

Les questions d'actualité du droit
de la non discrimination
en France and leurs effets possibles dans l'UE

ENM /ERA 2015

Marie Mercat-Bruns

Ecole de droit Sciences Po/CNAM

Plan de l'intervention

- Introduction:
- L'impulsion européenne et les enjeux transnationaux
- I- Les divers usages de la notion de discrimination directe
- II- L'application originale de la discrimination indirecte
- III- Les divers usages des critères discriminatoires
- IV- L'appréhension du préjudice

Introduction: L'impulsion européenne

Le principe 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 respect » (CJCE Defrenne III). Légitimité renforcée avec l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, partie intégrante des Traités depuis Lisbonne.

Introduction: L'impulsion européenne

- Le Traité d'Amsterdam de 1997, (art. 13 auj. art. 19) a renforcé encore davantage ce corpus juridique en étendant la portée du droit de la non discrimination à d'autres critères interdisant la discrimination fondée non seulement sur le sexe, l'origine et la race mais aussi la religion, l'âge, l'orientation sexuelle et le handicap

Introduction: L'impulsion européenne

- Le même article 13 (19 auj.) du Traité invite « le Conseil à agir à l'unanimité, sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, pour prendre les mesures appropriées afin de combattre la discrimination. »
- **Ont été adoptées dans la foulée les directives principales en matière de discrimination relatives à l'emploi:**
 - 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

Introduction: La transposition des directives et perspective transnationale

- Aujourd'hui, la transposition des directives en France s'est faite en 2 temps par l'adoption des lois de 2001 et de 2008.
- Mais c'est la jurisprudence interne qui retient notre attention aujourd'hui. 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 Etats

Introduction: Enjeux actuels de l'application du droit de la non discrimination en France

- Avec l'adoption en cours **d'une action de groupe** pour discrimination (projet de loi Justice XXI), l'application et l'interprétation du droit de la non discrimination, notamment dans l'emploi, prennent toute leur importance car ces actions visent les **discriminations systémiques**: « discriminations qui relèvent d'un système, c'est-à-dire d'un ordre établi provenant de pratiques, volontaires ou non, neutres en apparence, mais qui donne lieu à des écarts de rémunération ou d'évolution de carrière entre une catégorie de personnes et une autre » (Rapport Pecaut-Rivolier sur l'action de groupe)
- Notion de discrimination systémique en droit étranger est plus large (Canada, Etats-Unis)

I- Les divers usages de la notion de discrimination directe

- A) Discrimination sans comparaison
- B) Discrimination directe dans les conventions collectives

I-A) Discrimination directe: discrimination sans comparaison

- Alors que 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**
- Or dans certains contentieux sur la discrimination directe à l'encontre des femmes liées à une activité syndicale, **l'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement une comparaison** avec la situation d'autres salariés.
- 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

I-A) Discrimination directe: discrimination sans comparaison

- **Cass. soc. 10 novembre 2009 n° 07-42849:**
- **Attendu** que 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 ;
- **Attendu, cependant, que l'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres salariés ;**
- 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 laissaient pas supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte**, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

I B) Discrimination directe dans les conventions collectives

- Le droit européen connaît les conventions collectives discriminatoires...

Les juges français sondent les accords en droit interne qui accordent des indemnités.....

- 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 justifiant.
- Cass. Soc. 08.10.2014 n°13-11789
- V. aussi Soc. 23 mai 2012 n° 10-18.341

II- L'application originale de la discrimination indirecte

- A) Discrimination systémique dans la protection sociale
- B) Discrimination indirecte et l'accès au droit
- C) Discrimination indirecte dans la gestion de l'absence

A) Discrimination systémique dans la protection sociale

- **Lorsque l'appréciation des discriminations permet de mieux apprécier la ségrégation sexuée des métiers**
- 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 régime.
- Cass. soc., 6 juin 2012, n° 10-21.489

II B) Discrimination indirecte et l'accès au droit

- **Le désavantage de la discrimination indirecte tiré d'une loi apparemment neutre peut être la privation 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 chef...» (Soc. 3 nov. 2011 déjà cité)

II C) Discrimination indirecte dans la gestion de l'absence

- **Les juges français sondent les décisions patronales qui prennent la forme de pratiques collectives discriminatoires**
- 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'absence, y compris en cas de maladie ou d'accident du travail, au cours desquels étaient évoquées les perturbations de l'organisation de l'entreprise résultant de l'absence, cet entretien donnant lieu 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 ; que le moyen qui manque en fait en sa première branche, n'est pas fondé pour le surplus **Cass. soc. 12 février 2013 N° 11-27689**

III- Les divers usages des critères discriminatoires

- A) Discrimination fondée sur l'âge (exceptions non admises)
- B) Discrimination fondée sur le sexe (maternité)
- C) Discrimination fondée sur la religion (clientèle)
- D) Discrimination fondée sur l'orientation sexuelle (preuve)
- E) Discrimination multiple (apparence physique, sexe, âge, appartenance syndicale)

III A) Discrimination fondée sur l'âge (exceptions non admises)

Art. 6 of 2000/78 Directive 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 nécessaires.**

CJCE Palacios C-411/05; CJUE Fuchs C-159/10

En droit interne: art. 1133-2 CT reprend cette exception

III A) Discrimination fondée sur l'âge (exceptions non admises)

« Il y a lieu de rappeler..... 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 traitement** » (Aff. C-144/04 - Werner Mangold, pts 74 à 76)

« 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.** »

- C-555/07 Küçükdeveci, pts 50, 51

III A) Discrimination fondée sur l'âge (exceptions non admises)

- **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 exceptions.
- Récemment, pour des skieurs Soc. **17 mars 2015 n°13-27142**
- Pour des salariés âgés refusant une cessation anticipée d'activité: **Soc. 9 juil 2015 n° 14-16009**

III A) Discrimination fondée sur l'âge (exceptions non admises)

- Soc. 9 juil 2015 n° 14-16009 :
- « 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 ».

B) Discrimination fondée sur le sexe (maternité)

- **Les juges exercent une vigilance accrue autour des moments de protection de la maternité qui augmentent le risque de discrimination:**
- « 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 susvisés” **Soc. 02/07/2014, n° 12-29385** et Soc. 2/07/2014 n°1312496
- V. aussi Soc. 15/09/2010 n° 08-43299, moins ambitieux que CJCE 11/10/2007 aff. C-460/06 Paquay

C) Discrimination fondée sur la religion (clientèle)

- **Question préjudicielle sur le port du voile et les souhaits de la clientèle,** Cass. soc. 9 avril 2015 n° 1319855
- "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 islamique ?"
- **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.**

D) Discrimination fondée sur l'orientation sexuelle

- **Rappel de l'aménagement de la preuve, Cass. Soc. 6 novembre 2013, n°12-22270:**
- Attendu que pour débouter le salarié de sa demande tendant à obtenir la nullité de son licenciement pour discrimination en raison de son orientation sexuelle, sa réintégration et le paiement des salaires bruts dus à compter de la date du licenciement et jusqu'à la date effective de la réintégration, l'arrêt retient que M. X... ne rapporte aucun propos, mesure, décision, attitude laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte à son égard ;

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 légale ;

- V. aussi Soc. 24/04/2013 n°11-15204; Soc. 9 juillet 2014 n° 10-18341

III E) Discrimination multiple (apparence physique, sexe, âge)

- **Certains contentieux font référence à de nouvelles formes de discrimination (le genre) par le 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 fondé ; »
- Cass. soc. 11 janv. 2012 n°10-28213

III E) Discrimination multiple (Age et appartenance syndicale)

- Age et appartenance syndicale (discrimination syndicale non couverte par l'UE), Soc 19 mai 2015 n° 13-27763 :
- **Mise à la retraite frauduleuse et bénéfice différé du PSE:** « 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.

III E) Discrimination multiple (Sexe, apparence physique et âge)

- CA VERSAILLES du 7/05/2014 n° 13/03766:
- **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 femmes.

IV- L'appréhension du préjudice

La faculté de distinguer les préjudices (harcèlement et discrimination):

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. »

Conclusion

- Aménagement de la charge de la preuve est clé et rôle utile du Défenseur des droits
- Certains critères encore difficiles à mobiliser en France (critère racial)
- Nouveaux critères à mobiliser (résidence, discussions sur la perte d'autonomie, la précarité sociale?)
- Défis de l'action de groupe