



➔ **Accompagner et défendre
les personnes victimes
de discrimination**



SOMMAIRE

Préface.....	3
I Développer une position face à la lutte contre les discriminations et à la promotion de la diversité.....	4
II Les principales dispositions des lois en matière de discrimination.....	6
III Les discriminations dans les relations de travail.....	9
IV Notions d'égalité et d'égalité de traitement.....	11
V Illustrations de quelques situations de discrimination.....	13
VI Quelques exemples d'identification de champ de discrimination.....	16
VII Le régime probatoire (Tout ce qui permet de fournir une preuve).....	17
VIII Interventions utiles à la collecte des preuves.....	18
IX Les recours.....	21
X Les sanctions et demandes.....	22
XI Mesures spécifiques introduites par la loi du 27 mai 2008.....	23
XII Les différentes étapes de l'accompagnement.....	23
XIII Modèle de questionnaire pour faire ressortir le fait discriminatoire.....	24
XIV Méthode systémique pour poser la problématique.....	26

*Livret réalisé par l'UNSA en partenariat avec le cabinet d'avocats
de Claude Katz et Nicolas Menard, spécialistes en droit social.*

La lutte contre les discriminations et la promotion de la diversité sont un engagement quotidien de l'UNSA. Cet engagement s'inscrit dans une logique de transformation de la situation par l'action.

Sait-on que, selon une récente étude menée par la HALDE et le BIT, 26 % des salariés de la fonction publique et 36 % du privé ont déjà eu le sentiment d'avoir été victime d'une discrimination sur leur lieu de travail ? Malgré l'arsenal juridique existant, les pratiques discriminatoires, bien qu'illégales, sont extrêmement répandues et socialement admises.

Agir, pour nous, c'est assurer la défense et l'accompagnement des victimes de discriminations, c'est être acteur lors des négociations d'accord sur « l'égalité et la promotion de la diversité » dans le collectif de travail.

Le présent livret propose les bases juridiques et des conseils pratiques pour lutter contre les discriminations dans le monde du travail. Il permet à nos responsables syndicaux de trouver les réponses claires et systémiques pour mieux défendre et accompagner les personnes victimes de discrimination.

Notre démarche consiste à soutenir les victimes, à les inciter comme les témoins à l'action. La loi doit être mobilisée là où il y a infraction à l'égalité de traitement, tel est le fil conducteur de ce livret.

Alain Olive
Secrétaire Général

I

Développer une position face à la lutte contre les discriminations et à la promotion de la diversité

La position syndicaliste ne s'arrête pas au constat, ni à la compréhension du phénomène et de son ampleur. Elle s'inscrit dans une logique de transformation de la situation par l'action. Face aux enjeux de la lutte contre les discriminations, agir c'est mettre le curseur entre deux grands

pôles d'action qui ont la même ambition : combattre les situations de discriminations qui portent atteinte à l'égalité des chances et de traitement effectif, et promouvoir une politique de prévention des discriminations et de promotion de la diversité.

*Combattre
les situations
de discriminations*

*Prévenir
les discriminations et
promouvoir la diversité*

*Action en faveur
de l'Égalité
de traitement*

Agir

Être acteur lors des négociations d'accords « Égalité – Diversité »

Prévenir les discriminations et promouvoir la diversité :

► *Promouvoir la diversité, c'est intervenir dans le tissu des relations sociales afin de sensibiliser et former les responsables syndicaux et les responsables d'entreprise à mieux comprendre, connaître et gérer les situations discriminatoires. Le curseur est mis sur la sensibilisation au vivre ensemble et la richesse des potentiels humains et économiques de la diversité. La finalité se résume à un changement des mentalités et des modes d'organisations qui le permettent.*

En complément de l'arsenal juridique, les initiatives en matière de prévention des discriminations sont fortement investies par la société

civile. Les connaissances et la créativité des acteurs du terrain s'appuient sur des constats faits au quotidien et sont orientés vers la recherche de solutions collectives. Les syndicats ont toute leur place et peuvent avancer de manière autonome sur cet axe. Les revendications syndicales et la négociation des accords de diversité constituent ainsi des opportunités pour aller au-delà des minima prescrits par le cadre législatif.

✓ **Voir le livret UNSA**
« Être acteur lors des négociations d'accords « Égalité - Diversité ».

Accompagner et défendre les victimes de discriminations

Combattre les situations de discriminations :

► *Le responsable syndical dans l'entreprise est, vis-à-vis des situations de discriminations, dans son rôle de soutien et défense des personnes victimes. Il a une place d'interface entre la direction et le salarié. Le besoin en connaissance des lois et en compétence d'accompagnement*

est primordial. Il doit veiller au respect de la loi, il doit avoir toutes les qualités du communicant et savoir détecter les situations discriminatoires. Parmi ses compétences, l'une des plus importantes est de savoir reconnaître ses propres limites lorsqu'elles sont attendues.

II

Les principales dispositions des lois en matière de discrimination

Principaux textes internationaux :

- ▶ Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948 ;
- ▶ Convention 111 de l'OIT (Organisation Internationale du Travail) de 1958 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession, ratifiée par la France en 1981 ;
- ▶ Convention internationale du 21 décembre 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, transposée en droit français par la loi du 1^{er} juillet 1972.

Principaux textes européens :

- ▶ Traité d'Amsterdam ratifié le 02 octobre 1997, dans son article 13, donne compétence à l'Union Européenne pour lutter contre toute discrimination fondée sur une série de nouveaux motifs, à savoir la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, l'âge, un handicap et l'orientation sexuelle ;
- ▶ La Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne proclamée le 18 décembre 2000 :

Chapitre III :

Egalité - Article 21 : **Non-discrimination**

« 1. Est interdite, toute discrimination fondée

notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.

2. Dans le domaine d'application du traité instituant la Communauté européenne et du traité sur l'Union européenne, et sans préjudice des dispositions particulières desdits traités, toute discrimination fondée sur la nationalité est interdite. »

Les principales directives européennes :

- ▶ Directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 du Conseil qui prohibe toute discrimination fondée sur la race ou l'ethnie, notamment en matière de l'accès à l'emploi et aux critères de recrutement ;
- ▶ Directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 du Conseil relative à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ;

Les principales lois nationales :

- ▶ Loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001, qui élargit les motifs de discrimination prohibés par la loi, aménage le régime de la preuve et permet aux syndicats et associations d'ester en justice ;
- ▶ Loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 qui crée une autorité administrative indépendante, la HALDE (Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité) ;
- ▶ Loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances créant l'Agence nationale pour la cohésion sociale et l'égalité des chances, et dotant la HALDE du pouvoir de proposer en matière de discrimination une transaction alternative aux procédures pénales ;
- ▶ Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations ;

Les principales dispositions du Code du travail et du Code pénal :

- Code du travail :

- ▶ Titre troisième du Code du travail :

Discriminations

(article L.1131-1 et suivants du Code du travail)

- Code pénal :

- ▶ Chapitre V :

Des atteintes à la dignité de la personne

Section première : **Des discriminations**

- Article 225-1 : la liste des discriminations ;
- Article 225-2 : la sanction pénale est de 3 ans d'emprisonnement et de 45.000 euros d'amende ;
- Article 225-3-1 : le délit constitué même s'il est démontré par sollicitation à cette fin ;
- Article 225-4 : responsabilité pénale des personnes morales.



Les principaux textes applicables dans le secteur public :

- ▶ Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 instaurant une liberté d'accès aux documents administratifs ;
- ▶ Décret n° 82-451 du 28 mai 1982 relatif aux commissions administratives paritaires de la fonction publique de l'Etat ;
- ▶ Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires :

article 6 : « Aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison de leurs opinions politiques, syndicales, philosophiques ou religieuses, de leur origine, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur apparence physique, de leur handicap ou de leur appartenance ou de leur non appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race. » ;

article 6^{ter} : « Aucune mesure concernant notamment le recrutement, la titularisation, la formation, la notation, la discipline, la promotion, l'affectation et la mutation ne peut être prise à l'égard d'un fonctionnaire en prenant en considération :

1° Le fait qu'il a subi ou refusé de subir des agissements contraires aux principes énoncés (ci-dessus) ;

2° Le fait qu'il a formulé un recours auprès d'un supérieur hiérarchique ou engagé une action en justice visant à faire respecter ces principes ;

3° Ou bien le fait qu'il a témoigné d'agissements contraires à ces principes ou qu'il les a relatés.

Est passible d'une sanction disciplinaire tout agent ayant procédé ou enjoint de procéder aux agissements définis ci-dessus. Les dispositions du présent article sont applicables aux agents non titulaires de droit public. » ;

article 8 : Les syndicats « peuvent se pourvoir devant les juridictions compétentes contre les actes réglementaires concernant le statut du personnel et contre les décisions individuelles portant atteinte aux intérêts collectifs des fonctionnaires ». Ils peuvent agir contre les décisions individuelles lorsque l'agent leur donne mandat pour le représenter ;

- ▶ Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 – articles 28, 29 et 30 sur les commissions administratives paritaires de la fonction publique territoriale ;
- ▶ Décret n° 89-229 du 17 avril 1989 relatif aux commissions administratives paritaires des collectivités territoriales et de leurs établissements publics ;

Principes d'égalités :

- L'égalité de traitement des fonctionnaires (Cons. const., 76-67 DC, 15 juillet 1976) ;
- L'égalité entre les candidats à un concours (CE Ass., 29 décembre 1978, n° 03-285) ;
- L'égalité « qui doit exister entre tous les candidats à un grade universitaire déterminé » (CE Sect., 28 septembre 1962 D. 1963, p. 62).

III

Les discriminations dans les relations de travail

Définition

La notion de « discrimination »

Une discrimination est une distinction illégitime. Est donc discriminatoire une décision affectant un ou des salariés qui repose sur une raison que le droit n'admet pas (cf. liste des critères discriminatoires – article L. 1132-1 du Code du travail). Une discrimination est donc une inégalité fondée sur un critère prohibé. Le droit de la non-discrimination est, dans une très large mesure, d'origine législative. Ainsi, toute distinction dans le traitement des salariés placés dans une situation identique ne constitue pas une discrimination, dès lors qu'elle n'est pas illégitime, car n'étant pas fondée sur un des critères discriminatoires énoncés dans les dispositions de l'article L. 1132-1 du Code du travail.

Les critères de discrimination retenus par la loi

La loi française liste une série de 18 critères ne devant pas influencer le recrutement ni les décisions relatives à l'évolution de la carrière, la sanction, le départ d'un collaborateur.

Ces 18 critères sont : l'origine, le sexe, les mœurs, l'orientation sexuelle, l'âge, la situation de famille, les caractéristiques génétiques, l'appartenance à une ethnie, l'appartenance à une nation, l'appartenance à une race, les opinions politiques, les activités syndicales ou mutualistes, les convictions religieuses, l'apparence physique, le patronyme, l'état de santé, le handicap, l'état de grossesse.

Les champs de discrimination retenus par la loi

La procédure de recrutement, l'accès à un stage ou à une période de formation dans l'entreprise, les sanctions disciplinaires, le licenciement, la rémunération, les mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, la formation professionnelle, le reclassement, l'affectation à un poste de travail ou à un emploi, la qualification professionnelle, la classification professionnelle, la promotion professionnelle, les mutations, le renouvellement d'un contrat à durée déterminée ou d'un contrat de mission d'un travailleur temporaire.

(article L. 1132-1 du Code du travail fixant la liste non exhaustive de ces domaines – cf. adverbe « notamment »)



Définition

Notion de discrimination directe et indirecte :

1 - Discrimination directe :

Constitue une discrimination directe « **la situation dans laquelle, sur le fondement de son appartenance ou de sa non appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou à une race, sa religion, ses convictions, son âge, son handicap, son orientation sexuelle ou son sexe, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable** ».

2 - Discrimination indirecte :

Constitue une discrimination indirecte « **une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner pour l'un des motifs (discriminations énumérées par la loi), un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but soient nécessaires et appropriés.** »

(Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, précitée supra ; et article L. 1132-1 du Code du travail)



IV Notions d'égalité et d'égalité de traitement

Définition

Notion d'égalité

L'exigence d'égalité, entendue strictement, exclut toute différence de droits ou d'avantages au sein du périmètre, de l'espace, du groupe, par exemple l'ensemble des nationaux ou l'ensemble des travailleurs d'une entreprise. À la différence de la discrimination, l'illicéité d'un acte au regard d'une règle prescrivant ou garantissant l'égalité requiert une comparaison. Elle concerne le contenu de l'acte et non sa raison ou son motif. (article L. 3221-2 du Code du travail : « tout employeur assure, pour un même travail, ou pour un travail de valeur égale, l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes » ; article L. 1251-18 du Code du travail relatif à la rémunération des travailleurs temporaires ; articles L. 3123-10 et L. 3123-36 du Code du travail pour les travailleurs à temps partiel ; article L. 1242-15 du Code du travail relatif à la rémunération du salarié sous contrat à durée déterminée)

- Illustration de l'application du principe d'égalité des salariés en matière de Plan de départ volontaire :

La limitation aux seuls salariés d'un des sites de l'entreprise, à l'exclusion des autres salariés de l'entreprise appartenant à la même catégorie professionnelle que ceux occupant des postes dont la suppression est envisagée, qui exclut ces autres salariés de l'entreprise placés dans une situation identique des avantages accordés aux volontaires, rompt le principe d'égalité entre les salariés et aboutit à une réduction des opportunités de reclassement interne à l'entreprise pour les salariés du site concerné dont le poste est supprimé, opportunité que l'employeur ne peut exclure au seul motif qu'elle obligerait les salariés à quitter la région, décision dont il n'est pas maître. Cette mesure restrictive, injustifiée porte atteinte à l'efficacité même des mesures de reclassement contenues dans le PSE, en ce qu'elle en restreint le périmètre. (CA Versailles, 14^{ème} Ch., 10 avril 2009, n° 09/00183)

Notion d'égalité de traitement

L'égalité de traitement requiert que, dans un périmètre, un espace, un groupe, tous soient traités selon des critères identiques et constants, ce qui implique qu'ils soient objectifs, donc passibles de vérification.

L'égalité de traitement n'exclut pas différences et distinctions ; elle n'emporte pas les mêmes droits, les mêmes avantages, les mêmes contraintes.

Elle condamne l'arbitraire en exigeant que les décisions reposent sur des raisons objectives.

(Arrêt « Ponsolle » du 29 octobre 1996, n° 92-43.680 : fondateur de la jurisprudence sur l'égalité de traitement, énonçant la règle « à travail égal, salaire égal »)

- Illustration de l'application du principe de l'égalité de traitement des salariés en matière de mise en œuvre d'un PSE (Plan de sauvegarde de l'emploi) :

« L'employeur ne peut traiter différemment des salariés qui se trouvent dans la même situation au regard d'un avantage qu'à la condition que des raisons objectives et pertinentes justifient cette différence de traitement. Abstraction faite de la référence erronée mais surabondante au principe de non-discrimination, la cour d'appel, qui a constaté que l'avantage refusé aux trois salariés avait été accordé à tous les autres membres du personnel licenciés dans les mêmes conditions, a fait ressortir que cette différence de traitement ne reposait pas sur des raisons objectives. » (Cass. soc., 13 mai 2009, n° 07-45.356)



V

Illustrations de quelques situations de discrimination

L'égalité femme-homme

■ **Le sexe du salarié ne peut être retenu comme critère** pour fixer son niveau de rémunération (article L. 3221-2 du Code du travail) : *« Tout employeur assure, pour un même travail ou pour un travail de valeur égale, l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes. »*.

Il en est de même en matière de recrutement, de formation, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle ou de mutation.

(article L. 1142-1 du Code du travail).

■ **Discrimination à raison du sexe dans l'évolution de carrière** : Seule salariée n'ayant pas eu d'évolution dans sa position de rémunération, sachant que « le seul fait que la salariée va

bénéficier automatiquement d'un changement de position de rémunération à l'ancienneté (...) ne justifie en rien le fait qu'elle a été écartée d'un avancement. »

(Cass. soc., 26 janvier 2000, n° 97-45.244)

■ **Prise en compte du sexe pour certaines professions** : Article R. 1142-1 du Code du travail selon lequel *« Les emplois et activités professionnelles pour l'exercice desquels l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue la condition déterminante sont les suivants :*

- ▶ **1°** : *Artistes appelés à interpréter soit un rôle féminin, soit un rôle masculin ;*
- ▶ **2°** : *Mannequins chargés de présenter des vêtements et accessoires ;*
- ▶ **3°** : *Modèles masculins et féminins. »*

L'origine

■ **L'offre d'emploi qui repose sur un critère d'origine excluant, sans motif légitime, les personnes non européennes ou de couleur, est discriminatoire en raison de l'origine.**

(Cass. crim., 23 juin 2009, n° 07-85.109)

■ **Le principe est celui de la liberté du travail et de la libre circulation des travailleurs.**

■ **Le fait de demander au salarié, au moment de son embauche, de changer son prénom d'origine constitue une discrimination à raison de son origine.**

(Cass. soc., 10 novembre 2009, n° 08-42.286, rendu sous le visa de l'article L. 1132-1 du Code du travail : *« Pour débouter le salarié de sa demande de dommages intérêts pour discrimi-*

nation, l'arrêt retient que l'intéressé a accepté le changement de prénom lors de son embauche ; (et) au moment de la signature du contrat, quatre salariés de la maison de retraite se prénommaient Mohamed et qu'aucun comportement discriminatoire ne peut être reproché à l'employeur. En statuant ainsi alors que le fait de demander au salarié de changer son prénom de Mohamed pour celui de Laurent est de nature à constituer une discrimination à raison de l'origine et alors que la circonstance que plusieurs salariés portaient le prénom de Mohamed n'était pas de nature à caractériser l'existence d'un élément objectif susceptible de la justifier, la cour d'appel a violé le texte susvisé. »)

L'appartenance ou non appartenance, vraie ou supposée à une ethnïe, une nation ou une race

■ Déclaration publique d'un refus de recrutement de salariés d'une certaine origine ethnïe ou raciale :

Le fait pour un employeur de déclarer publiquement qu'il ne recrutera pas de salariés ayant une certaine origine ethnïe ou raciale constitue une discrimination directe à l'embauche au sens de la directive n° 2000/43. L'existence d'une telle discrimination directe ne suppose pas que soit identifiable un plaignant, victime d'une telle discrimination.

Une telle déclaration présume également une politique d'embauche discriminatoire. Il incombe dès lors à l'employeur d'apporter la preuve qu'il n'a pas violé le principe d'égalité de traitement, en démontrant notamment que la pratique réelle d'embauche de l'entreprise ne correspond pas à ces déclarations.

Même lorsqu'il n'y a pas de victime identifiable, le régime des sanctions applicables aux violations des dispositions nationales pour transposer la directive n° 2000/43 doit être effectif, proportionné et dissuasif. (CJCE (Cours de Justice des Communautés Européennes), 2^{ème} Ch., 10 juillet 2008, aff. C-54/07)

Cette interprétation extensive de la notion de discrimination retenue par la CJCE impacte le droit français en permettant de sanctionner l'auteur de déclarations publiques sans que soit nécessairement établi le délit de provocation à la discrimination raciale posé à l'article 24, alinéa 8, de la loi du 29 juillet 1881.

■ Discrimination à l'embauche sur le critère de la nationalité par demande de fourniture de la carte d'électeur :

Une société privée de surveillance a publié une offre d'emploi d'agent de sécurité demandant aux candidats de fournir notamment leur carte

d'électeur. L'employeur est condamné sur le fondement de l'article 225-2, 5° du Code pénal qui réprime le fait de subordonner une offre d'emploi à une condition fondée sur un motif discriminatoire, en l'occurrence, la nationalité puisque le droit de vote n'est accordé qu'aux Français et, dans une certaine mesure, aux ressortissants de l'Union européenne. L'employeur ayant manifesté la conscience qu'il avait du caractère discriminatoire du critère de la nationalité, le délit était caractérisé en ses éléments matériel et intentionnel.

(Cass. crim., 20 janvier 2009, n° 08-83.710)

■ Absence de discrimination dans le cas d'une prime versée à des salariés du seul fait de leur nationalité :

« La prime d'expatriation est destinée à compenser les inconvénients résultant de l'expatriation du salarié et de sa famille et à contribuer à la création d'un pôle d'excellence scientifique international ». Cet avantage repose donc « sur une raison objective, pertinente, étrangère à toute discrimination prohibée et proportionnée à l'objectif légitimement poursuivi par les Etats contractants. »

(Cass. soc., 17 avril 2008, n° 06-45.270, dite affaire « Synchrotron »)

(NB : cet arrêt est contraire à la position de la HALDE, cf. délibération n° 2007-282 du 22 octobre 2007)

■ Discrimination à l'embauche fondée sur la race :

« Les jeunes Marega et Fondaumièrre ont été éconduits par l'un des trois maîtres d'hôtel chargés du recrutement pour des motifs linguistiques manifestement injustifiés au regard du travail à accomplir, en tant que commis de salle, de la possibilité de formation interne pratiquée dans l'entreprise, et du recrutement récent d'un jeune

Néerlandais ne parlant que peu le français et pas l'espagnol, (...) l'examen du fichier personnel a confirmé qu'aucun commis de salle de race noire n'était employé à la différence du personnel de cuisine. »

(CA Paris, 17 octobre 2003, « Association du restaurant du bal du Moulin Rouge »)

Exclure les personnes non européennes ou de

couleur du profil des personnes recherchées pour des postes d'animatrices ou d'hôtessees chargées de la promotion de produits dans des supermarchés caractérise le délit d'offre d'emploi discriminatoire, dès lors que les produits à promouvoir ne justifient pas l'exclusion de ces personnes

(Cass. crim., 23 juin 2009, n° 07-85.109, dite affaire « BBR »).

L'orientation sexuelle

■ *« La Cour d'appel a estimé, par une appréciation souveraine des éléments de fait et de preuve et sans avoir à répondre à des conclusions inopérantes, que l'employeur ne rapportait pas la preuve d'éléments objectifs étrangers à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle du salarié. »*

(Cass. soc., 28 novembre 2006, n° 05-45.444)

■ Première décision de la CJCE portant sur une discrimination à raison de l'orientation sexuelle, concernant le versement d'une pension de survie servie par un régime de prévoyance. (cf. CJCE, 1^{er} avril 2008, « Maruko », aff. C-267-06)

L'état de handicap

■ Discrimination en raison du handicap :

Les renseignements relatifs à l'état de santé ou au handicap ne peuvent être donnés qu'au médecin du travail qui fait passer la visite médicale d'embauche ou périodique. Ainsi, lorsque l'employeur décide que le salarié recruté prendra ses fonctions avant l'accomplissement de cet acte médical, il ne peut reprocher ensuite au salarié une tromperie.

(Cass. soc., 07 novembre 2006, n° 05-41.380 : *« Les renseignements relatifs à l'état de santé du salarié ne peuvent être confiés qu'au médecin du travail ; lorsque l'employeur procède au licenciement d'un salarié dont le handicap a été reconnu par la commission technique d'orientation et de reclassement professionnel, il ne peut reprocher au salarié de n'avoir pas fourni d'information préalable sur son état de santé ou son handicap qu'il n'a pas à révéler ; d'où il résulte*

que n'ayant commis aucune faute en ne révélant pas sa qualité de travailleur handicapé avant la notification de son licenciement, la salariée ne pouvait se voir priver des droits qu'elle tenait de l'accord d'entreprise et de l'article L. 323-7 (devenu L. 5213-9) du code du travail (doublement du préavis). »

■ Discrimination par ricochet :

L'interdiction des discriminations fondées sur le handicap, au sens de la directive n° 2000/78, bénéficie non seulement aux personnes handicapées elles-mêmes mais également à celles qui, leur étant liées, subissent, pour ce motif, des décisions défavorables ou un comportement constitutif de harcèlement de la part de leur employeur. Ces décisions ou comportements sont constitutifs d'une discrimination directe.

(CJCE, gde ch., 17 juillet 2008, aff. C-303/06).

VI

Quelques exemples d'identification des situations discriminatoires

La règle de discrimination vise des critères (sexe, origine, handicap, orientation sexuelle etc.). Dès lors que l'un des critères apparaît dans le processus décisionnel de l'employeur, la décision constitue une discrimination.

L'embauche

■ Vérifier que les informations demandées au candidat ont uniquement pour finalité d'apprécier sa capacité à occuper le poste proposé ou ses aptitudes professionnelles.

(article L. 1221-6 du Code du travail et Circulaire DRT n° 93-10 du 13 mars 1993).

■ Vérifier que les écrits réalisés par le candidat à un emploi ont été examinés dans des conditions préservant son anonymat.

(article L. 1221-7 du Code du travail).

L'identification d'une situation discriminatoire peut se faire en s'appuyant sur les garanties légales posées pour les différents stades de la relation précontractuelle ou contractuelle.

■ Vérifier que le candidat a été expressément informé, préalablement à leur mise en œuvre, des méthodes et techniques d'aide au recrutement utilisées à son égard, et que ces méthodes sont pertinentes au regard de la finalité poursuivie (articles L. 1221-8 et L. 1221-9 du Code du travail),

■ Vérifier si les termes de l'offre d'emploi ne comportent pas de critères d'éviction ou de sélection discriminatoires (exemples : offre d'emploi uniquement pour les hommes, uniquement pour les personnes de nationalité française, etc.).

L'évolution de carrière

■ Vérifier que le motif du refus d'une promotion professionnelle n'est pas discriminatoire (comparer notamment l'évolution de carrière du salarié avec ses homologues au sein de l'entreprise),

■ Vérifier que les termes de l'entretien annuel d'évaluation ne contiennent pas des références discriminatoires (référence aux activités syndicales, à l'état de santé, etc.).

La modification ou le changement des attributions contractuelles

■ Vérifier si la cause d'une modification importante des attributions d'un salarié n'est pas fondée sur une cause discriminatoire,

■ Vérifier si la réaffectation sur un lieu géographique éloigné de l'ancien lieu de travail n'a pas une cause discriminatoire,

■ Vérifier si la modification de la rémunération ou du système de rémunération n'a pas une cause discriminatoire (exemple : absence de versement d'une prime sans raison objective). Il convient de rappeler qu'une modification d'un

élément essentiel du contrat de travail (qualification, niveau hiérarchique, attributions, rémunération,...) ne peut être unilatéralement imposée au salarié par l'employeur.

■ La mutation disciplinaire doit respecter les garanties procédurales en la matière (interdiction de la double sanction, convocation à entretien préalable, droit de refus, ...).

■ L'affectation à un autre poste doit être justifiée par l'intérêt objectif de l'entreprise.

VII Le régime probatoire

(Tout ce qui permet de fournir une preuve)

Devant le Conseil de prud'hommes

■ **Le salarié présente des éléments laissant supposer la discrimination, et l'employeur doit justifier par des éléments objectifs que sa décision n'est pas discriminatoire.**

Article L. 1134-1 du Code du travail : « *Le candidat à l'emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.* »

■ **L'aménagement des règles de preuve ne viole pas le principe de l'égalité des armes.**

(cf. Cass. soc., 28 janvier 2010, n° 08-41.959 : « *Eu égard à la nécessité de protéger les droits fondamentaux de la personne concernée, l'aménagement légal des règles de preuve prévues par l'article L. 1134-1 du code du travail, ne viole pas le principe de l'égalité des armes.* »)

■ **L'appréciation de la « réalité de la discrimination » par le juge du fond peut se faire par une comparaison de carrières complètes même sur la période prescrite :**

Le juge du fond apprécie souverainement l'opportunité de recourir à une mesure d'instruction, à savoir d'expertise de « comparaison de carrière », portant aussi bien sur les éléments présentés par le salarié et laissant supposer l'existence d'une discrimination que sur ceux apportés par l'employeur pour prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination (combinaison de l'article 146 du Code de procédure civile et de l'article L. 1134-1 du Code du travail).

Si la prescription quinquennale interdit la prise en compte de faits de discrimination couverts par elle, elle n'interdit pas au juge, pour apprécier « la réalité de la discrimination » subie au cours de la période non prescrite, de procéder à des comparaisons avec d'autres salariés engagés dans des conditions identiques de diplôme et de qualification à la même date que l'intéressé, celle-ci fût-elle antérieure à la période prescrite. Ainsi, les éléments de comparaison peuvent donc être antérieurs à la période prescrite s'ils permettent au juge d'apprécier « la réalité de la discrimination ». L'analyse de l'évolution de la situation contractuelle du salarié se fait donc sur la base des carrières complètes et comparables (Cass. soc., 04 février 2009, n° 07-42.697).

Dans le cadre d'une procédure pénale

■ Au pénal, le régime de la preuve est dicté par le principe de la présomption d'innocence. Il incombe donc à la partie poursuivante de rapporter la preuve de la culpabilité de la partie poursuivie. Il en résulte que la personne poursuivie ne peut

être déclarée coupable d'un acte discriminatoire tant que les trois éléments légaux de cette infraction ne sont pas réunis (élément légal, élément matériel et élément moral).

En matière pénale, la preuve est libre et peut donc être administrée par tout moyen.



Interventions utiles A la collecte des preuves

Intervention des délégués syndicaux

Les délégués syndicaux peuvent porter à la connaissance des salariés des dispositions conventionnelles et vérifier avec eux qu'elles sont respectées et appliquées aux situations individuelles dans l'entreprise.

Les délégués syndicaux disposent d'informations concernant les dispositions conventionnelles :

■ Négociation au moins tous les ans des accords de branche sur les salaires.

(article L. 2241-2 du Code du travail)

■ Négociation tous les trois ans sur les mesures tendant à l'insertion professionnelle et au maintien de l'emploi des travailleurs handicapés.

(article L. 2241-5 du Code du travail)

■ Négociation tous les trois ans des mesures tendant à assurer l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et sur les mesures de rattrapages tendant à remédier aux inégalités constatées

(article L. 2241-3 du Code du travail)

■ Un contrat pour l'égalité professionnelle peut également être négocié par les délégués syndicaux dans le cadre d'un accord collectif de travail

comportant des actions exemplaires en faveur de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. (article D 1143-8 du Code du travail).

En outre, les délégués syndicaux reçoivent communication d'informations de la part de l'employeur :

■ Dans les entreprises d'au moins 300 salariés, les délégués syndicaux reçoivent communication du rapport écrit sur la situation comparée des conditions générales d'emploi et de formation des femmes et des hommes dans l'entreprise dans les mêmes conditions que les membres du Comité d'entreprise.

(article L. 2323-57 du Code du travail)

■ Dans les entreprises de moins de 300 salariés, les délégués syndicaux reçoivent communication de l'étude de la situation en matière d'égalité professionnelle dans l'entreprise et les mesures à prendre pour y établir l'égalité des chances entre les femmes et les hommes, dans le cadre d'une convention passée avec l'Etat pour financer le plan d'égalité professionnelle.

(article D. 1143-5 du Code du travail).

Intervention des IRP (Institutions représentatives du personnel)

Les représentants du personnel disposent de pouvoirs d'actions utiles en matière de discriminations, et constituent également une source d'informations privilégiées pour la victime d'une discrimination.

■ **Rôle du délégué du personnel :**

- Présenter les réclamations des salariés (article L. 2313-1 du Code du travail)

- Saisir l'Inspection du travail de toutes les plaintes et observations relatives à l'application des dispositions légales dont elle est chargée d'assurer le contrôle (article L. 2313-1 du Code du travail)

- Procéder à une enquête et saisir le juge des référés, en cas de constatation, « *notamment par l'intermédiaire d'un salarié, qu'il existe une atteinte aux droits des personnes, à leur santé*

physique ou mentale ou aux libertés individuelles dans l'entreprise qui ne serait pas justifiée par la nature des tâches à accomplir, ni proportionnée au but recherché»

(article L. 2313-2 du Code du travail)

Cette atteinte peut résulter d'une discrimination.

- Assister le salarié au cours de l'entretien préalable à licenciement, et rédiger un compte-rendu de cet entretien, qui pourra constituer un élément de preuve pour la victime d'une discrimination en fonction des propos tenus au cours dudit entretien
- Communiquer des informations à la victime d'une discrimination

■ Rôle du Comité d'entreprise :

- En matière de gestion du personnel (recrutement et surveillance) :

Le Comité d'entreprise est informé, préalablement à leur utilisation, sur les méthodes ou techniques d'aide au recrutement des candidats à un emploi, ainsi que sur toute modification de celles-ci, ainsi que sur les traitements automatisés de gestion du personnel et sur toute modification de ceux-ci.

Le Comité d'entreprise est informé et consulté,

préalablement à la décision de mise en œuvre dans l'entreprise, sur les moyens ou techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés. (article L. 2323-32 du Code du travail)

- En matière d'emploi :

■ **Dans les entreprises de moins de 300 salariés**, l'employeur remet chaque année au Comité d'entreprise **un rapport sur la situation économique de l'entreprise**. Ce document porte sur l'activité et la situation financière de l'entreprise, le bilan du travail à temps partiel dans l'entreprise, l'évolution de l'emploi, des qualifications, de la formation et des salaires, la situation comparée des conditions générales d'emploi et de formation des femmes et des hommes et les actions en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés dans l'entreprise (article L. 2323-47 du Code du travail)

■ **Dans les entreprises d'au moins 300 salariés**, l'employeur établit et soumet au Comité d'entreprise un bilan social. Ce document récapitule les principales données chiffrées permettant d'apprécier la situation de l'entreprise dans le domaine social (article L. 2323-68 du Code du travail)

Intervention du CHSCT (Comité d'Hygiène de Sécurité et des Conditions de Travail)

Le CHSCT a un rôle préventif dans le traitement des discriminations dans l'entreprise, notamment dans le cadre de ses enquêtes, analyses, rédaction de rapports sur la sécurité, la santé

et les conditions de travail dans l'entreprise.

Il peut relayer aux représentants du personnel les informations individuelles qu'il détient.

Intervention de l'inspecteur du travail

L'inspecteur du travail est une véritable mémoire de l'entreprise et peut donc être sollicité afin de savoir si des cas de discrimination ont déjà été identifiés dans l'entreprise concernée.

En, outre, il peut être utile de faire dresser un

procès-verbal par l'inspecteur du travail, s'agissant d'un moyen de pression efficace pour faire cesser la discrimination et d'un moyen de preuve fortement probant (article L. 8112-2 du Code du travail) : « *Les inspecteurs du travail constatent*

également : 1° Les infractions commises en matière de discriminations prévues au 3° et au 6° de l'article 225-2 du code pénal, (...) »).

L'inspecteur du travail dispose d'un large pouvoir d'investigation en matière d'accès aux documents de l'entreprise (article L. 8113-5 du Code du travail : « Les inspecteurs et contrôleurs du travail peuvent se faire communiquer tout document ou élément d'information, quel qu'en soit le support, utile à la constatation des faits susceptibles de vérifier le respect de l'application : 1° Des dispositions des articles L. 1132-1 à 1132-4 du code du travail et de celles de l'article 225-2 du code pénal, relatives aux discriminations ; (...) »).

Toutefois, l'inspecteur du travail n'est pas compétent pour constater par procès-verbal une discrimination au sein d'une administration d'Etat, d'une collectivité territoriale ou d'un établissement administratif.

Il peut en outre être fait appel à d'autres compétences de l'inspecteur du travail pour vérifier l'absence de discrimination :

- Dans les dispositions du règlement intérieur de l'entreprise (article L. 1322-1 du Code du travail)
- Dans le plan pour l'égalité professionnelle (article D. 1143-6 du Code du travail)
- Dans l'application de la durée du travail (article L. 3171-3)

Par ailleurs, l'inspecteur du travail peut aussi intervenir en cas de difficulté d'exercice des droits d'alerte et de retrait (articles L. 4132-3 et L. 4132-4 du Code du travail).

Enfin, l'inspecteur du travail peut aussi saisir le juge des référés pour « faire cesser un risque sérieux d'atteinte à l'intégrité physique » d'un travailleur résultant d'une discrimination (article L. 4732-1 du Code du travail).

Intervention du médecin du travail

Un rapport sur l'altération de l'état de santé du salarié victime d'une discrimination établi par le médecin du travail peut renforcer la conviction des juges, étant précisé que le médecin du travail peut proposer des mesures individuelles d'aménagement de la relation de travail qui doivent

être prises en considération par l'employeur, sauf à considérer qu'il y a une discrimination fondée sur l'état de santé du salarié ou toute autre discrimination dont il aurait été victime (Cass. soc., 10 février 1999, n° 95-43.561, précité).

Intervention de témoins

Protection générale des témoins de discriminations : aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discrimi-

natoire pour avoir témoigné des agissements discriminatoires de son employeur (article L. 1132-3 du Code du travail).

Intervention de la HALDE

La HALDE dispose d'un pouvoir d'enquête pour établir la preuve de la discrimination. Elle peut ainsi faire procéder à des auditions et à des

vérifications sur place et se faire communiquer toute information utile.

IX

Les recours

Saisir le Conseil des prud'hommes

Compétence d'attribution exclusive du Conseil des prud'hommes pour régler « *les différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail soumis aux dispositions* » du Code du travail (article L. 1411-1 du Code du travail) et pour régler « *les différends et litiges nés entre salariés à l'occasion du travail* » (article L. 1411-3 du Code du travail).

Possibilité de poursuivre l'employeur ou son délégataire devant la Juridiction prud'homale, l'employeur personne morale, mais également la personne physique qui a pris la mesure discriminatoire.

Le Conseil des prud'hommes règle également « *les différends et litiges des personnels des services publics, lorsqu'ils sont employés dans des conditions du droit privé* » (article L. 1411-2

du Code du travail). Il s'agit des « *contractuels de droit privé* ».

Le Conseil des prud'hommes est compétent pour trancher tout litige relatif à l'article L. 1132-1 du Code du travail, y compris lorsque la demande est fondée sur une discrimination dans une procédure de recrutement (Cass. soc., 20 décembre 2006, n° 06-40.864 : « *Mais attendu que le conseil de prud'hommes est compétent pour connaître de tout litige relatif à l'article L.122-45 du code du travail (devenu l'article L. 1132-1) ; que la demande étant fondée sur une discrimination dans une procédure de recrutement, c'est à bon droit que l'arrêt confirmatif attaqué a retenu, sur ce chef de demande, la compétence prud'homale.* »).

Saisir le juge pénal

La discrimination est une infraction pénale (articles 225-1 et suivants du Code pénal).

Possibilité de poursuivre l'employeur ou son délégataire et les personnes morales employeurs

(articles 225-1 et 225-2 du Code pénal), par dépôt de plainte auprès du Procureur de la République ou citation directe devant le Tribunal correctionnel.

Les recours administratifs

- Recours gracieux : devant l'autorité administrative qui a pris la décision litigieuse
- Recours hiérarchique : devant le supérieur hiérarchique de l'autorité administrative qui a

pris la décision litigieuse

- Recours contentieux : devant le Tribunal administratif



Les sanctions et demandes

Sanction civile et demandes devant le juge prud'homal

- Sanction civile = nullité de la mesure discriminatoire, ce qui signifie qu'elle est censée ne jamais avoir existé et implique donc une remise en état .
(article L. 1132-1 du Code du travail).
 - Demande de paiement des salaires qui auraient été perçus pendant la période couverte par la nullité.
 - Demande de réintégration
 - Demande de paiement des indemnités de rupture.
 - Demande de paiement d'une indemnité pour licenciement nul.
 - Demande de dommages et intérêts
- Demande au titre de l'article 700 du Code de procédure civile (frais et honoraires d'avocat)

Les demandes devant le juge pénal

- Sanction pénale = peine de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende (article 225-2 du Code pénal)
- Peines complémentaires :
 - Interdiction d'exercer pendant au moins 5 ans
 - Fermeture de l'établissement pour au moins 5 ans
 - Exclusion des marchés publics pendant au moins 5 ans
 - Affichage de la décision prononcée ou la diffusion de celle-ci dans la presse écrite.
- Indemnisation de la partie civile sous forme de dommages et intérêts, et remboursement des frais et honoraires d'avocat (article 475-1 du Code de procédure Pénale).



XI

Mesure spécifique introduite par la loi du 27 mai 2008

La loi du 27 mai 2008 prévoit une dérogation importante au principe de non discrimination

■ Avant cette loi :

le Code du travail ne contenait pas de dérogation de principe à l'interdiction de toute discrimination, mais seulement quelques dérogations ponc-

tuelles, notamment liées à l'âge ou au handicap. Toute mesure discriminatoire établie était nécessairement nulle.

■ Désormais :

La mesure discriminatoire ne sera plus automatiquement frappée de nullité. L'employeur aura une marge de manœuvre pour éviter cette sanction s'il parvient à démontrer que la mesure discriminatoire en cause constitue une exigence essentielle et déterminante.

Article L.1133-1 du Code du travail « *L'interdiction de toute discrimination directe ou indirecte en droit du travail ne fait obstacle aux différences de traitement, lorsqu'elles répondent une exigence professionnelle essentielle et déterminante, et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée.* ».

XII

Les différentes étapes de l'accompagnement

Accueil

- Relation
- Sécurisation
- Écoute
- Reformulation
- Mise en ressource

Compréhension de la demande

- Le contexte
- Tri information : objectif / subjectif
- Synthèse de la situation
- Accord sur le besoin

Analyse du possible

- Question pour identifier si c'est une discrimination

- Évaluation des chances juridiques
- Analyse des opportunités – limites
- Conseils avisés
- Élaboration de la marche à suivre / Procédure
- Accord d'accompagnement

Médiation ou négociation

- Organisation
- Conduite / Engagements
- Accords
- Position de l'avocat de la défense



Modèle de questionnement pour faire ressortir le fait discriminatoire

1. Discrimination entre hommes et femmes

- Quel est votre poste ?
- Quelles sont vos missions ?
- Quelle est votre rémunération ?
- Êtes-vous plusieurs à avoir le même poste ou des missions identiques ?
- Avez-vous des collègues de mêmes niveaux hiérarchiques ?
- Quelle est leur rémunération ?
- Ont-ils plus ou moins d'ancienneté que vous ? Combien ?
- Avez-vous fait l'objet d'une mutation arbitraire non négociée ?
- Vous a-t-on refusé un nouveau contrat en raison de votre sexe, de votre situation de famille, de votre grossesse ?
- Y a-t-il des différences de rémunération, de formation, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle ou de mutation liées à votre sexe ?
- Comment est évalué votre travail ?
- Y a-t-il des différences de façon d'évaluer le travail de vos collègues ?
- Comment sont définis et calculées les primes et autres façons de reconnaître le travail ?
- Y a-t-il des façons différentes entre vous et vos collègues ?
- Quand avez-vous été augmenté ?
- Depuis quand vos collègues ont été augmentés ?
- Avez-vous des preuves avérées (courriels, lettres, témoignages) ?

2. Discrimination liée à l'origine, l'apparence physique et au patronyme

- Avez-vous reçu un refus d'embauche au titre de votre lieu de naissance, résidence ou origine sociale ?
- Quel est votre poste ?
- Quelles sont vos missions ?
- Quelle est votre rémunération ?
- Y a-t-il des différences de rémunération entre les personnes de nationalités différentes (sauf exception concernant les primes réservées à des situations d'expatriation) ?
- Comment le savez-vous ? Avez-vous des preuves avérées (courriels, lettres, témoignages) ?
- Avez-vous subi des jugements ou remarques disqualifiants liés à votre apparence physique et ou liés à votre patronyme ?
- Avez-vous eu des remarques concernant votre apparence vestimentaire qui n'auraient pas été contractualisées à votre engagement ?
- Comment le savez-vous ? Avez-vous des preuves avérées (e-mails, lettres, témoignages) ?

3. Discrimination liée au handicap

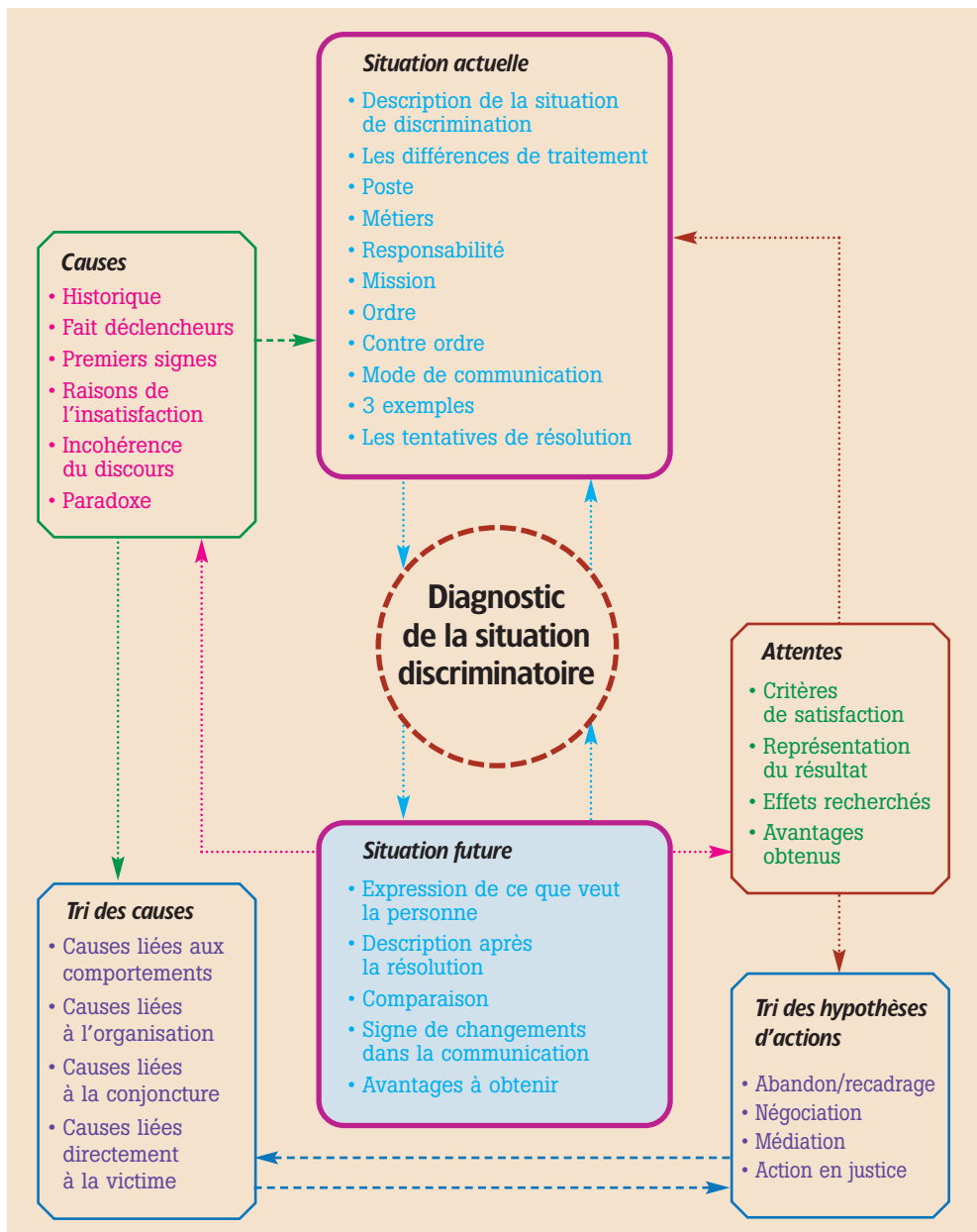
- Avez-vous des preuves de différences de traitement fondées sur une inaptitude constatée par le médecin du travail en raison de votre état de santé ou de votre handicap en dehors de celles qui sont objectives, nécessaires et appropriées ?
- N'avez-vous pas été augmenté en comparaison avec vos collègues pour raison d'absence pour maladie ?
- Comment le savez-vous ? Avez-vous des preuves avérées (courriels, lettres, témoignages) ?
- Avez-vous en tant que handicapé été écarté d'un concours alors que vous avez été reconnu compatible avec l'emploi public concerné par la commission technique d'orientation et de reclassement professionnel (COTOREP) ?

4. Discrimination liée à l'orientation sexuelle

- Quel est votre poste ?
- Quelles sont vos missions ?
- Quelle est votre rémunération ?
- Y a-t-il des différences de traitement entre vous et vos collègues liées à vos mœurs et ou votre orientation sexuelle ?
- Comment le savez-vous ? Avez-vous des preuves avérées (courriels, lettres, témoignages) ?



Méthode systémique pour poser la problématique



Site internet : //discriminations.unsa.org

Contact :

Saïd DARWANE

darwane@unsa.org

