traité de Lisbonne. Au-delà de la libération aux entraves au marché, on voit émerger une perception de la non discrimination qui s'inscrit parfois dans la reconnaissance des droits humains plus localisés comme l'illustrent l'arrêt étonnant qui concerne la communauté des Roms et son incidence sur la hauteur des poteaux électriques d'un quartier⁷ ou la mention, dans les directives, du risque plus élevé de discriminations multiples envers les femmes⁸. Le Traité d'Amsterdam de 1997, (art. 13 aujourd'hui art. 19) a renforcé encore davantage ce corpus juridique en étendant la portée du droit de la non discrimination à d'autres critères : la religion, l'âge, le handicap⁹ et l'orientation sexuelle¹⁰. Ont été adoptées dans la foulée les directives principales en matière de discrimination relatives à l'emploi¹¹. La transposition, encore incomplète,¹² des directives en France s'est faite en deux temps par l'adoption des lois de 2001 et de 2008¹³.

C'est précisément la jurisprudence interne qui retient notre attention¹⁴. Elle offre son interprétation du droit de la non discrimination qui peut inciter, dans une perspective transnationale, à une fertilisation croisée des lectures du droit entre les États. Dans un contexte de mondialisation, les enjeux économiques, sociologiques et juridiques de la non discrimination sont de plus en plus visibles et s'inscrivent dans une dynamique commune à plus grande échelle. Se posent alors des défis non seulement à propos de l'effectivité de ce droit mais aussi à propos de sa capacité à agir comme un instrument d'intégration, de cohésion sociale face aux migrations, aux activités des entreprises multinationales ; autrement dit face aux facteurs de transformations du droit « global » lui-même¹⁵. On observe effectivement une nouvelle façon d'appréhender le droit comparé qui peut passer par une certaine vision du droit transnational : il s'attache à une approche plus fonctionnelle et pragmatique du droit national qui évolue différemment selon la façon dont sont appropriées des notions juridiques dans un pays par rapport à un autre¹⁶.

⁶ CJCE Defrenne III, Aff 149/77 (15 juin 1978)

⁷ CJUE 16 juillet 2015 Aff. Chez C-83/14

⁸ V. Préambule de la Directive (3) Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, point 3 : « Dans la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement, la Communauté cherche, conformément à l'article 3, paragraphe 2, du traité CE, à éliminer les inégalités et à promouvoir l'égalité, entre les hommes et les femmes, en particulier du fait que les femmes sont souvent victimes de discriminations multiples ». V. A. Masselot, J. Bulloch, Multiple discrimination and intersectional disadvantages : challenges and opportunities in the European Union Legal Framework, *Columbia J. of Europ. L.* 2013 n° 19, p. 57

⁹ Ring/Werge C-335/11, C-337/11

¹⁰ Hay, C-267/12 et Accept C-81/12

¹¹ Directive sur la non discrimination raciale 2000/43 qui porte sur la race and l'origine ethnique (29 juin 2000) ; Directive relatif à un cadre de lutte contre la discrimination 2000/78 porte sur la religion, le handicap, l'âge et l'orientation sexuelle (27 nov. 2000), Directive Refonte 2006/54 porte sur la discrimination fondée sur le sexe et l'égalité hommes/femmes dans l'emploi.

¹² La définition de la discrimination directe dans la loi de 2008 ne reprend pas l'hypothèse du comparateur hypothétique prévu par les directives européennes

¹³ Loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 ; LOI n° 2008-496 du 27 mai 2008

¹⁴ V.C. Radé, Discriminations et inégalités de traitement dans l'entreprise, *Droit vivant, Liaisons Sociales* 2011 et les nombreux commentaires de l'actualité jurisprudentielle de M. Peyronnet dans *Dalloz Actualités*

¹⁵ V. les travaux du Centre Perelman, à l'Université ULB, <http://www.philodroit.be/-Droit-global-> : « Le droit global se base sur l'hypothèse que « la globalisation et la construction européenne en cours ne posent pas au droit qu'un problème d'échelle, mais qu'elles emportent des transformations fondamentales de la nature et de la forme de la régulation, des modes d'élaboration et de mise en oeuvre des normes ».

¹⁶ V. Programme de recherche GIP Justice/Défenseur des droits sur « La mise en oeuvre du principe de non discrimination par les institutions et les juges », Ecole de droit de Sciences Po, CEVIPOF, Université Paris II, Cersa (à paraître juin 2016)

Selon G. Shaffer¹⁷, à la différence d'une première définition restrictive plus étroite du droit transnational qui renvoie aux événements et activités transnationales¹⁸, l'analyse du droit transnational peut être perçue comme catalyseur de changement en observant l'évolution pragmatique des normes à l'intérieur même d'un système juridique. Le droit transnational peut aussi viser des normes juridiques qui sont exportées ou importées, de manière informelle, en traversant les frontières et impliquent des réseaux internationaux, des institutions internationales et régionales qui aident à les construire, les interpréter ou les comprendre.

Le droit peut alors prendre sa source dans un pays, concerner une question sans élément d'extranéité comme la question des discriminations en droit du travail, faire écho à des normes internationales et peut s'enrichir verticalement ou horizontalement grâce aux commentaires de doctrine, aux recommandations sur les sites des autorités administratives pertinentes dans d'autres pays, à l'information numérique sur la jurisprudence innovante à l'étranger et à l'incidence de la *soft law* d'entreprises multinationales (chartes). La seule condition *sine qua non* de la circulation transnationale est de se fonder sur une certaine comparabilité des notions. Elle existe en l'espèce car les notions sont quasiment équivalentes : discrimination directe, indirecte, action positive, aménagement de la preuve, égalité, contrôle juridictionnel de justification ou de proportionnalité des différences de traitement, critères discriminatoires prohibés dans tous les pays dotés de législation sur les droits fondamentaux. Les véhicules permettant le mouvement d'informations savantes et empiriques sur l'application de ces droits peuvent prendre de multiples formes¹⁹.

Enjeux actuels de la non discrimination en France : la discrimination systémique ?

Avec l'adoption éventuelle d'une action de groupe pour discrimination²⁰, réfléchir à la nature de la discrimination, notamment dans l'emploi, prend toute son importance car ces actions peuvent viser des discriminations systémiques: « discriminations qui relèvent d'un système, c'est-à-dire dans son acception plus restreinte, d'un ordre établi provenant de pratiques, volontaires ou non, neutres en apparence, mais qui donnent lieu à des écarts de rémunération ou d'évolution de carrière entre une catégorie de personnes et une autre ». Cette discrimination systémique conjugue quatre facteurs :

- les stéréotypes et préjugés sociaux ;
- la ségrégation professionnelle dans la répartition des emplois entre catégories ;
- la sous-évaluation de certains emplois ;
- la recherche de la rentabilité économique à court terme.

¹⁷ G. Shaffer, *Transnational Legal Process and State Change*, *Law and Social Inquiry* 2012 n°37, p 229

¹⁸ Ces situations transnationales qui mobilisent plus d'une compétence juridictionnelle ou un champ de compétence nationale. Le droit transnational qui s'applique aux situations transnationales/travailleurs détachés à l'étranger.

¹⁹ V. Par exemple, l'entretien est un véhicule propice pour la construction du droit transnational. Pour une méthodologie comparée fondée sur des entretiens suivis d'observations comparées. Entretiens de type semi-directifs (comme en sociologie) avec des experts sur la question des discriminations aux États-Unis (Dean de Yale Law school, Dean de Harvard Law school, de professeurs des law schools de Columbia, de Berkeley, de Stanford...). Le choix des personnes interviewées peut se faire en laissant chaque expert indiquer un autre expert. C'est la méthode « boule de neige » connue en sciences sociales. Les questions portent sur les thématiques clé du droit européen en posant directement les interrogations sur les difficultés ou les étapes de la construction et la mise en œuvre de ce droit. V. M. Mercat-Bruns, *Discriminations en droit du travail : dialogue avec la doctrine américaine*, Dalloz 2013

²⁰ [http://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPreparation.do?](http://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPreparation.do?idDocument=JORFDOLE000030962821&type=general&typeLoi=proj&legislature=14)

idDocument=JORFDOLE000030962821&type=general&typeLoi=proj&legislature=14, Projet de loi relatif à l'action de groupe et à l'organisation judiciaire (JUSX1515639L)

La particularité de la discrimination systémique étant qu'elle n'est pas nécessairement consciente de la part de celui qui l'opère. À fortiori, elle n'est pas nécessairement décelable, sans un examen approfondi des situations par catégories²¹ » qui est donc propice à l'adoption d'une action en justice de plus grande ampleur. L'imminence d'une loi relative à ce nouveau cadre procédural suppose de réfléchir à la façon dont le droit étranger s'est emparé de ces pratiques systémiques avec des définitions jurisprudentielles²² ou administratives²³ souvent plus larges.

Concrètement, les pratiques systémiques peuvent concerner tous les actes discriminatoires et tous les critères prohibés : des obstacles discriminatoires au recrutement, des restrictions discriminatoires dans l'accès à des formations managériales ou à des postes de niveau supérieur ; l'exclusion de femmes qualifiées dans des sphères de l'emploi traditionnellement occupées par les hommes, des discriminations fondées sur le handicap prenant la forme de questionnaires préliminaires illégaux ; des discriminations fondées sur l'âge dans le cadre de licenciements économiques ou au moment de versement de pensions de retraite; une prise en compte d'exigences de la clientèle qui produisent des discriminations dans l'assignation des postes ou des tâches²⁴.

À première vue, l'inventaire du contentieux français pour l'instant porte beaucoup sur des discriminations récurrentes dans le prolongement de la mise en oeuvre de protections « plus classiques » du droit du travail. Ce sont en quelque sorte des discriminations structurelles liées à des protections plus anciennes liées à la maternité ou l'activité syndicale²⁵ par exemple. Des situations qui, en dépit de la portée de la protection, peuvent augmenter le risque de discrimination envers le salarié, une fois que le temps de la protection est achevé : fin d'interdiction de licencier après congé de maternité ou fin de période de protection après mandat syndical²⁶. Cependant, un regard plus appuyé sur la jurisprudence française et parfois européenne permet de révéler aussi des interprétations et des usages singuliers, parfois créatifs, des notions et des critères. À travers des exemples de contentieux, c'est l'occasion d'approfondir nos réflexions sur le sens de ce droit et les figures contemporaines de la discrimination.

²¹ V. not. Rapp. L. Pécaut-Rivolier, « Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif », 17 déc. 2013, p. 27.

²² La Cour Suprême du Canada semble aller plus loin et précise que la discrimination systémique est « une situation d'inégalité cumulative et dynamique résultant de l'interaction, sur le marché du travail, de pratiques, de décisions ou de comportements individuels ou institutionnels, ayant des effets préjudiciables, voulus ou non, sur les membres de groupes visés » ATF c. C.N. (25 juin 1987, RCS 1114) en application de l'art. 10 de la Charte canadienne qui visent certains groupes. Dans l'Ontario, pour relever le défi de la preuve de la discrimination systémique, un cadre d'analyse à trois dimensions a été proposé : renforcer le suivi statistique des personnes et leur répartition dans l'entreprise, y repérer la répartition et la nature des emplois (précaires, permanents...) et des métiers, et prendre en compte la culture d'entreprise et l'environnement de travail. Carol Agocs, « Surfacing racism in the workplace : Qualitative and quantitative evidence of systemic discrimination », déc. 2004 <https://lc.cx/ZvK8>.

²³ L'autorité fédérale américaine (EEOC) qui met en oeuvre le droit des discriminations consacre aujourd'hui une partie de ces actions prioritaires à la lutte contre les discriminations systémiques au travail. « La discrimination systémique implique un combinaison, une dynamique de comportements récurrents, des pratiques, des politiques d'entreprise ou des décisions qui touchent un groupe à travers lesquels la discrimination dénoncée a un impact qui peut concerner un secteur professionnel, un métier, une entreprise ou une zone géographique ». <http://www.eeoc.gov/eeoc/systemic/>. V. un contentieux qui impliquait des actions de groupe en faveur de femmes et de minorités : *EEOC v. Abercombie & Fitch Stores Inc* Case n° CV-044731 SI (2004).

²⁴ <http://www.eeoc.gov/eeoc/systemic/>.

²⁵ Encore récemment reconnaissance d'une discrimination dans le versement de la rémunération à la suite d'une grève, Cass. Soc. 9 juillet 2015 N°14-12779 14-12781.

²⁶ V. M. Mercat-Bruns, E. Boussard-Verrecchia, « Appartenance syndicale, sexe, âge et inégalités : vers une reconnaissance de la discrimination systémique ? » *RDT*, 2015, p. 660.

I/ Exemples de divers usages de la notion de discrimination directe

Trois usages de la discrimination directe retiennent notre attention : deux sont tirés de la jurisprudence française et le dernier de la jurisprudence européenne récente. Les illustrations concernent la possibilité de qualifier la discrimination directe sans comparateur, l'identification de la discrimination directe dans les conventions collectives et la discrimination par association.

A/ Discrimination directe sans comparateur ?

La première particularité française est tirée d'une jurisprudence qui précise que « l'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres salariés²⁷ ». Dans le premier arrêt, pour débouter la salariée de sa demande en paiement de dommages intérêts pour discrimination, « la Cour d'appel a retenu que la salariée se bornait à affirmer avoir subi un ralentissement de carrière de nature discriminatoire sans fournir le moindre élément de comparaison avec d'autres collègues de statut identique, qu'elle avait refusé des propositions de mutation, et que des attestations de ses supérieurs hiérarchiques faisaient état de ses difficultés de concentration et d'organisation et de son autoritarisme à l'origine de conflits avec les agents placés sous sa responsabilité... « Qu'en se déterminant comme elle a fait, sans rechercher si le ralentissement de la carrière de la salariée et les difficultés auxquelles elle a été confrontée, dès après sa participation à un mouvement de grève, ne laissent pas supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision... »

La première réaction, à la lumière du droit européen, serait de considérer que toute discrimination part d'une analyse de comparabilité comme l'évoquent les directives²⁸. Mais, en l'absence d'un comparateur hypothétique prévu dans la loi française, la Cour de cassation rappelle que la preuve (par comparaison) de la discrimination n'est pas sa qualification. À partir du moment où la salariée montre qu'elle a fait l'objet d'un ralentissement de carrière après sa participation à une grève, « ces éléments laissant supposer l'existence d'une discrimination », avec ou sans éléments de comparaison avec d'autres salariés de même statut » exigent de l'employeur qu'il justifie objectivement sa différence de traitement. La Cour de cassation n'écarte pas la comparaison inhérente à l'identification de toute différence mais montre plus subtilement que la discrimination peut naître d'une comparaison de la situation de la salariée avant et après sa participation à la grève où surgit le ralentissement de carrière. Le curseur pour la comparaison est placé avant et après l'événement auquel participe le salarié et permet de déterminer le moment où peut s'apprécier le début de la différence de traitement.

Cet arrêt reflète une première caractéristique originale de la jurisprudence française sur la discrimination directe : elle émerge dans un cadre où foisonne déjà l'encadrement d'autres droits et libertés fondamentaux du salarié, tel le droit de grève, dont l'exercice ne peut avoir comme conséquence une situation discriminatoire, au-delà d'une entrave à l'exercice de droits, en l'espèce individuels et collectifs. En outre, le panel de comparaison avec des hommes ayant participé à la même grève est moins pertinent pour montrer un ralentissement de carrière lorsque l'exercice de ces droits par des femmes se couple avec une discrimination fondée sur le sexe. Cette volonté des juges d'articuler le droit du travail plus traditionnel avec le droit de la non discrimination contribue à en montrer un des ressorts. Par son exigence de justification des décisions patronales, il rend transparent d'éventuelles pratiques d'abus de pouvoir qui peuvent se nicher dans le pouvoir de gestion des carrières et les relier à des représailles face

²⁷ Cass. soc. 10 novembre 2009 n° 07-42849; Cass. soc. 3 novembre 2011 n° 10-20765; Cass. soc. 12 juin 2013 N° 12-14153 ; Cass. Soc. 29 juin 2011 N° 10-14067

²⁸ Le droit européen s'applique dans sa définition de la discrimination directe « lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable », par exemple Directive 2000/78 article

à l'exercice passé d'autres droits propres au salarié. Lorsque les institutions européennes ont développé le droit de la non discrimination, elles n'ont sans doute pas envisagé son usage, sa portée dans la mise en oeuvre plus efficace du droit des relations professionnelles. Le droit social européen n'encadre pas directement le droit de grève²⁹.

B/ Portée des discriminations directes dans les conventions collectives ?

Les discriminations directes sont délicates à prouver lorsqu'elles procèdent d'une intention discriminatoire dissimulée. Souvent seule la maladresse de l'employeur permet de dévoiler la motivation discriminatoire d'une décision : par exemple, dans un cas de discrimination raciale, «la directrice adjointe de la cafeteria avait informé la salariée, ...qu'elle ne pouvait l'engager immédiatement car la directrice lui avait indiqué qu'elle « ne faisait pas confiance aux maghrébines³⁰ ». C'est sans doute plus facile de cerner l'énoncé discriminatoire d'une règle que de cerner l'esprit, « l'animus » discriminatoire d'un auteur d'une discrimination, niché de façon consciente ou non dans sa tête³¹. Le contentieux du droit des discriminations renvoie souvent à des décisions discriminatoires. Il est moins courant en droit français de voir si les lois ou conventions collectives peuvent prévoir directement des différences de traitement. Le législateur ou les partenaires sociaux ne présument pas pour autant que l'affichage de la discrimination dans une disposition ou une clause est plus facilement détectable et devra faire l'objet de justifications objectives des différences de traitement exprimées.

À la différence des États-Unis où la négociation collective n'a plus un rôle clé³², la construction européenne encourage la négociation collective comme voie prioritaire de la production normative et la France s'engage dans cette voie. Cependant les accords conclus, suivant de plus en plus une logique majoritaire³³, peuvent ignorer les intérêts de certains groupes protégés par la loi³⁴. C'est précisément ce qui s'est passé aux États-Unis où, avant l'adoption de la loi sur les droits civiques, certains accords collectifs étaient ouvertement discriminatoires. Bien entendu, aux États-Unis, la représentation collective dérivait d'un système d'élection majoritaire d'un syndicat unique.³⁵

La CJUE a déjà dénoncé les conventions collectives discriminatoires même si les partenaires sociaux jouissent d'une marge de manoeuvre non négligeable concernant des différences de traitement fondées sur certains critères comme l'âge³⁶. S'agissant de la France, avant la loi sur le mariage pour tous, la Cour a qualifié de discrimination directe des dispositions d'un statut qui n'accordaient qu'aux salariés mariés des avantages, créant un désavantage aux salariés homosexuels pacsés qui ne pouvaient se marier à l'époque. L'intérêt de l'affaire est de montrer que lorsque la discrimination directe se fonde sur la comparabilité, elle permet de détecter des « situations identiques » pour exiger des justifications objectives aux différences

²⁹ Même si certaines jurisprudences européennes ont ciblé indirectement le droit de grève. En septembre 2012, la Commission européenne a retiré la proposition du 21 mars 2012 de règlement relative à l'exercice du droit de mener des actions collectives dans le contexte de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services. Elle devait confronter la tension entre le droit de mener une action collective et les libertés économiques du marché intérieur qui a émergé des arrêts européens *Viking* et *Laval*.

³⁰ Soc 18 janvier 2012 n°10-16.926.

³¹ L. Krieger, «The Content of Our Categories: A Cognitive Bias Approach to Discrimination and Equal Employment Opportunity», *Stanford Law Review*, Vol. 47, 1995, p. 1161.

³² V. Paul Weiler, *Governing the workplace : the future of labor and employment law*, Harvard University Press 1990.

³³ Avec les lois récentes sur la négociation collective.

³⁴ CJUE, 12 décembre 2013 aff. C267/12 Hay.

³⁵ *Steele v. Louisville*.

³⁶ CJCE, 16 oct. 2007, Palacios Affaire C-411/05.

de traitement³⁷. Cette appréciation de la finalité de la règle, en l'occurrence, l'obtention d'avantages pour un couple permet de rapprocher des situations de façon fonctionnelle, à partir d'une évaluation de l'équivalence des situations, sans référence idéologique à l'histoire ou aux traditions des pays. Cette grille de lecture permet de s'affranchir d'une prise en compte d'une différence de traitement qui se justifie par un fondement différent, historiquement et socialement construit par l'intention du législateur à une époque donnée et antérieure qui permet de valider la cohérence interne de la règle³⁸.

Les juges français ne sont pas insensibles à ce toilettage des conventions collectives. Un arrêt sur la discrimination directe sur l'état de santé est significatif à cet égard. Une disposition d'une convention collective excluant les salariés licenciés pour cause d'inaptitude consécutive à une maladie ou à un accident non professionnel du bénéfice de l'indemnité qu'elle institue est nulle en raison de son caractère discriminatoire fondé sur l'état de santé en l'absence d'élément objectif et pertinent la justifiant³⁹.

Dans son arrêt du 8 octobre 2014, la Cour de cassation rappelle une nouvelle fois qu'une convention collective ne peut pas receler une discrimination. Il est plus facile de détecter une discrimination directe dans une règle professionnelle qui énonce ses conditions d'application, que dans une décision dont la motivation fondée sur un critère prohibé est le plus souvent dissimulée. L'intérêt de cet arrêt est de démontrer à la fois que le contrôle des juges des justifications objectives de certaines différences de traitement dans le droit collectif et de leur pertinence s'avère déterminant pour apprécier les conventions collectives plus anciennes en proie aux discriminations non anticipées ou de nature plus structurelle. Grâce à l'aménagement de la charge de la preuve, l'exigence vis-à-vis de l'employeur de produire une justification objective étrangère à la discrimination invite à une certaine transparence, en l'absence de laquelle, la règle collective devient discriminatoire : « Mais attendu qu'en l'absence d'élément objectif et pertinent la justifiant, est nulle en raison de son caractère discriminatoire fondé sur l'état de santé du salarié, la disposition d'une convention collective excluant les salariés licenciés pour cause d'inaptitude consécutive à une maladie ou à un accident non professionnel du bénéfice de l'indemnité de licenciement qu'elle institue »... « la Cour d'appel a exactement décidé que la salariée devait percevoir l'indemnité conventionnelle de licenciement ; »

En effet, la salariée avait été donc traitée de façon moins favorable que d'autres salariés licenciés, que ce soit les salariés inaptes à la suite d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle qui bénéficiaient, légalement, du doublement de leurs indemnités⁴⁰ ou que ce soit les salariés licenciés pour toute autre cause, sauf faute grave ou lourde. Or l'article L 1133-3 du Code du Travail prévoit que « les différences de traitement fondées sur l'inaptitude constatée par le médecin du travail en raison de l'état ou du handicap ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectives, nécessaires et appropriées. » L'arrêt montre implicitement que ce triple contrôle du tempérament à l'interdiction des discriminations (objectivité, nécessité, proportionnalité) peut être rigoureux.

Il est possible qu'à l'époque de la négociation de la convention en 1999, des considérations budgétaires aient justifié « objectivement » une exclusion de certains salariés en raison de l'origine non professionnelle de leur inaptitude dans la mesure où la cause de l'inaptitude était tirée de la vie privée.

³⁷ Arrêt n° 1450 du 9 juillet 2014 (12-20.864) : « Qu'en statuant ainsi, alors que les salariés qui concluaient un pacte civil de solidarité avec un partenaire de même sexe se trouvaient, avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, dans une situation identique au regard des avantages en cause à celle des salariés contractant un mariage et que les dispositions litigieuses du statut national du du personnel des industries électriques et gazières instaurent dès lors une discrimination directement fondée sur l'orientation sexuelle, ce dont il résultait que leur application devait être en l'espèce écartée, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

³⁸ J. Porta, « Égalité, Discrimination et égalité de traitement - À propos des sens de l'égalité dans le droit de la non-discrimination, 2ème partie », *Revue de Droit du Travail*, Dalloz, 2011, p.354.

³⁹ Cass. Soc. 08.10.2014 n°13-11789.

⁴⁰ Art. L. 1226-14 du Code du travail.

La distinction de l'inaptitude professionnelle et non professionnelle aurait été sans doute un moyen considéré nécessaire afin de réduire le montant global des indemnités de licenciement.

Toutefois, le critère d'exclusion du bénéfice de l'indemnité conventionnelle fondé sur l'inaptitude non professionnelle peut être considéré comme excessif aujourd'hui au vu du nombre des salariés concernés. Ce critère d'exclusion de la majoration d'indemnités pour inaptitude non professionnelle ne paraît pas non plus cohérent, pertinent, au regard du traitement plus favorable des salariés licenciés pour une cause réelle et sérieuse non contestée, donc imputable au salarié, qui, eux, bénéficieraient des indemnités conventionnelles de licenciement.

La référence de la Haute Cour à l'absence d'élément objectif et pertinent justifiant la différence de traitement semble confirmer également une tendance : le contrôle de proportionnalité des exceptions à la non discrimination dans ce contexte sert à réévaluer la cohérence des normes professionnelles, conclues antérieurement, pour lesquelles la représentation des intérêts de l'ensemble des salariés est nécessaire. L'appréciation des discriminations dans les conventions collectives déplace le débat de la discrimination directe sur le contrôle rigoureux de la justification proportionnée de la mesure plutôt que le défi de la preuve de la différence de traitement déduite clairement de l'énoncé de l'accord ou la convention.

C/ Discrimination par association : une discrimination directe par ricochet ?

L'arrêt Coleman⁴¹ avait ouvert la voie pour admettre la discrimination par association dans l'hypothèse où l'employeur refusait à une mère salariée d'une personne handicapée de bénéficier d'aménagements d'horaire alors qu'elle était dans une situation comparable aux autres salariés ayant des aménagements d'horaire pour s'occuper de leurs enfants non handicapés. La décision Coleman est remarquable à un double titre. Elle permet de réfléchir à la façon dont la discrimination peut émerger d'une relation et non d'une caractéristique propre de la personne⁴². Ainsi, elle déjoue la critique récurrente du droit de la non discrimination qui, en désignant des caractéristiques prohibées, ne fait qu'exacerber une différence de traitement préjudiciable des groupes protégés, érigés par la loi, en victimes perpétuelles⁴³. En outre, comme le fait remarquer l'Avocat général dans l'arrêt Coleman, « les valeurs qui fondent l'égalité⁴⁴ sont la dignité humaine et l'autonomie personnelle »... « la différence de traitement est une des façons de mettre en péril la dignité et l'autonomie des personnes d'un certain groupe sans les cibler mais en visant des personnes tierces qui sont intimement liées à elles et ne font pas partie elles-mêmes des groupes protégés ; une conception renforcée de l'égalité implique ces formes plus subtiles de discrimination [par association] qui doivent être couvertes par le droit de la non discrimination⁴⁵ ». L'avocat général poursuit en expliquant que « lorsqu'une personne discrimine [par association], elle prive cette personne d'options précieuses dans des sphères importantes de sa vie car cet individu est liée à une autre personne qui revêt une des caractéristiques protégées et *in fine* l'empêche d'être autonome. Autrement dit, la personne qui est protégée directement par la loi est exclue d'une variété de possibilités qui lui étaient, auparavant, accessibles ». En France, les décisions concernant la discrimination par association porte le plus souvent sur la discrimination syndicale qui touche un parent (époux) en raison de l'appartenance syndicale du conjoint⁴⁶.

L'arrêt Chez plus récent semble aller encore plus loin que l'arrêt Coleman en étendant la notion de discrimination par association: il existe une association lorsqu'une mesure est discriminatoire et peut avoir une incidence globale et collective dans un espace sur des personnes autres que celles appartenant un groupe pro-

⁴¹ CJCE, Coleman Aff. C-303/06 (2008).

⁴² La jurisprudence liée à la discrimination fondée sur la parentalité est déjà très dense (congé parental ou extensions de droits de congé d'allaitement aux hommes notamment) : CJUE Gassmayr C-194/08 ; CJUE Meerts C-116/08 ; CJUE Roca Alvarez C104/09.

⁴³ A. Colgan, Discrimination, Equality and the law, Hart, 2014 p. 53.

⁴⁴ A. Colgan, *op. cit.* p. 23.

⁴⁵ CJCE Coleman, Rapport, Avocat General Maduro pt 8 à 14.

⁴⁶ Décision MLD-2012-88 du 26 juin 2012 relative au licenciement de la réclamante qu'elle estime lié aux activités syndicales de son mari ou CA Caen 17 déc. 2010.

tégé, sans lien de filiation, parenté entre les personnes. Autrement dit, il s'agit de personnes victimes de discriminations car elles sont associées, c'est à dire assimilées à des personnes protégées en raison d'un territoire où s'applique une règle. Cette interprétation large de la discrimination par association concerne dans l'arrêt, certes, les biens et services et non l'emploi.

Un rappel des faits et des arguments de la Cour s'impose. « L'installation de compteurs électriques à une hauteur inaccessible dans un quartier densément peuplé de Roms est de nature à constituer une discrimination fondée sur l'origine ethnique lorsque les mêmes compteurs sont installés dans d'autres quartiers à une hauteur normale. « La Cour relève, en premier lieu, que le principe de l'égalité de traitement s'applique non seulement aux personnes ayant une certaine origine ethnique, mais également à celles qui, bien que n'appartenant pas elles-mêmes à l'ethnie concernée, **subissent conjointement avec les premières un traitement moins favorable ou un désavantage particulier en raison d'une mesure discriminatoire.** En deuxième lieu, la Cour souligne que « la présence dans le quartier en cause d'habitants qui ne sont pas d'origine rom n'exclut pas, en soi, que la pratique contestée ait été instituée **en raison de l'origine ethnique partagée par la plus grande partie des habitants de ce quartier (à savoir l'origine ethnique rom).** Il appartiendra néanmoins à la juridiction bulgare **de prendre en compte toutes les circonstances entourant cette pratique afin de déterminer si celle-ci a été effectivement instituée pour une telle raison de caractère ethnique** et constitue ainsi une discrimination directe en vertu de la directive. **Parmi les indices susceptibles d'être pris en considération à cet égard, figure notamment le fait que la pratique en cause n'a été instaurée que dans les quartiers peuplés majoritairement de ressortissants bulgares d'origine rom.** De même, le fait que CHEZ RB aurait affirmé devant la KZD que les dégradations et les branchements illicites **principalement dus à des personnes d'origine rom est de nature à suggérer que la pratique contestée repose sur des stéréotypes ou des préjugés d'ordre ethnique.** Ainsi, la pratique en cause peut-elle être perçue comme suggérant que les habitants de ce quartier sont, dans leur ensemble, considérés comme des auteurs potentiels de comportements illicites. Dans ce contexte, la Cour précise que la pratique en question constitue un traitement défavorable au détriment des habitants concernés en raison tant de son caractère **offensant et stigmatisant** que de l'extrême difficulté voire de l'impossibilité pour eux de consulter leur compteur électrique aux fins de contrôler leur consommation. Ainsi, la Cour retient que « la pratique contestée repose sur des stéréotypes et des préjugés » et donc la discrimination par association permettrait de saisir –au-delà des discriminations directes dissimulées, l'effet stigmatisant par l'application plus générale d'une règle.

L'intérêt d'une telle analyse est de montrer qu'une pratique collective peut se fonder sur des préjugés et produire une perception d'hostilité, semblable à l'environnement hostile du harcèlement discriminatoire interdit par le droit européen et le droit français (loi 2008⁴⁷). En France, se développe une préoccupation des pouvoirs publics de lutter contre le « racisme ordinaire » fondé sur les préjugés dans les lieux publics⁴⁸ et le Défenseur a proposé que la loi relative à l'action de groupe « Discriminations » clarifie le régime du harcèlement discriminatoire⁴⁹.

Outre l'interdiction des différences de traitement discriminatoires, la lutte contre les discriminations par association reflète une vision plus collective des discriminations directes, comme une entrave à la participation des personnes à la société : « la prohibition de toute discrimination de ce type qu'institue ladite directive dans les domaines régis par celle-ci vise notamment à assurer le développement de sociétés démocratiques et tolérantes **permettant la participation de tous les individus** quelle que soit leur race ou leur origine ethnique⁵⁰». En somme, la discrimination par association peut agir dans les cas où il ne s'agit pas d'un acte discriminatoire sous forme de décision individuelle à l'encontre d'une personne mais une pratique ou règle reflétant une ten-

⁴⁷ *Supra* note 13.

⁴⁸ Plateforme « Egalité contre le racisme » : <http://www.egalitecontreracisme.fr/>.

⁴⁹ Avis du Défenseur des droits n°15-23 du 28 octobre 2015.

⁵⁰ CJUE, Chez pt 74.

sion, une hostilité fondée sur des préjugés sur des personnes géographiquement localisés ou, par exemple, situés dans un métier. Dans le premier cas, la discrimination fondée sur la résidence adoptée en France en 2014 pourrait aussi jouer un rôle.

En somme, la discrimination directe par association semble s'intéresser davantage à l'effet discriminatoire sur d'autres groupes non protégés (effet contaminant des préjugés), qu'à la motivation discriminatoire. En cela, sa logique rappelle celle de la discrimination indirecte. Le droit français fait, par ailleurs, une application originale de la discrimination indirecte.

II/ Exemple de l'application originale de la discrimination indirecte

Le grand intérêt de la notion de discrimination indirecte est de saisir, parfois simultanément et de façon dynamique, des situations discriminatoires individuelles et collectives. Le contentieux révèle cette particularité qui est aussi propre au droit de la concurrence. En droit du travail, les notions ou mécanismes se répartissent souvent entre des cadres d'analyse du droit des relations individuelles et celle du droit des relations collectives. Les exemples du droit français sont saillants car ils font ressortir ces deux échelles d'analyse dans la qualification même des discriminations indirectes. Or, lorsque la discrimination indirecte a été conçue dans l'arrêt Griggs⁵¹ aux États-Unis, elle visait davantage des décisions patronales d'entreprise qui touchaient ponctuellement des groupes plutôt que de dénoncer une diversité de normes collectives⁵² : règles législatives, conventions collectives ou procédures à dimension collective. Cette application originale de la discrimination indirecte en France peut être illustrée par trois types de contentieux : en protection sociale, dans le cadre de procédure instaurée en droit du travail et en application de règles législatives extérieures au droit social. Ces jurisprudences révèlent que le droit social et le droit français en général prônent l'égalité de traitement mais la loi et la négociation collective érigent des statuts, le plus souvent à vocation protectrice pour bénéficier de droits sociaux, qui peuvent ne pas avoir anticipé des discriminations indirectes. Le prisme des discriminations indirectes opère alors comme un mécanisme transversal qui filtre l'absence de justification ou cohérence des dispositifs à l'épreuve du temps et des effets concrets de leur application.

A/ Discrimination systémique dans la protection sociale ?

Un premier exemple, à l'instar des discriminations directes, vise les conventions collectives notamment celles qui organisent la protection sociale. Les systèmes de retraite complémentaire ou de prévoyance peuvent prêter le flanc à la contestation indirecte. **L'originalité de la jurisprudence réside, par exemple, dans l'appréciation des discriminations indirectes qui permettent de mieux apprécier la ségrégation sexuée des métiers.** Comme l'observe dans un arrêt de 2012, la Cour de cassation, « l'AGIRC accorde, au sein de la convention (MSA), au même niveau professionnel, l'affiliation cadre à certaines fonctions, majoritairement tenues par des hommes et refuse l'affiliation à d'autres fonctions essentiellement féminines. **Cela entraîne un désavantage** au détriment des femmes dans certaines fonctions et l'organisme n'a pas prouvé **le caractère nécessaire et approprié de l'exclusion de l'affiliation** pour écarter la qualification de discrimination indirecte, en soutenant que le critère de comparaison avec **des fonctions semblables dans des conventions collectives voisines** était le seul qui permette d'atteindre l'objectif de stabilité, de cohérence et de pérennité du régime⁵³ ».

La première innovation de cet arrêt est de reconnaître que l'effet discriminatoire peut se matérialiser par un « ressenti discriminatoire ». Les assistantes sociales de la MSA ne sont pas désavantagées pour le fait d'être

⁵¹ *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971).

⁵² En dehors de plusieurs décisions qui mentionnaient moins clairement la discrimination indirecte, la première décision qui fait explicitement mention de la discrimination indirecte révèle sa dimension collective en visant le temps de travail : « 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 un certain calcul du salaire en fonction des absences », Soc, 9 janvier 2007, N° 05-43962.

⁵³ Cass. soc., 6 juin 2012, n° 10-21.489.

exclues de l'affiliation cadre mais considèrent que leur profession largement féminisée est, par ce fait, dévalorisée. Deuxièmement, grâce au contrôle de justification et de proportionnalité qu'impose la deuxième partie de la définition de la discrimination indirecte⁵⁴, les juges jouissent du pouvoir de sonder la finalité et la cohérence de catégorie comme celle de cadre : quels sont les caractéristiques du cadre ? En quoi un technicien par rapport à une assistante sociale exerce-t-il plus des fonctions de cadre alors qu'ils sont au même niveau de classification (ils sont en situation comparable en termes de qualification) ? Des différences de traitement historiques sont-elles justifiées ou cohérentes ? Peut-on faire primer un raisonnement circulaire qui justifie les différences de traitement des assistantes sociales de la MSA par d'autres différences de traitement dans d'autres conventions collectives, en l'occurrence le placement dans la catégorie non cadre des assistantes sociales de l'Unedic ? Par le contrôle de proportionnalité exigé par la définition de la discrimination indirecte, les juges examinent objectivement en quoi consiste le poste d'assistante sociale en milieu rural et peuvent mettre en exergue le rôle stratégique d'encadrement nécessaire à l'accomplissement de ces fonctions. Entre le ressenti discriminatoire de chaque assistante sociale et l'incohérence des modes d'appréciation de la qualité de cadre, la grille d'analyse judiciaire des discriminations indirectes embrasse à la fois les effets individuels et collectifs de la discrimination indirecte.

Un autre arrêt, relatif à la protection sociale, qui concerne des statuts particuliers à l'Opéra de Paris⁵⁵ démontre cette même approche individuelle et systémique de la discrimination indirecte. Rappelons les points principaux : « attendu que des syndicats ont saisi la juridiction judiciaire de demandes tendant notamment à ce que soit reconnue l'existence d'un usage permettant aux techniciens de plateau de l'Opéra national de Paris de bénéficier d'un âge d'ouverture du droit à pension à 55 ans, l'âge légal étant fixé à 60 ans par l'article 6 du décret du 5 avril 1968, à ce que soit constatée la rupture dans l'égalité de traitement entre ces personnels et ceux des services habillement et perruques-maquillage et à ce qu'il soit enjoint à l'Opéra national de Paris et à la caisse de retraite des personnels de l'Opéra national de Paris d'appliquer à ces derniers un âge d'ouverture du droit à pension de retraite à 55 ans »... Or, la majorité des techniciens de plateau était des hommes et la majorité du personnel des services habillement et perruques-maquillages était des femmes.

« Attendu que pour débouter les syndicats de leurs demandes dirigées à la fois contre l'employeur et contre la caisse de retraite, la Cour d'appel a retenu que, si la différence de traitement en matière d'ouverture des droits à la retraite entre les salariés relevant des services techniques de plateau, d'une part, et le personnel des services d'habillement, d'autre part, ne résulte pas d'un texte réglementaire pris en application du décret du 5 avril 1968, ni d'un usage, elle est imputable à la seule autorité administrative, dont le juge judiciaire n'a pas le pouvoir de contrôler les actes ;.... Attendu, cependant, que s'agissant du droit de l'Union européenne,... **il résulte du principe d'effectivité issu des dispositions de ces Traités, telles qu'elles ont été interprétées par la Cour de justice de l'Union européenne, que le juge national chargé d'appliquer les dispositions du droit de l'Union a l'obligation d'en assurer le plein effet en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire** »..... « Qu'en se déterminant comme elle l'a fait, alors qu'il lui appartenait de rechercher **si cette pratique de la caisse de retraite ne créait pas une discrimination indirecte en désavantageant particulièrement des personnes d'un sexe par rapport à des personnes de l'autre sexe, et, dans l'affirmative, si elle pouvait être justifiée par des raisons objectives, étrangères à toute discrimination et si le moyen mis en oeuvre était approprié et nécessaire à la réalisation de l'objectif poursuivi, la Cour d'appel, qui s'est prononcée par un motif inopérant, a privé sa décision de base légale** » ;

⁵⁴ Article 2 de la loi de 2008 : « lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour un des motifs, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifiée par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires ».

⁵⁵ Soc. 30 septembre 2013 N° 12-14752 ; 12-14964.

La Cour de cassation rappelle, en premier lieu, l'importance du droit de l'Union qui permet au juge d'intervenir et de laisser inappliquée une disposition, fut-elle liée à un statut interne, qui produit une discrimination. En deuxième lieu, les juges de la Haute Cour invitent les juges du fond à apprécier si un droit à la retraite plus tardif pour certaines professions désavantage particulièrement des salariés d'un même sexe et, le cas échéant si cette différence de traitement liée aux postes qui est apparemment neutre, est justifiée et proportionnée. Comme dans les arrêts européens CJUE Brachner⁵⁶ sur un taux de pension affectant majoritairement des femmes et l'arrêt Leone⁵⁷ qui affectait majoritairement le droit à la retraite des hommes, l'appréciation judiciaire de la discrimination indirecte mesure l'équilibre des effets des droits sociaux. Tantôt pour simplement exiger une transparence des choix qui ont été faits dans le bénéfice des droits selon les professions comme dans cet arrêt de l'Opéra de Paris : tantôt, cette exigence de justification et proportionnalité entraîne une extension des droits sociaux comme dans l'arrêt Brachner dans lequel une majoration des retraites, sauf celles à faible montant, défavorise majoritairement les femmes. La décision de la Cour de justice impliquait une majoration des droits à pension des personnes lésées. La discrimination indirecte opère alors comme un révélateur des mécanismes collectifs apparemment neutres qui produisent indirectement la répartition inéquitable des droits sociaux. La question délicate alors en matière de sexe est le caractère symétrique de ce critère (s'appliquant aux hommes et aux femmes) à la différence du critère du handicap (ne s'appliquant pas aux personnes non handicapées). Le désavantage particulier en matière de discrimination indirecte dans l'emploi devrait-il davantage s'appliquer aux femmes plus désavantagées que les hommes sur le plan systémique et individuel⁵⁸ ?

Ces discriminations à plus large envergure peuvent être également décelées dans la loi.

B/ Discrimination indirecte et accès au droit

Le deuxième type de discrimination indirecte originale qui ressort de la jurisprudence française concerne le désavantage de la discrimination indirecte tiré d'une loi apparemment neutre qui peut priver d'un accès à la justice. La Cour de cassation approuve la Cour d'appel d'avoir condamné l'employeur pour discrimination indirecte en raison de leur origine. Selon la Chambre sociale, « attendu que **l'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres salariés** ; qu'ayant relevé que l'exploitation par M. X... et Mme Y... de la qualité d'étrangère de Mme Z... en situation irrégulière sur le territoire français ne lui permettant aucune réclamation avait entraîné pour la « salariée « **la négation de ses droits légaux et conventionnels et une situation totalement désavantageuse par rapport à des employés de maison bénéficiaires de la législation du travail**, la Cour d'appel, qui en a déduit que Mme Z... avait subi en raison de son origine une discrimination indirecte caractérisée, a légalement justifié sa décision de ce chef⁵⁹...» **L'arrêt concernait une employée à domicile de nationalité capverdienne, dépourvue de titre de séjour en France, qui après neuf ans de loyaux services, s'est trouvée congédiée sans motif ou recours possible et priée de quitter le logement fourni par son employeur.**

En premier lieu, l'arrêt reprend cette idée de discrimination sans comparaison avec les salariés couverts par le droit du travail. L'employeur abuse de son droit de ne pas appliquer le droit du travail (absence d'indemnités de rupture) en profitant sciemment du fait que la salariée soit dans une situation apparemment neutre, sa situation irrégulière. L'employeur a profité du désavantage objectivement reconnu par la loi entre les travailleurs salariés et les travailleurs en situation irrégulière au regard du droit du licenciement. Il commet une faute dans l'exercice d'un droit ou plutôt le refus d'un droit.

⁵⁶ CJUE, 20 octobre 2011 Brachner Aff. C-123/10.

⁵⁷ CJUE, 17 juillet 2014 Leone Aff. C-173/13.

⁵⁸ L'arrêt Leone dévoilait un désavantage au détriment des hommes justifié par une règle en faveur des femmes.

⁵⁹ Soc. 3 nov. 2011 n°10-20765.

La discrimination indirecte fait apparaître cet abus de droit lorsque la discrimination directe ne peut pas être visible en l'absence de comparabilité avec la situation de salariés couverts par le droit du travail qui sont dans une situation plus favorable. Dans ce cas, ce n'est pas le critère qui permet de révéler la discrimination mais d'abord l'effet discriminatoire qui est à prouver selon la définition même de la discrimination indirecte: « lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais **susceptible d'entraîner**, pour un des motifs, **un désavantage particulier** pour des personnes par rapport à d'autres personnes » : c'est bien sa qualité d'étrangère en situation irrégulière, donc son absence de statut comme travailleur qui est à l'origine de la décision de rompre la relation de travail sans autre formalité ; le désavantage par « la négation de ses droits légaux et conventionnels » : la possibilité de contester son licenciement. La Cour évoque donc la situation totalement désavantageuse : « l'exploitation » par l'employeur de cette situation d'irrégularité qui est objectivement neutre. La discrimination « caractérisée » permet, en outre, de prendre en compte la détresse économique et matérielle subie par l'employée d'origine étrangère sans titre de séjour, qui, suite à la rupture, perd ainsi son emploi et son logement sans autre recours.

Ainsi, en l'espèce, la force de la discrimination indirecte est l'appréciation en soi du désavantage tirée de l'absence, quoique neutre, de statut touchant particulièrement ces femmes de cette origine qui sont en proportion élevée en situation irrégulière : la comparaison se fait sur la même personne avant et après la décision discriminatoire tirée de l'effet "neutre" du droit des étrangers.

Les caractéristiques de la discrimination multiple sont ici rendues visibles par le droit. Le désavantage subi n'est pas le fruit d'une comparaison possible avec des employés de maison, en situation régulière, bénéficiaires de la législation du travail. La Cour de cassation ne revient même pas explicitement sur l'absence d'une justification patronale possible pour cet effet discriminatoire comme le voudrait la loi : selon la loi, la discrimination indirecte est écartée « si cette disposition, ce critère ou cette pratique est objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but est nécessaire ou approprié ». Mais dans cette hypothèse d'extrême désavantage, comment justifier un congédiement sans forme et motivation ? La Cour de cassation, en omettant d'envisager la justification légitime et proportionnée de cet acte, caractérise l'abus de droit de congédier une personne « sans papiers » qui ne serait jamais justifiable car **l'emploi de ces personnes d'origine étrangère à ces postes est courante dans les faits mais répréhensible, dès l'origine, en droit.**

Cet arrêt mobilise donc une autre façon d'envisager la discrimination indirecte et sa dimension **systémique : il met en lumière la situation récurrente des travailleuses domestiques étrangères réduites au silence en raison de l'absence de statut et que la loi qui semble neutre ne peut saisir par les mécanismes traditionnels du droit du travail.**

Par le prisme de la discrimination indirecte, le droit des discriminations rend le droit accessible, permettant même à des salariés hors la loi (en situation illégale) de profiter de protections fondamentales en cas de rupture de la relation de travail. Les juges relèvent la situation de précarité individuelle de la personne au travail pour en extraire une vision plus générale et collective de ces travailleuses forcément d'origine étrangère.

La troisième figure des discriminations indirectes découvertes par les juges français concerne des procédures patronales qui semblent neutres mais peuvent provoquer un impact discriminatoire pour certains groupes.

C/ Discrimination indirecte aux confins d'une procédure

Dans un arrêt de 2013, la Cour de cassation scrute la mise en place d'une procédure qui exige un entretien à la suite de toute absence pour faire face à l'absentéisme⁶⁰. « Mais attendu qu'ayant relevé que l'employeur avait mis en oeuvre une méthode dite de « **sensibilisation aux enjeux de désorganisation de la production** » et procédait dans ce cadre à des entretiens « retour d'absence » quels que soient la durée et le motif de l'ab-

⁶⁰ Cass. soc. 12 février 2013 N° 11-27689

sence, y compris en cas de maladie ou d'accident du travail, au cours desquels étaient évoquées les perturbations de l'organisation de l'entreprise résultant de l'absence, cet entretien donnant lieu à l'établissement d'un document signé par le salarié concerné, la Cour d'appel, qui a ainsi fait ressortir que les salariés absents pour cause de maladie subissaient en raison de leur état de santé une discrimination indirecte caractérisée, malgré le caractère apparemment neutre du dispositif, a, à bon droit, ordonné qu'il y soit mis fin. »

A priori, une telle procédure qui cherche, sans cibler les causes de l'absence et un meilleur fonctionnement de l'entreprise peut paraître anodine. Pourtant, les juges l'ont compris. L'employeur doit pouvoir anticiper l'impact de ces modes de gestion sur les salariés dans leur ensemble. L'appréciation de la discrimination indirecte s'applique de façon indifférenciée à toute différence de traitement qui pourrait avoir un effet discriminatoire disproportionné à l'encontre d'un groupe, comme les salariés malades. La visibilité du contenu de la règle procédurale instituée permet facilement de démontrer qui est le plus désavantagé par son application. Cette évaluation judiciaire pourrait ainsi s'appliquer : aux examens de condition physique au recrutement, non justifié par le poste, à d'autres obligations de justifications en cours de carrière sans lien avec le travail ou à tout mécanisme de contrôle du comportement non justifié par la tâche qui pourrait également constituer une atteinte aux libertés selon l'article 1121-1 du Code du travail. L'avantage de la discrimination indirecte est d'offrir un outil de transparence patronale nécessaire des finalités et des modes de mise en oeuvre de ces procédures grâce à l'aménagement de la charge de la preuve propre au droit des discriminations selon l'article 1134-4 du Code du travail.

En outre, ces procédures peuvent concerner le droit collectif du travail comme la procédure de calcul des retenues en cas d'exercice du droit de grève comme l'illustre un arrêt plus récent de 2015⁶¹. En effet, que dire d'une règle comme celle d'une société publiant un magazine qui « a décidé que les salariés des titres qui avaient « bouclé » en temps et en heure **subiraient une retenue de 50 % tandis que ceux dont les titres avaient « bouclé » en retard subiraient une retenue de 100 % ?** » En effet, cette règle avait un effet désavantageux sur onze salariés travaillant au sein du magazine « Science et vie junior », qui ont subi une retenue de 100 % pour les jours de grève. Certes, cette règle de calcul semble apparemment neutre car elle n'institue pas une différence de traitement entre grévistes et grévistes mais s'appliquent à tous les grévistes. Cependant, la discrimination indirecte permet à la fois de débusquer le désavantage à l'encontre de certains grévistes du fait de l'évaluation de leur mobilisation et son effet sur l'entreprise pendant la période de la grève. En outre, l'employeur n'a pas de justification objective de la règle qui évalue la retenue objective en fonction d'un paramètre illégal, l'impact de la grève sur le retard de publication. « Mais attendu que les arrêts retiennent à bon droit que la mesure en cause institue une discrimination indirecte en raison de l'exercice normal du droit de grève en ce qu'elle prend en compte le degré de mobilisation des salariés, selon les services, et ses conséquences sur le fonctionnement de l'entreprise et qu'elle ne peut être justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination en raison de la grève dès lors que la parution en retard des magazines résulte des conséquences inhérentes à la cessation collective du travail ; que le moyen n'est pas fondé. »

En outre, les juges judiciaires étendent ainsi de façon efficace le contrôle des discriminations indirectes aux discriminations qui sont déduites de l'exercice d'une liberté, celui du choix individuel d'exercer son droit de grève lorsque les discriminations directes sont dissimulées par un subterfuge qui ne permet pas de trouver un comparateur efficient (la différence de traitement distinguait seulement les grévistes entre eux).

⁶¹ Soc. 9 juillet 2015 N° 14-16009.

IV/ Les divers usages des critères discriminatoires

Une série d'exemples de discriminations fondées sur différents critères illustre la richesse de la jurisprudence française dans son appréhension de la multitude de critères prohibés en France. On compte plus de vingt critères avec l'adoption législative de nouveaux critères de façon régulière : l'identité sexuelle en 2012⁶², la résidence en 2014⁶³ et la perte d'autonomie en 2015⁶⁴. À chaque fois, pour des raisons différentes, la liste s'allonge. En matière d'emploi, même si on peut regretter ou, au contraire, louer l'absence de contentieux liés à certains critères⁶⁵, il faut prendre différents exemples du contrôle parfois rigoureux des juges dans l'hypothèse de discriminations fondées sur l'âge, la maternité, la religion, l'orientation sexuelle et les discriminations multiples qui impliquent plusieurs critères prohibés.

A/ La discrimination fondée sur l'âge et les exceptions non admises

L'article 6 de la directive 2000/78 porte sur l'âge : « les États membres peuvent prévoir que des différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires⁶⁶. En droit interne, l'article 1133-2 du Code du travail reprend cette exception et la Cour de cassation a été parfois plus rigoureuse que la Cour de justice européenne pour contrôler les justifications légitimes et proportionnées dans le cadre des exceptions⁶⁷. C'est paradoxal alors que la CJUE a elle-même reconnu « que le principe de non-discrimination en fonction de l'âge est un principe général du droit de l'Union en ce qu'il constitue une application spécifique du principe général de l'égalité de traitement⁶⁸ ». « Dans ces conditions, il incombe à la juridiction nationale, saisie d'un litige mettant en cause le principe de non-discrimination en fonction de l'âge, tel que concrétisé par la directive 2000/78, d'assurer, dans le cadre de ses compétences, la protection juridique découlant pour les justiciables du droit de l'Union et de garantir le plein effet de celui-ci en laissant au besoin inappliquée toute disposition de la réglementation nationale contraire à ce principe⁶⁹ ».

Quelques exemples en droit interne sont emblématiques de ce contrôle plus poussé de la Cour de cassation. Souvent les juges judiciaires vérifient que le partage de l'emploi en faveur des plus jeunes n'est pas un prétexte pour exclure les seniors : « qu'en statuant ainsi, sans constater, d'une part, que la différence de traitement fondée sur l'âge était objectivement et raisonnablement justifiée par un objectif légitime d'intérêt général, tenant notamment à la politique de l'emploi, au marché du travail ou à la formation professionnelle, la prise en compte d'un intérêt purement individuel et propre à la situation des écoles de ski désireuses de répondre à la demande de la clientèle, ne pouvant être considérée comme légitime au regard des articles 6 de la directive n° 2000/78 et L. 1133-2 du code du travail, et d'autre part, que les moyens pour réaliser cet objectif étaient appropriés et nécessaires, alors que le pacte litigieux se contente de prévoir une garantie d'activité minimale pour les « moniteurs nouvellement

⁶² LOI n° 2012-954 du 6 août 2012.

⁶³ LOI n° 2014-366 du 24 mars 2014.

⁶⁴ LOI n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement.

⁶⁵ Caractéristiques génétiques, moeurs, jeune âge, résidence par exemple.

⁶⁶ V. notamment CJCE du 16 octobre 2007 affaire C 411/05 Félix Palacios de la Villa. Autre exemple: des magistrats allemands s'estimaient victimes d'une discrimination en raison de l'âge car la législation d'une région allemande prévoyait leur mise à la retraite automatique à l'âge de 65 ans, avec éventuellement une possibilité de prolongation jusqu'à l'âge de 68 ans renouvelable annuellement, la cour devait déterminer si cette différence de traitement était objectivement justifiée (structure d'âge équilibrée) et si les moyens de réaliser cet objectif étaient appropriés et nécessaires, CJUE Fuchs 21 juillet 2011.

⁶⁷ Parfois, c'est tout simplement un contrôle des discriminations directes : Un salarié âgé d'une entreprise informatique a obtenu du juge la nullité de licenciement et sa réintégration après avoir établi qu'il existait dans sa tranche d'âge un taux anormalement élevé de licenciement pour insuffisance professionnelle, CPH Nanterre 22 nov. 2013 n° 09-01725, CSBP n° 529, janv 2014, p. 21 note D. Pallantz.

⁶⁸ Aff. C-144/04 Mangold, pts 74 à 76.

⁶⁹ C-555/07 Küçükdeveci, pts 50, 51.

intégrés » sans précision d'âge, de sorte qu'il n'est pas établi que la redistribution d'activité des moniteurs âgés de plus de 61 ans bénéficiera exclusivement aux jeunes moniteurs, la Cour d'appel a violé les textes susvisés⁷⁰».

Par le truchement du contrôle des exceptions à la discrimination fondée sur l'âge, les juges contrôlent aussi le véritable consentement de partir en cessation anticipée et de s'exclure de l'emploi : « mais attendu que si un plan de sauvegarde de l'emploi peut contenir des mesures réservées à certains salariés, c'est à la condition que tous les salariés de l'entreprise placés dans une situation identique au regard de l'avantage en cause puissent bénéficier de cet avantage, à moins qu'une différence de traitement soit justifiée par des raisons objectives et pertinentes et que les règles déterminant les conditions d'attribution de cet avantage soient préalablement définies et contrôlables ; Qu'ayant constaté d'une part, que la salariée avait refusé une mesure de cessation anticipée d'activité et que le plan de sauvegarde de l'emploi prévoyait que, de ce fait, les avantages dont elle bénéficiait étaient moins importants que ceux des autres salariés licenciés qui ne remplissaient pas les conditions pour prétendre à un départ anticipé et d'autre part, que cette différence de traitement ne pouvait être justifiée par le seul fait d'inciter les salariés âgés d'au moins 55 ans, à accepter une cessation anticipée d'activité, la Cour d'appel a retenu à bon droit que la salariée faisait l'objet d'une différence de traitement qui n'était pas justifiée par des raisons objectives et pertinentes ; que le moyen n'est pas fondé⁷¹ ».

Cette déférence des juges européens vis-à-vis des exceptions à la discrimination fondées sur l'âge au nom des politiques de l'emploi d'un pays est également valable vis-à-vis des jeunes travailleurs. La Cour est même arrivée à contourner l'application de l'exception en écartant l'existence d'une différence de traitement en raison de situations non comparables⁷² : « Le principe de non-discrimination en fonction de l'âge, consacré à l'article 21 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et concrétisé par la directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une législation nationale, telle que celle en cause au principal, en vertu de laquelle une indemnité de fin de contrat, versée à titre de complément de salaire à l'issue d'un contrat de travail à durée déterminée lorsque les relations contractuelles de travail ne se poursuivent pas par un contrat à durée indéterminée, n'est pas due dans le cas où le contrat est conclu avec un jeune pour une période comprise dans ses vacances scolaires ou universitaires. Il faut regarder de plus près le raisonnement de la Cour sur l'absence de comparabilité qui permet, de façon étonnante, de conclure à l'absence de situation précaire des jeunes en raison des études qui sont en cours.

« Il convient donc d'examiner si la situation d'un étudiant tel que le requérant au principal, employé sur la base d'un contrat de travail à durée déterminée pendant ses vacances universitaires, est objectivement comparable, au regard de l'objectif poursuivi par l'article L. 12438 du code du travail, à celle des travailleurs qui, conformément à cette disposition, sont éligibles à l'indemnité de fin de contrat »..... « En l'occurrence, alors que l'indemnité de fin de contrat, dont le versement doit intervenir à l'issue du contrat de travail à durée déterminée, vise à compenser, ainsi que le rappelle l'article L. 12438, premier alinéa, du code du travail, la précarité de la situation du salarié lorsque les relations contractuelles ne se poursuivent pas par un contrat à durée indéterminée, l'article L. 1243-10, 2°, de ce code exclut explicitement du bénéfice de cette indemnité les jeunes ayant conclu un contrat de travail à durée déterminée pour une période comprise dans leurs vacances scolaires ou universitaires. Le législateur national a ainsi, implicitement mais nécessairement, considéré que ces jeunes ne sont pas, à l'expiration de leur contrat, dans une situation de précarité professionnelle⁷³ ».

Compte tenu du taux de chômage de longue durée des jeunes, comme les seniors et des faibles revenus de nombreux étudiants, la Cour a pu ainsi contourner non seulement le contrôle de la justification de ce statut sans indemnités de rupture mais esquiver surtout le contrôle de proportionnalité des exceptions à la discrimination fondée sur l'âge. Il aurait sans doute permis de montrer que l'absence d'indemnités pour les étudiants

⁷⁰ Soc.17 mars 2015 n°13-27142.

⁷¹ Pour des salariés âgés refusant une cessation anticipée d'activité: Soc. 9 juil 2015 n° 14-16009.

⁷² C432/14,O c/ Bio Philippe Auguste : CJUE 1er oct 2015.

⁷³ CJUE c/ Bio Philippe Auguste, pt 34 et 35.

l'été n'était pas forcément le meilleur moyen de promouvoir l'emploi des personnes en contrats précaires qui recherchent tout de suite un emploi après leurs contrats à durée déterminée.

Enfin, à la différence du droit européen, les juges français étendent leur contrôle au-delà des ruptures, au droit à la formation, notamment des pilotes plus âgés⁷⁴. Cela permet de faire ressortir implicitement des préjugés sur l'âge avancé et le manque de motivation à se former face à une présumée obsolescence systématique des connaissances des travailleurs âgés. La CJUE peut, en revanche, demeurer critique des exigences essentielles et déterminantes fondées sur l'âge qui ne sont pas justifiées et proportionnées. Un exemple récent concerne les limites d'âge au recrutement de la police locale espagnole⁷⁵.

Les dispositions de protection en matière de droit à pension ou indemnités de rupture ne sont pas les seules qui sont soumises à l'examen des juges.

B/ Discrimination fondée sur la maternité

Les juges judiciaires exercent une vigilance accrue autour des moments de protection de la maternité qui augmentent le risque de discrimination, une fois la portée de la période de protection achevée. S'ils peuvent, ils utilisent le régime de protection concernant les actes préparatoires interdits⁷⁶. Sinon, les juges peuvent plus facilement repérer et relever la différence de traitement de l'employeur avant et après la connaissance de l'état de grossesse pour rappeler l'aménagement de la charge de la preuve qui exige de l'employeur de justifier ce changement de comportement : « qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que l'employeur, informé de l'état de grossesse de la salariée, avait, après avoir renoncé à la première procédure de licenciement, dispensé l'intéressée d'activité jusqu'à son congé de maternité, refusé le maintien de son salaire pendant le congé selon l'usage dans la société, et mis en œuvre la clause de mobilité de la salariée à l'issue de son congé de maternité, ce dont il résultait des éléments laissant supposer l'existence d'une discrimination en raison de l'état de grossesse de la salariée et qu'il incombait à l'employeur, au vu de ces éléments, de prouver que sa décision était justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination, la Cour d'appel a violé les textes susvisés⁷⁷ ».

Il semble que les juges français appréhendent plus facilement ces discriminations liées à la maternité qui prolongent et complètent les règles protectrices de la maternité. Leur logique est inhérente au discours historiquement protecteur du droit du travail en présence parfois aussi de harcèlement moral qui s'ajoute à la discrimination⁷⁸. L'intérêt au moins est de voir que les règles de la non discrimination peuvent prendre le relais, grâce à la preuve plus favorable, des règles traditionnelles de protection de la maternité lorsque la durée du statut protecteur est expirée.

⁷⁴ Soc 18 fév. 2014 n° 13-10294 : Qu'ayant constaté que l'employeur n'apportait aucun élément faisant apparaître que le refus opposé au salarié était justifié par un objectif légitime, que l'argument de la société relatif à la rentabilité du coût de la formation, selon lequel le navigant qui a atteint soixante ans serait susceptible de ne pas renouveler sa demande annuelle de poursuite de son activité jusqu'à l'expiration de la durée minimale d'affectation ou de ne plus pouvoir assurer des vols, suite aux visites médicales auxquelles il est soumis, est inopérant, tout navigant pouvant, à un moment quelconque de sa carrière et quel que soit son âge mettre fin au contrat de travail qui le lie à la société ou ne plus être autorisé à piloter en raison d'un problème de santé constaté lors d'une visite médicale, alors qu'il a pu bénéficier d'une récente qualification non encore amortie, et qu'ayant retenu que l'objectif de sécurité publique est assuré pour les pilotes de plus de soixante ans.. (article L. 421-9 du code de l'aviation civile), la cour d'appel a, par ces seuls motifs, ... caractérisé une discrimination fondée sur l'âge ».

⁷⁵ CJUE 13 nov. 2014 Mario Vital Perez aff. C-416/13.

⁷⁶ Soc. 15/09/2010 n° 08-43299, moins ambitieux que CJCE 11/10/2007 aff. C-460/06 Paquay.

⁷⁷ Soc. 02/07/2014, n° 1229385. V. aussi Soc. 2/07/2014 n°1312496.

⁷⁸ Soc. 02/07/2014, n° 1229385 : (la suite) : « qu'en statuant ainsi, alors d'une part que la salariée invoquait au titre du harcèlement moral la première procédure de licenciement dont elle avait fait l'objet avant que l'employeur n'y renonce à réception du certificat de déclaration de grossesse, la dispense d'activité qui s'en était suivie jusqu'au début de son congé et le refus de l'employeur de lui maintenir son salaire pendant son congé de maternité, d'autre part qu'elle a constaté qu'à l'issue du congé de maternité de la salariée l'employeur avait notifié à celle-ci sa mutation de Paris à Troyes sous l'autorité d'une collègue avec laquelle elle travaillait auparavant en binôme et que sa place de parking avait été supprimée, la cour d'appel, qui devait prendre en compte l'ensemble des éléments invoqués pour dire s'ils laissaient présumer l'existence d'un harcèlement moral, a violé les textes susvisés ».

C/ Discrimination fondée sur la religion

La discrimination fondée sur la religion après la « saga » de l'affaire *Babyloup* interroge encore les juges français comme en témoigne une question préjudicielle récente : « les dispositions de l'article 4 §1 de la directive 78/2000/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, doivent-elles être interprétées en ce sens que constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, **en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice**, le souhait d'un client d'une société de conseils informatiques de ne plus voir les prestations de service informatiques de cette société assurées par une salariée, ingénieur d'études, portant un foulard islamique⁷⁹ » ?

Les questions de plus en plus courantes dans le contentieux des discriminations aux États-Unis concerne aussi la religion, le marché et les conflits d'intérêts dans l'emploi en raison des pratiques religieuses⁸⁰ : la consécration des droits fondamentaux des entreprises en matière de conviction religieuse⁸¹ ; l'adoption de lois dans les États fédérés qui autorisent les entreprises ayant des convictions religieuses (c'est l'équivalent des entreprises de tendance de se placer hors du champ d'application du droit des discriminations) et plus récemment la réaffirmation de la nécessité que l'employeur engage des discussions sur l'aménagement raisonnable de l'employeur si la salariée est voilée, même en présence d'un code vestimentaire de l'entreprise⁸². Ces débats outre atlantique trouvent donc un écho similaire aux conjectures de la France, sous haute tension en raison de l'importance, par ailleurs, du principe de laïcité⁸³. Des décisions d'un niveau inférieur expriment clairement l'incidence possible de l'opinion publique sur la perception du voile et l'usage plus fréquent du contrôle des atteintes aux libertés de l'article 1121-1 du code du travail plutôt que l'interdiction des discriminations religieuses⁸⁴.

Revenons à la question préjudicielle posée à la CJUE concernant le voile d'une ingénieure face aux exigences de la clientèle, dans le cadre de l'exception à la non discrimination fondée sur la religion, les juges européens auront à se prononcer sur la demande de non-application de la règle de non discrimination qui, dans chaque cas, doit être légitime et être mise en oeuvre de manière proportionnée. Quels sont les éléments de nature à constituer une telle exigence à la lumière des directives qui doivent être interprétés de manière restrictive⁸⁵ ? Comment le voile comme « caractéristique liée au motif » de la religion et « la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice », vont-ils jouer comme mesures d'appréciation du caractère légitime et proportionné de l'exigence requise ? Quels seront ensuite les emplois concernés par le critère religion qui dérogeraient à la règle de non discrimination comme ceux énoncés pour le sexe, en dehors de l'hypothèse des entreprises à tendance ? Normalement par le biais des exceptions, il n'est pas possible de justifier des préjugés qui n'ont aucun lien avec la performance au poste. Sinon l'exception englutit la règle.

⁷⁹ Soc. 9 avril 2015 N° 13-19855.

⁸⁰ V. M. Mercat-Bruns, *Discriminations en droit du travail : dialogue avec la doctrine américaine*, Dalloz, coll. « À droit ouvert », 2013, p. 540 et une mise à jour dans le livre numérisé traduit qui est gratuit : Mercat-Bruns, Marie. *Discrimination at Work: Comparing European, French, and American Law*. Oakland: University of California Press, 2016. doi: <http://dx.doi.org/10.1525/luminos.11>.

⁸¹ Dans *Burwell v. Hobby Lobby*, 573 U.S. (2014), la Cour suprême a décidé qu'une entreprise familiale au nom de ses convictions religieuses pouvait refuser de prendre en charge le coût de la prise de contraception de ses salariés, exigé par l'assurance maladie Obamacare.

⁸² 575 US (2015), 1^{er} juin 2015 ; M. Mercat-Bruns, « La Cour suprême américaine face au code vestimentaire de l'entreprise », *Revue de droit du travail*, 2016 p.117.

⁸³ V. la diversité des analyses, S. Hennette Vauchez, V. Valentin, *L'affaire Baby Loup ou la nouvelle laïcité*, LGDJ, coll. « Exégèses », 2014, p. 31 ; J. Sapir, *Souveraineté, démocratie, laïcité*, Michalon, 2016.

⁸⁴ V. Conseil de prud'hommes de Lyon (départage), 18 septembre 2014 : Article 1121-1 CT sur le contrôle des restrictions aux libertés et non l'interdiction des discriminations ; Carrefour ne peut invoquer des sondages hostiles au port du voile pour justifier le licenciement d'une caissière voilée.

⁸⁵ V. CJUE du 12 janvier 2010 affaire C 229/08 Colin Wolf ; CJUE du 13 septembre 2011 affaire C-447/09 Reinhard Prigge.

En outre, le contrôle de proportionnalité de l'exception devra permettre de s'interroger sur l'interdiction systématique du voile pour les ingénieurs musulmans qui le portent. Dans le cas où l'exception est admise comme légitime et proportionnée, pourra-t-on observer une ségrégation des métiers selon les pratiques religieuses et cantonner les femmes salariées voilées à certains postes non visibles⁸⁶ ?

D/ Discrimination fondée sur l'orientation sexuelle : l'importance de l'aménagement de la charge de la preuve

La Cour de cassation censure les juges du fond qui ne tirent pas profit de l'aménagement de la charge de la preuve de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, élément de la vie privée du salarié : « qu'en se déterminant ainsi, alors que le salarié soutenait qu'un mois après avoir appris son orientation sexuelle son supérieur lui avait retiré un dossier contrairement à la volonté du client concerné et qu'à peine deux semaines après ce retrait il l'avait convoqué à un entretien préalable à son licenciement pour faute grave, la Cour d'appel qui, tout en constatant que le licenciement prononcé était dépourvu de cause réelle et sérieuse, s'est abstenue de rechercher si ces éléments ne pouvaient pas laisser supposer l'existence d'une discrimination, a privé sa décision de base légale⁸⁷».

L'intérêt ici est de voir que « le retrait de dossier » est suffisant pour détecter la différence de traitement arbitraire suite à une révélation sans avoir à prouver l'orientation sexuelle, élément intime de la vie privée. La Cour de justice parle de simple preuve « d'apparence de discrimination » lorsque l'employeur ne fait rien pour s'afficher comme entreprise tolérante, voir ouverte à la diversité de tous les salariés, sans sonder l'orientation sexuelle de ses salariés⁸⁸. Il peut aussi exister une ambiance homophobe pendant une certaine période de l'activité de l'entreprise comme le dénonce un autre arrêt⁸⁹.

Enfin avant le mariage pour tous et grâce à une question préjudicielle, la reconnaissance d'une discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle a permis d'accorder aux couples pacsés les mêmes avantages issus de la convention collective que ceux accordés aux couples mariés⁹⁰.

⁸⁶ Une étude montre que certaines femmes voilées choisissent un cursus scolaire qui les éloigne le plus possible du moment de la rencontre avec le monde de l'entreprise. Elles adoptent une stratégie afin de repousser ce choix le plus tard possible. Fatiha Ajbli, « Les Françaises musulmanes face à l'emploi : le cas des pratiquantes «voilées» dans la métropole lilloise », thèse EHESS, 2011.

⁸⁷ Cass soc 6 novembre 2013 n°12-22270.

⁸⁸ CJUE, 25 avril 2013, ACCEPT Aff C-81/12.

⁸⁹ Soc. 24/04/2013 n°11-15204 : « Mais attendu, d'abord, que la cour d'appel a relevé que, postérieurement à son inscription sur la liste d'aptitude de sous-directeur, le salarié avait postulé en vain à quatorze reprises à un poste de sous-directeur ou à un poste de niveau équivalent, qu'il a répondu à des propositions de postes à l'international, à une proposition de poste dans une filiale à Paris, qu'il est le seul de sa promotion de 1989 à ne pas avoir eu de poste bien que son inscription sur la liste d'aptitude ait été prorogée à deux reprises en 1995 et en 2000 et qu'il était parmi les candidats les plus diplômés et que plusieurs témoins font état d'une ambiance homophobe dans les années 70 à 90 au sein de l'entreprise ; qu'elle a pu en déduire que ces éléments laissent présumer l'existence d'une discrimination en raison de son orientation sexuelle ; Et attendu, ensuite, qu'ayant relevé que la Caisse ne pouvait soutenir utilement, d'une part, qu'elle n'avait pas disposé de poste de direction en son sein propre entre 1989 et 2005, d'autre part, qu'elle n'avait pas été en mesure de recommander activement la candidature de son salarié sur des postes à l'international, la cour d'appel a pu décider que les justifications avancées par l'employeur ne permettaient pas d'écarter l'existence d'une discrimination en raison de l'orientation sexuelle du salarié ».

⁹⁰ Soc. 9 juillet 2014 n° 10-18341.

E/ Discrimination multiple : des exemples de confluence de l'âge, de l'apparence physique, de l'appartenance syndicale et du sexe

La discrimination multiple est interdite par les directives⁹¹. La jurisprudence française propose différentes façons⁹² de prendre en compte la combinaison des critères qui peut produire une discrimination. Certains contentieux font implicitement référence à de nouvelles formes de discrimination non prévues par la loi comme le genre, le rôle social assigné au sexe, par le simple cumul de critères (apparence physique, sexe) : « mais attendu qu'ayant rappelé qu'en vertu de l'article L. 1132-1 du code du travail, aucun salarié ne peut être licencié en raison de son sexe ou de son apparence physique, la Cour d'appel a relevé que le licenciement avait été prononcé au motif, énoncé dans la lettre de licenciement que «votre statut au service de la clientèle ne nous permettait pas de tolérer le port de boucles d'oreilles sur l'homme que vous êtes», ce dont il résultait qu'il avait pour cause l'apparence physique du salarié rapportée à son sexe ; qu'ayant constaté que l'employeur ne justifiait pas sa décision de lui imposer d'enlever ses boucles d'oreilles par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination, elle a pu en déduire que le licenciement reposait sur un motif discriminatoire ; que le moyen, inopérant en ce qu'il se fonde sur l'article L. 1121-1 du code du travail dont la Cour d'appel n'a pas fait application, n'est pas fondé⁹³».

La discrimination multiple en France, sans être dénoncée explicitement, peut être décelée lorsque certains critères ne font pas bon ménage comme l'âge et l'appartenance syndicale, critère non couvert par le droit européen : « lorsque l'employeur attend la fin de la période de protection du salarié pour, sous couvert d'une mise à la retraite ne répondant pas aux conditions légales, procéder à la rupture du contrat de travail qui s'inscrivait dans le cadre du projet de licenciement collectif induit par la fermeture du site, déjà effective à la date de la rupture, les engagements pris dans le PSE sont différés à l'égard de ce salarié. »⁹⁴. Des femmes salariées sont plus exposées dans certains métiers aux différences de traitement discriminatoires lorsqu'elles vieillissent. Une Cour d'appel n'hésite pas à reconnaître, dans les termes même de l'arrêt, l'influence de plusieurs critères : c'était le cas d'une vendeuse de lingerie âgée de 54 ans, reconnue discriminée à raison de son âge et de son apparence dans le cadre d'une demande de mutation dans un grand magasin parisien. Il lui était préféré des jeunes femmes⁹⁵.

CONCLUSION

Cette étude de la jurisprudence française à la lumière du droit européen et de certains arrêts américains permet de cerner certaines évolutions possibles du droit des discriminations et certaines zones de résistance au regard de ce droit. Premièrement, on relève que la fertilisation croisée des jurisprudences des cours de la CEDH et de la CJUE et l'émergence de jurisprudences innovatrices dans le droit des États membres peuvent commencer, à leur tour, à influencer le droit américain qui était à l'origine de ce droit des discriminations dans l'emploi⁹⁶.

⁹¹ V. Préambule de la Directive (3) 2000/78/CE du Conseil du 27 nov. 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, pt 3 : « Dans la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement, la Communauté cherche, conformément à l'article 3, paragraphe 2, du traité CE, à éliminer les inégalités et à promouvoir l'égalité, entre les hommes et les femmes, en particulier du fait que les femmes sont souvent victimes de discriminations multiples ». V. A. Masselot, J. Bulloch, *Multiple discrimination and intersectional disadvantages : challenges and opportunities in the European Union Legal Framework*, Columbia J. of Europ. L. 2013 n° 19, p. 57 ; I. Daugareilh, « Les discriminations multiples : Une opportunité pour repenser le droit à la non-discrimination », *Hommes et migrations* 2011, p. 34.

⁹² M. Mercat-Bruns, «Les discriminations multiples et l'identité au travail au croisement des questions d'égalité et de libertés», *RDT* janvier 2015, p. 28.

⁹³ Cass. soc. 11 janv. 2012 n°10-28213.

⁹⁴ Soc 19 mai 2015 n° 13-27763.

⁹⁵ CA VERSAILLES du 7/05/2014 n° 13/03766.

⁹⁶ V. La mise à jour et la traduction de l'ouvrage M. Mercat-Bruns, « Discriminations en droit du travail : dialogue avec la doctrine américaine », *Dalloz*, coll. « À droit ouvert », 2013 dans le livre numérisé : Mercat-Bruns, Marie. *Discrimination at Work: Comparing European, French, and American Law*. Oakland: University of California Press, 2016. doi: <http://dx.doi.org/10.1525/luminos.11>.

En deuxième lieu, on note la montée en puissance des organes de suivi et contrôle du respect des droits humains au-delà du droit des discriminations. Il faut observer le travail du Défenseur des droits et des Commissions pour les droits de l'homme au Royaume Uni et aux Pays-Bas par exemple⁹⁷.

Troisièmement, en matière de sanctions, on relève une volonté d'adopter une action de groupe notamment en matière de discriminations en France⁹⁸ qui ne prendra pas la même forme que celle des class action américaine. Son efficacité dépendra de son régime et sa capacité de mettre en oeuvre une cessation future des manquements. Pour l'instant, c'est une action assez fermée dans l'emploi puisqu'elle est ouverte seulement aux syndicats dans l'emploi et aux associations avec une certaine ancienneté qui ne pourraient s'occuper que des discriminations au recrutement. Se posera la question de la nature de la discrimination appréhendée collectivement. Pour l'instant, l'action est possible dans l'hypothèse suivante : « lorsque plusieurs personnes, placées dans une situation similaire, subissent un dommage causé par une même personne, ayant pour cause commune un manquement de même nature à ses obligations légales ou contractuelles, une action de groupe peut être exercée en justice au vu des cas individuels présentés par le demandeur. Cette action peut être exercée en vue soit de la cessation du manquement mentionné au premier alinéa, soit de l'engagement de la responsabilité de la personne ayant causé le dommage afin d'obtenir la réparation des préjudices subis, soit de ces deux fins. » (art. 20 du projet)

Dans ce cadre, cette vision linéaire des discriminations restreint l'imputabilité à un auteur et un manquement commun alors que la discrimination systémique de nature collective peut être le résultat d'une combinaison d'actes discriminatoires directs et indirectes et de plusieurs auteurs passés et présents. On note, cependant, dans la jurisprudence, la possibilité actuelle de reconnaître que le préjudice lié à la discrimination et celui lié au harcèlement peuvent être distincts et la réparation peut se cumuler⁹⁹.

Il existe enfin des zones de résistance à la mise en oeuvre de ce droit. Il semble qu'en dépit de l'aménagement de la charge de la preuve, certains critères sont encore difficiles à mobiliser en France devant les juges notamment le critère racial¹⁰⁰. Cela explique sans doute l'adoption du critère de résidence et la proposition d'adopter un critère d'origine sociale¹⁰¹. En tout état de cause, dans l'avant-projet de loi El Khomri, la place réservée au droit de la non discrimination dans l'emploi demeure intact.¹⁰²

⁹⁷ V. Recherche pluridisciplinaire pour le Ministère de la Justice (GIP Justice) et le Défenseur des droits qui sortira en juin 2016 sur « La mise en oeuvre du principe de non discrimination par les institutions et les juges » : analyse de jurisprudence civile, administrative et travailliste ainsi que que la mobilisation parallèle d'une grille d'entretien commune élaborée par des politistes (CEVIPOF) et des juristes (Ecole de droit de Sciences Po/Paris II CERSA), assortie d'une comparaison européenne avec les Pays-Bas.

⁹⁸ <http://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPreparation.do?>

idDocument=JORFDOLE000030962821&type=general&typeLoi=proj&legislature=14, Projet de loi relatif à l'action de groupe et à l'organisation judiciaire (JUSX1515639L)

⁹⁹ Cass. Soc. 3 mars 2015 n° 13-23521, RJS 5/15 n°314 : En l'espèce, dans le milieu de l'édition, une rédactrice avait subi, au retour de ses trois congés de maternité, une diminution importante de ses fonctions rédactionnelles. Licenciée pour inaptitude physique, elle a réclamé devant les juges du fond une réparation pour harcèlement moral et pour discrimination en raison de l'état de grossesse. Pour la Cour de cassation : « les obligations résultant des articles L 1132-1 et L 1152-1 du Code du travail, prohibant respectivement les discriminations et le harcèlement moral, sont distinctes en sorte que la méconnaissance de chacune d'elles, lorsqu'elle entraîne des préjudices différents, ouvre droit à des réparations spécifiques »... « Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résulte de ces énonciations que les dommages-intérêts alloués au titre de la discrimination réparent les préjudices matériels et moraux résultant de la privation d'une partie des fonctions de l'intéressée après retour de ses congés maternité (discrimination) et non l'atteinte à la dignité et à la santé de la salariée (harcèlement), ayant conduit à un état d'inaptitude médicalement constaté, résultant du harcèlement moral dont elle a fait l'objet, la cour d'appel a violé les textes susvisés » ; V. sur l'influence du droit européen, L. Lerouge, « Politique communautaire de santé-sécurité au travail et influence sur le droit français au prisme des risques psychosociaux », in Aubert-Monpeyssen T. (dir.), Les transformations du droit du travail et la crise : approches comparées en Europe, Etudes de l'IRDEIC XII/2015, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, p. 93.

¹⁰⁰ V. par exemple, Un faible nombre d'arrêts : Cass. soc., 15 déc. 2011, pourvoi no 10-15.873 (Airbus).

¹⁰¹ V. Diane ROMAN, « La discrimination fondée sur la condition sociale, une catégorie manquante du droit français », *Dalloz*, 2013, p. 1911.

¹⁰² <http://www.gouvernement.fr/loi-travail>.

COMPTRASEC

// Centre de droit comparé du travail et de la sécurité sociale //

Pour aller plus loin

M. Mercat-Bruns,

« Discriminations multiples et identité au travail au croisement des questions d'égalité et de liberté », *RDT*, janvier 2015, p. 28.

M. Mercat-Bruns,

« Inaptitude non professionnelle et discrimination directe dans une convention collective », *RDT*, 2015, p. 119.

M. Mercat-Bruns,

« Age and disability differential treatment in France – Contrasting EU and national court's approaches to the inner limits of anti-discrimination law », *International Journal of Discrimination and the Law*, March-June 2015, vol. 15, 1-2, pp. 62-79, first published on November 12, 2014.

M. Mercat-Bruns,

« Discriminations en droit du travail: dialogue avec la doctrine américaine », *Dalloz*, 2013.



COMPTRASEC

// Centre de droit comparé du travail et de la sécurité sociale //

Ce Working Paper peut être librement téléchargé. Toute autre reproduction ou diffusion sous quelque format que ce soit nécessite l'accord préalable de son ou ses auteur(s) et du laboratoire COMPTRASEC. Le format de citation est précisé à la page suivante (références du document) et doit comporter le nom de l'auteur, le titre, COMPTRASEC-WPS/l'année de publication/le numéro de publication, tels qu'ils figurent dans le cadre ci-dessus.

<http://comptrasec.u-bordeaux.fr/working-papers>

© COMPTRASEC - 2015
Information et soumission des textes :
alexandre.charbonneau@u-bordeaux.fr

COMPTRASEC - UMR 5114
Université de Bordeaux
Avenue Léon Duguit
33608 Pessac Cedex
FRANCE
<http://comptrasec.u-bordeaux.fr/>



RÉF. M. MERCAT BRUNS, COMPTRASEC-WPS/2015/15, Novembre 2015.