

# COMMISSION OUVERTE DE DROIT SOCIAL

---

## Formation continue

thème: **Principe d'égalité et principe de non-discrimination**

intervenantes : **Marie-Thérèse Lanquetin** (chercheur - Université de Paris X),

**Manuela Grevy** (maître de conférence à l'Université de Paris I)

séance du : 16 juin 2005

(Compte rendu rédigé par Émilie Morin, élève avocat année 2005)

-----

## **Le principe d'égalité et le principe de non-discrimination. Cas pratique**

### sommaire

#### **Intervention de Marie-Thérèse Lanquetin**

**Le principe d'égalité et le principe de non-discrimination**

#### **INTRODUCTION**

#### **I – LE PRINCIPE DE NON DISCRIMINATION EN DROIT COMMUNAUTAIRE**

**A- Le mode de raisonnement du juge communautaire en matière de discrimination:  
discrimination et droits fondamentaux**

**B- Principe d'égalité de traitement/ principe de non discrimination**

**C- La construction communautaire du droit de la discrimination et les notions clefs**

**D - Le juge national, juge communautaire**

#### **II – LA RÉCEPTION EN DROIT FRANÇAIS - QUELQUES DÉCISIONS PORTANT SUR LES NOTIONS**

#### **Intervention de Manuela Grevy**

**L'exercice des prérogatives propres du juge national: discrimination et remise en état**

#### **I - LA DISTINCTION ENTRE RÉTABLISSEMENT DE LA LÉGALITÉ ET RÉPARATION DU PRÉJUDICE**

#### **II - ÉVOLUTIONS RÉCENTES**

**A- L'enracinement de la nullité de l'acte attentatoire aux droits fondamentaux**

**B- L'affirmation du rétablissement de la légalité face à une situation juridique illicite**

#### **III - INTERROGATIONS SOULEVÉES PAR CETTE JURIDICTION**

**A- Remise en état / déroulement de carrière: pouvoirs du juge et modalités d'appréciation**

**B- La prise en compte des droits différés: question de la retraite**

**C- La prescription**

#### **Débats**

La notion de discrimination conduit à interroger le principe de non-discrimination mais également le principe d'égalité de traitement. Et pour le faire, il convient de revenir au droit international des droits de l'Homme (DIDH)(en introduction) avant de traiter du droit communautaire (I) puis du droit national (II). La loi du 16 novembre 2001 transpose en effet, en droit national un certain nombre de directives communautaires relatives à la discrimination : quel est aujourd'hui l'état de la mise en œuvre de cette loi en France ? (sachant que la Chambre sociale de la Cour de Cassation en novembre 1999 a fait application du déplacement de la charge de la preuve avant même l'adoption de la loi de novembre 2001.)

## **INTRODUCTION**

**La notion de discrimination au sens du droit international des droits de l'homme**  
**Le droit de toute personne a l'égalité devant la loi et à la protection contre la discrimination est un droit universel, un droit fondamental et non pas une simple obligation morale. Ce principe d'égalité est affirmé par le droit international des Droits de l'Homme et au plan de l'Europe par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme (article 14).**

### **Les définitions**

Au sens commun du terme discriminer signifie séparer, opérer une distinction.

Mais au sens du droit international des droits de l'Homme, discriminer signifie une différence de traitement arbitraire, illégitime, contraire au droit et comporte donc une connotation péjorative.

Discriminer c'est plus que distinguer ou différencier. Il est des différences légitimes. Ce qui est prohibé ce sont des différences dans des domaines où des droits sont reconnus et protégés et pour des motifs bien précis comme le sexe ou l'origine.

Cette notion ainsi entendue a fait l'objet d'une élaboration plus précise dans les conventions internationales des droits de l'homme.

#### **■ Pour la Convention de l'ONU sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale** (de 1965, entrée en vigueur en France le 27 août 1971)

**Article 1 :** Dans la présente convention, l'expression «discrimination raciale» **visé toute distinction, exclusion, restriction ou préférence, fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, qui a pour but ou pour effet de détruire ou de compromettre** la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social et culturel ou dans tout autre domaine de la vie publique.

#### **■ Pour la Convention de l'ONU sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes** (de 1979, ratifiée 1983, entrée en vigueur en France le 25 avril 1984) (Cedaw) :

**Article 1 :** Aux fins de la présente convention, l'expression «discrimination à l'égard des femmes» **visé toute distinction, exclusion ou restriction, fondée sur le sexe qui a pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par les femmes, quel que soit leur état matrimonial, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social et culturel ou civil ou dans tout autre domaine.**

#### **■ Enfin pour la Convention n° 111 de l'OIT (1958) concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession** (ratifiée 1981) :

**Article 1 :** Aux fins de la présente convention, le terme discrimination comprend :  
**toute distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale, qui a pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité de chances ou de traitement en matière d'emploi ou de profession;**  
**mais un État pourra spécifier tout autre distinction comme une discrimination (article 1 b)**

### **Les éléments constitutifs de ces définitions**

#### **■ La prise en considération de motifs**

La «race» dans la convention de 1965 est caractérisée également par «la couleur, l'origine ou l'ascendance nationale ou ethnique». Dans la convention de l'OIT plusieurs **motifs sont énumérés : la race, la couleur, le sexe, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale.**

La fonction du motif apparaît d'abord comme une fonction **procédurale**. Dans la mesure où certaines distinctions sont interdites, le constat d'une telle distinction peut créer un doute, une présomption de discrimination.

#### **■ Le champ d'application est plus ou moins large selon les conventions l'emploi ou la profession ou tous les domaines.** Domaines où des droits sont garantis et protégés.

■ Enfin dans ces définitions, la distinction, l'exclusion ou la préférence concerne **l'effet** de la mesure dans la convention de l'OIT, **le but ou l'effet** dans les conventions de l'ONU.

Ces textes visent d'abord **l'effet** de la distinction opérée, c'est-à-dire son résultat objectif. Les mobiles ou les intentions de l'auteur de la distinction, exclusion ou préférence peuvent ne pas être pris en considération et la discrimination peut exister indépendamment de toute recherche sur le but et les intentions de l'auteur. Ces textes consacrent **une conception objective** de la discrimination même si la preuve de l'intention ou du but discriminatoire peut également concourir à cette qualification.

Cette conception de la discrimination est conforme à la conception civile de la discrimination tandis que la recherche de l'intention renvoie aux débats sur les éléments constitutifs de l'infraction pénale de discrimination.

Mais le terrain civil et le terrain pénal se distinguent aussi par des régimes probatoires différents. Au pénal, en effet, la preuve peut se faire par tout moyen. Ce qui explique la réception du «testing» par la Chambre criminelle de la Cour de cassation. Au civil, la preuve doit être loyale, d'où l'importance de la discussion sur les allégations, sur les éléments de fait précis apportés dans le procès.

■ Quant au terme de **discrimination positive**, il n'est pas reçu par le droit international des DH. L'article 4 paragraphe 1 de la convention Cedaw admet des mesures temporaires pour tendre à l'égalité. Ce sont au sens du droit communautaire des «**actions positives**», celui-ci refusant également la notion de discrimination positive au sens des premières jurisprudences de la Cour suprême des États-Unis..

## **I – LE PRINCIPE DE NON DISCRIMINATION EN DROIT COMMUNAUTAIRE**

Le droit communautaire et spécialement la CJCE s'inscrivent dans les conceptions de la discrimination affirmées par le DIDH. Mais chaque système juridique s'il fonctionne par référence au DIDH, fonctionne également par emprunt, à la jurisprudence d'autres cours internationales mais construit ses notions propres par référence à sa finalité.

Ainsi pour la construction de la notion de D.Indirecte, la CJCE a étudié la jurisprudence de la Cour suprême des É-U, pour finalement faire évoluer cette notion selon sa conception propre. De même concernant les actions positives, elle a étudié la conception américaine de «l'affirmative action» pour la refuser. La JP de la Cour suprême tend à se rapprocher de celle de la CJCE dans la période récente.

### **A- Le mode de raisonnement du juge communautaire en matière de discrimination: discrimination et droits fondamentaux**

En 1957, le Traité de Rome ne contient pas de catalogue de droits fondamentaux des personnes, en raison de son caractère essentiellement économique. Deux dispositions vont être à l'origine de toute une construction, la non discrimination à raison de la nationalité et l'affirmation de l'égalité de rémunération entre trav. masculins et travailleurs féminins pour un même travail (art.119)

La Cour va avoir recours à une méthode qualifiée par un auteur (Denys Simon) de «bricolage casuistique» pour asseoir et garantir les droits fondamentaux de la personne. Le rôle de la Cour, en effet, est d'assurer le respect du droit par l'interprétation et l'application du traité. Or le droit c'est plus que la loi, c'est plus que le traité.

La Cour va s'inspirer de différentes sources :

des traditions constitutionnelles communes aux droits des États membres;

des instruments internationaux de protection des droits de l'Homme auxquels les États ont adhéré.

La CJCE affirmera ainsi dans l'arrêt Defrenne de 1978 que l'élimination des discriminations fondées sur le sexe fait partie des droits fondamentaux

Que les mêmes conceptions sont reconnues par la Charte sociale européenne, et par la convention 111 de l'OIT du 18 novembre 1958.

**Elle affirmera enfin que le respect des droits fondamentaux de la personne humaine fait partie des principes généraux du droit dont la cour a pour mission d'assurer le respect. (depuis l'arrêt Nold de 1974)**

**Elle fera régulièrement référence également à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, référence intégrée désormais au Traité d'Amsterdam comme à la Charte des droits fondamentaux.**

**Dans cette logique, elle affirmera dans un premier temps la dimension sociale du principe d'égalité de rémunération H/F à égalité avec la dimension économique. Elle affirmera ensuite dans deux arrêts de 2000 que la dimension sociale prime sur la dimension économique en ce domaine. (Deutsch Telekom et Deutsch Post)**

### **B- Principe d'égalité de traitement/principe de non-discrimination**

La définition précitée de la discrimination permet de dire:

■ que L'employeur peut différencier mais il ne doit pas discriminer. Une distinction, une inégalité de traitement fondée sur un motif prohibé est une discrimination.

La discrimination est illégitime, arbitraire, contraire au droit.

Le pouvoir de l'employeur, sa liberté est limitée par le principe de non-discrimination.

■ Mais, de plus en plus, l'égalité de traitement est également affirmée comme un droit fondamental ayant une portée normative. Ce principe limite également le pouvoir de l'employeur.

Ainsi l'article 7a du Pacte de l'ONU relatif de l'ONU aux droits économiques et sociaux affirme le droit de tous les travailleurs à une rémunération égale pour un travail de valeur égale.

L'égalité n'est plus seulement formelle mais concrète et des critères sont nécessaires pour sa mise en oeuvre. Ce qui implique également que l'inégalité de traitement doit être justifiée par son auteur.

■ Intérêt de distinguer ces deux principes. Des confusions existeraient selon un auteur entre égalité de traitement et principe de non-discrimination. Il y aurait «un glissement contestable». Notamment de la part du droit communautaire qui confondrait ces deux principes.

Ainsi de la directive 2000/78 créant un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail : «Aux fins de la présente directive on entend par principe d'égalité de traitement, l'absence de toute discrimination directe ou indirecte fondée sur un des motifs visés à l'article 1<sup>er</sup>». (religion , convictions, handicap, âge, orientation sexuelle).

Mais on pourrait le dire aussi de la directive 2002/73.

Pourtant, la non-discrimination n'est qu'un aspect de la réalisation de l'égalité de traitement. C'est le plus souvent l'aspect judiciaire.

Une autre dimension extra judiciaire est nécessaire pour promouvoir l'égalité de traitement

Ainsi pour réaliser l'égalité de traitement pour les travailleurs handicapés, il est nécessaire non seulement de lutter contre les discriminations dont ces derniers sont victimes mais de promouvoir l'égalité de traitement par la réalisation «d'aménagements raisonnables».

Il en est de même concernant l'amélioration des conditions de travail /voire des actions positives destinées à réaliser l'égalité de traitement entre hommes et femmes.

Des nuances sont donc nécessaires ici. Si des «outils» ont été construits par le droit communautaire pour lutter contre toutes les discriminations et constituent donc un socle commun, la spécificité de certaines discriminations oblige à réfléchir à la façon dont elles se sont construites et à la façon de réaliser l'égalité de traitement.

### **C - La construction communautaire du droit de la discrimination et les notions clefs**

#### *La construction communautaire et les notions clefs*

C'est surtout en matière d'égalité entre homme et femme que le droit communautaire s'est construit, car il existait le point d'appui de l'article 119 du Traité de Rome.

Pendant toutes les années où l'article 119 a été mis en œuvre, la CJCE a élaboré une jurisprudence pour préciser les notions; ceci a abouti à la directive 2000/43 concernant les discriminations raciales ou d'origine ethnique, et à la directive 2000/78 concernant le cadre général de non-discrimination dans l'emploi.

Donc les notions ont été définies au fur et à mesure par le juge et sont aujourd'hui reprises dans les directives.

#### *La discrimination directe*

Ce type de discrimination se produit lorsque «pour des raisons de race ou d'origine ethnique (Cf. directive «race», mais c'est toujours la même définition dans les directives suivantes), une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre personne **ne l'est, ne l'a été ou ne le serait** dans une situation comparable».

Trois temps sont utilisés : le présent, le passé et le conditionnel; ainsi, même une comparaison hypothétique est possible.

Il n'est pas toujours nécessaire de faire une comparaison en matière de discrimination directe, le motif prohibé suffit pour conclure à une discrimination en soi.

#### *La discrimination indirecte*

Il s'agit d'une notion porteuse de possibilités mais que l'on voit peu utilisée dans les affaires françaises.

C'est une mesure apparemment neutre qui aboutit au même résultat que s'il y avait eu une discrimination directe.

*Exemple:* pour le travailleur migrant communautaire qui exerce son droit à la libre circulation, la condition de résidence imposée par un employeur est une condition apparemment neutre mais qui constitue une discrimination indirecte pour les migrants communautaires, qui rempliront plus difficilement qu'un national cette condition de résidence.

La CJCE a élaboré cette notion en partant d'**un critère statistique**.

L'article 2 de la directive 97/80 sur la preuve de la discrimination à raison du sexe en donne une définition: «Une discrimination indirecte existe lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre affecte une proportion nettement plus élevée de personnes d'un sexe à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit approprié et nécessaire et ne puisse être justifié par des facteurs objectifs indépendants du sexe des intéressés.»

Cette définition a évolué dans le temps, et il n'est pas nécessaire que le critère statistique soit toujours présent, comme c'est le cas dans les définitions qui apparaissent dans les directives 2000/43 et 2000/78.

Ainsi «Une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner **un désavantage** particulier pour les personnes d'une race ou d'une origine ethnique [ou bien pour les personnes de tel sexe ou de tel âge ou de telle orientation sexuelle], à moins que cette disposition, ce critère ou ce principe ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés ou justifiés», (article 2 de la directive 2000/43 et de la directive 2000/78)

Donc on est passé d'une approche statistique à une approche en terme de désavantage, même si le critère statistique est toujours utilisable

La France s'est s'appropriée cette méthode statistique, notamment s'agissant de la discrimination syndicale. Mais aujourd'hui la CJCE n'a pas encore de jurisprudence sur la notion de «désavantage», destinée à éclairer le juge national.

#### *Le déplacement de la charge de la preuve*

La CJCE, dans sa jurisprudence, a montré qu'il fallait déplacer la charge de la preuve, car un droit fondamental est ici en jeu (Cf. arrêt ENDERBY : «Il ressort de la jurisprudence de la Cour que la charge de la preuve peut être déplacée lorsque cela s'avère nécessaire pour ne pas priver les travailleurs victimes de discrimination apparente de tout moyen de faire respecter le principe d'égalité.»).

Le déplacement de la charge de la preuve se fait en **deux étapes**, comme le prescrivent les définitions données par les directives précitées :

«Les États membres, conformément à leur système judiciaire, prennent les mesures nécessaires afin que dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe d'égalité de traitement et établi devant les juridictions ou une autre instance compétente des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe d'égalité de traitement.»

Ainsi :

- le demandeur apporte des éléments de fait laissant supposer une discrimination ;
- le défendeur apporte la preuve qu'il n'y a pas eu de discrimination

#### **D - Le juge national, juge communautaire**

Le juge national doit mettre en œuvre les notions et principes du droit communautaire précitées en matière de discrimination. Il doit respecter les orientations communautaires lorsqu'il exerce ses prérogatives propres qui lui sont confiées par le juge communautaire.

C'est au juge national de qualifier les faits, comme c'est au droit national de mettre en place un système de sanctions efficace, effectif, suffisant, dissuasif, pour réparer le préjudice subi (Cf. jurisprudence de la Cour de Justice). Il existe aujourd'hui 600 décisions, au moins, rendues par les juridictions nationales sur ces notions.

## **II – LA RÉCEPTION EN DROIT FRANÇAIS - QUELQUES DÉCISIONS PORTANT SUR LES NOTIONS**

### **■ CPH Paris, 11 janvier 2005, Gabaroum/Renault**

Un salarié français d'origine africaine connaît un avancement très lent chez Renault, des primes ne lui sont pas accordées, il fait l'objet de brimades. Il engage un contentieux estimant avoir été victime d'une discrimination raciale.

Pour le juge prud'homal, M. Gabaroum a connu un traitement de défaveur de la part de son employeur qui «n'a pas exécuté loyalement ses obligations nées du contrat de travail», mais rien ne permet de retenir une discrimination raciale.

Le tribunal ne répond donc absolument pas sur le terrain de la discrimination, alors que des éléments de fait abondent dans ce sens.

Ce jugement fait actuellement l'objet d'un appel, et il est possible de se demander si la motivation du jugement est suffisante, objective, si les éléments de comparaison sont suffisamment précis...

Cette décision est «limite» par rapport aux exigences communautaires. Il existe une spécificité de raisonnement qu'il ne faut pas oublier lorsque l'on traite de la discrimination.

### **■ CA Riom (RG F02/00006), 11 juin 2002 Auby/Michelin et Soc (Cour de cass. 02-45226), 8 décembre 2004, qui confirme**

Dans cette affaire, la Cour d'Appel conclut à l'absence de discrimination syndicale, car la salariée avait toujours été payée en dessous de ce que les autres salariés étaient payés, en raison d'un manque de confiance en elle notamment, ce qui peut expliquer le traitement qu'elle a eu.

### **■ Cass. soc (95-43630), 15 décembre 1998, Société Aubin/Chatet (Dr. soc., fev.99, p. 187)**

Un salarié a un salaire inférieur par rapport à huit autres salariés du même atelier et estime que cette inégalité de traitement est constitutive d'une discrimination.

La Cour de Cassation se situe sur un autre terrain : l'égalité de rémunération et applique le principe «à travail égal, salaire égal».

Le terrain de la discrimination impliquait une comparaison statistique et une éventuelle justification objective de la part de l'employeur. Le choix du principe d'égalité oblige à une justification de l'inégalité dès lors que le salarié apporte des éléments objectifs.

Cette affaire est à rapprocher avec l'arrêt suivant de la CJCE.

■ **CJCE, 17 octobre 1989, Danfoss (Juri-soc UIMM n° 89-522, p. 509)**

187 femme s'estiment discriminées par rapport aux hommes au sein de l'entreprise Danfoss.

La Cour exige que les systèmes de classification professionnelle soient transparents, les salariés doivent les connaître : lorsqu'ils ne savent pas par avance quels sont les critères qui vont leur être appliqués, alors il y a discrimination, et l'employeur doit s'expliquer sur les critères utilisés.

Tout le raisonnement est de savoir quels sont les critères utiles pour montrer qu'il y a discrimination ou non-respect du principe d'égalité.

Dans un premier temps, la Cour se situe sur le principe d'égalité de rémunération, et au vu des justifications, elle regarde si chaque critère présente un désavantage ou une discrimination à l'égard des femmes; l'utilisation du critère de la flexibilité, de l'ancienneté, de la qualité du travail: ces critères sont-ils discriminatoires ?

La Cour «joue» en quelque sorte dans l'utilisation du principe d'égalité et du principe de non-discrimination.

■ **Cass. soc. (03-41825; 03-41829), 28 septembre 2004 (D.O. 2005, p. 65)**

Plusieurs salariés estiment que l'employeur n'a pas respecté le principe «à travail égal, salaire égal». Ils obtiennent gain de cause devant les juges du fond et l'employeur fait un pourvoi.

Un des moyens du pourvoi formé par l'employeur est d'avancer que le risque de la preuve pèse sur l'employeur en matière de discrimination mais pas en matière d'égalité.

La chambre sociale répond : «attendu qu'en application de l'article 1315 du Code Civil, s'il appartient au salarié qui invoque une atteinte au principe "à travail égal, salaire égal", de soumettre au juge les éléments de fait susceptibles de caractériser une inégalité de rémunération, il incombe à l'employeur de rapporter la preuve d'éléments objectifs justifiant cette différence. Et attendu que les juges du fond qui ont fait ressortir que les salariés rapportaient la preuve des éléments susceptibles de caractériser une inégalité de rémunération mais que l'employeur n'établissait pas l'existence d'éléments objectifs justifiant la différence, ils ont légalement justifié leur décision».

Ainsi, la cour revient à l'application de l'article 1315 du Code civil, mais avec une interprétation conforme à la preuve de la discrimination.

Comment l'expliquer? Si l'égalité de rémunération entre travailleurs de même sexe est un droit fondamental, l'employeur doit se justifier. Donc le pouvoir de l'employeur est limité par le principe d'égalité.

■ **Cass. crim.(04-82841), 28 septembre 2004, Ratier-Figeac**

Rappel: Les États Membres peuvent ne pas appliquer le déplacement de la charge de la preuve en matière pénale, en raison de la présomption d'innocence.

Néanmoins, la Chambre criminelle utilise la méthode comparative du droit communautaire. Et l'élément intentionnel du délit de discrimination pourra être déduit des éléments de fait révélés par la méthode comparative. Ce que confirme l'arrêt de renvoi de la CA (corr) de Bordeaux du 6 avril 2005.

---

***Intervention de Manuela Grevy***

**L'EXERCICE DES PRÉROGATIVES PROPRES DU JUGE NATIONAL:  
DISCRIMINATION ET REMISE EN ÉTAT**

**I - LA DISTINCTION ENTRE RÉTABLISSEMENT DE LA LÉGALITÉ ET RÉPARATION DU PRÉJUDICE**

Fondements de la distinction

- Les mesures qui rétablissent la légalité sont les mesures qui effacent l'atteinte portée au droit, par l'annulation d'un acte illicite, par l'anéantissement d'une situation juridique illicite ou encore par l'exécution forcée des obligations.

- Les mesures qui réparent le préjudice visent à compenser l'atteinte portée, notamment aux droits du salarié. Cette réparation peut être en nature ou indemnitaire

**Enjeux de la distinction**

Cette distinction est importante car il existe une hiérarchie entre les deux notions. Le droit civil nous enseigne la primauté du rétablissement de la légalité, la réparation du préjudice ne jouant normalement qu'un rôle subsidiaire ou complémentaire.

Cette thèse est intéressante dans le champ des relations de travail car elle permet d'affirmer plus nettement un droit du salarié à être rétabli dans ses droits.

En matière de discrimination, l'enjeu est important : la réparation ordonnée par le juge doit prendre en compte les deux dimensions (par exemple un rappel de salaire mais aussi un rétablissement du salarié dans sa dignité).

Certaines particularités du droit du travail peuvent faire obstacle au rétablissement de la légalité:

- L'autorité patronale : une nouvelle illustration du conflit entre autorité patronale et mesures de rétablissement de la légalité émerge dans les contentieux sur la discrimination: le juge peut-il décider de reconstituer la carrière d'un salarié s'il estime qu'il a été victime d'une discrimination ou bien seule une réparation indemnitaire peut être envisagée?

- le temps: en matière de réintégration notamment, plus il passe et plus la réintégration est un leurre.

Cette question du temps prend aussi une nouvelle actualité dans les contentieux sur la discrimination, notamment en matière de carrière.

Malgré ces obstacles, la Chambre sociale tend à reconnaître ces dernières années un droit du salarié victime de discrimination à être rétabli dans ses droits.

## **II - ÉVOLUTIONS RÉCENTES**

### **A- L'enracinement de la nullité de l'acte attentatoire aux droits fondamentaux**

La nullité d'un acte discriminatoire est aujourd'hui nettement affirmée par la jurisprudence.

#### **■ Cass. soc. (97-45555), 17 mars 1999, Juel/Challancin (Dr. soc. 1999, p. 535)**

Le licenciement d'un salarié en raison de ses activités syndicales étant nul de plein droit, le juge doit ordonner, si l'intéressé le demande, la poursuite de l'exécution du contrat de travail.

#### **■ Cass. soc. (00-44811), 30 avril 2003, Mme Velmon/Promotrans**

Le licenciement d'une femme enceinte est nul, et elle a droit à être réintégrée.

On voit bien ici l'influence du droit communautaire, où la discrimination à raison de l'état de grossesse constitue une discrimination directe à raison du sexe. Donc même si l'article L. 122-45 du Code du travail ne vise pas directement l'état de grossesse, il vise par contre directement le sexe comme motif prohibé.

De plus, de nombreux arrêts ont été rendus par la Chambre sociale sur la nullité des licenciements prononcés à raison de l'état de santé, notamment lorsque les règles sur l'inaptitude ne sont pas respectées.

### **B- L'affirmation du rétablissement de la légalité face à une situation juridique illicite**

#### **Hypothèse de discrimination dans la carrière**

##### **■ Cass. soc. (00-45359), 10 juillet 2002, RVI**

Un salarié a subi une discrimination à raison de son mandat syndical.

La Cour d'appel a sanctionné cette discrimination. Elle a fait droit à une demande du salarié qui voulait se voir attribuer un coefficient correspondant à celui auquel il pensait avoir droit s'il n'avait pas fait l'objet d'une discrimination.

Le pourvoi de l'employeur porte uniquement sur cette mesure ordonnée par le juge pour rétablir le salarié dans ses droits.

La Cour de cassation rejette le pourvoi de l'employeur et affirme le pouvoir du juge de replacer un salarié dans la position qu'il aurait dû avoir s'il n'avait pas fait l'objet d'une discrimination.

##### **■ Cass. soc. (01-46499), 24 février 2004, SNCF**

Ici aussi il était question d'une discrimination syndicale reconnue par le juge. L'employeur s'est pourvu en cassation uniquement sur la mesure de réparation ordonnée (repositionnement du salarié dans sa carrière).

La Cour de Cassation rejette le pourvoi : le juge a le pouvoir de mettre à néant les effets de la discrimination.

Hypothèse de discrimination dans les conditions de travail

##### **■ Cass. soc. (02-41011), 23 juin 2004, Appia**

La substitution de son camion par un autre à un chauffeur routier a été jugée comme constitutive d'une mesure discriminatoire.

Là encore l'employeur se pourvoit en cassation contre la mesure ordonnée par le juge, sans contester la discrimination.

La Cour de cassation affirme que le juge peut décider de rétablir le salarié dans ses conditions de travail antérieures, et ordonne à l'employeur de fournir au chauffeur un véhicule conforme à son statut dans l'entreprise.

## **III - INTERROGATIONS SOULEVÉES PAR CETTE JURIDICTION**

### **A- Remise en état/déroulement de carrière: pouvoirs du juge et modalités d'appréciation**

Deux situations sont à envisager:

- lorsque le déroulement de carrière est précisément déterminé par les statuts ou la convention collective.

- lorsque qu'il n'existe pas de règles conventionnelles précises dans l'entreprise réglementant le déroulement de carrière.

Déroulement de carrière précisément déterminé par les statuts ou la convention collective:

Le juge va se référer à ces textes pour rétablir le salarié dans ses droits.

■ **CPH Schiltigheim (FOI/00391), 24 mars 2004, Sollac**

Un salarié reste durant 19 ans au même échelon et au même coefficient, et demande à évoluer.

La discrimination est établie par le juge car la différence de traitement est flagrante, ce salarié étant le seul dans ce cas, et l'employeur ne pouvant pas justifier cette situation par des éléments convaincants.

Le salarié demandait à changer de coefficient, mais en restant dans le même échelon. Pour justifier cette demande, il invoque l'accord d'entreprise, auquel le juge va se référer.

L'employeur conteste : aucun texte ne donne au juge la possibilité d'attribuer un coefficient ou un poste de travail à un salarié, et encore moins d'apprécier ses compétences.

Le CPH répond : le juge prud'homal peut, en se référant à la classification des emplois prévue par la convention collective applicable, décider le classement d'un salarié à un coefficient supérieur au coefficient dans lequel l'employeur l'a maintenu.

■ **CPH Paris, 19 mai 2005, CPAM**

Idem affaire précédente: le juge applique les règles statutaires pour repositionner un salarié dans sa carrière.

Il existe tout de même une limite que le juge hésite à franchir: lorsque le salarié demande à être repositionné dans une catégorie supérieure. Certains juges vont jusque là et d'autres pas.

■ **CA Montpellier, 25 mars 2003, IBM**

Une salariée demande à passer de technicien à cadre et la Cour le lui a accordé : la discrimination par rapport aux hommes était flagrante, et elle repositionne la salariée au niveau cadre.

Néanmoins, aucune motivation, aucun élément de référence n'est donné par le juge permettant d'apprécier la portée de cet arrêt.

**À l'inverse :**

■ **CPH Albertville (F03/00143), 23 mars 2005, Ugine**

Une salariée reste au même coefficient, entre 1983 et 2002, alors que les autres salariés années après années voyaient leur coefficient augmenter.

La salariée demande au juge non seulement un nouveau coefficient mais aussi un passage au niveau 4 (visiblement il s'agit d'un changement de pallier).

Le juge refuse de changer la salariée de niveau, il lui accorde seulement le coefficient maximal de sa catégorie.

Il ne peut pas ordonner le passage au niveau 4 car aucun élément ne lui permet d'établir que la salariée a les compétences scolaires ou acquises au cours de la carrière (malgré de bonnes fiches d'entretien professionnels...).

Le juge ne semble pas très à l'aise avec ce pouvoir, ne sais pas vraiment jusque où il peut aller dans cette «mise en cause» des prérogatives patronales.

Pas de règles conventionnelles précises dans l'entreprise déterminant le déroulement de carrière, ou règles imprécises.

Dans ce cas aussi, la position des juges est assez divergente.

■ **CPH Montpellier (RG F03/00617), 5 avril 2005, IBM**

Une salariée demande à avoir une augmentation de salaire correspondant à son nouveau statut de cadre (Cf. autre décision IBM précitée).

Il n'existe pas au sein de l'entreprise de règle précise concernant le montant du salaire par catégorie.

Pourtant le juge fait droit à la demande d'augmentation de salaire de la salariée en prenant comme référence la moyenne de la rémunération attribuée par IBM aux hommes d'un échantillon qu'il détermine.

**À l'inverse :**

■ **CA Paris (RG F02/36780), 7 février 2005, Prisma Presse**

Un salarié invoque une discrimination syndicale et demande des dommages et intérêts pour le passé et une augmentation de salaire pour l'avenir.

Mais cette fois le juge estime qu'il ne peut pas fixer un nouveau salaire, car il n'existe pas de convention collective sur ce thème. Le salaire doit alors être fixé entre l'employeur et le salarié. Il renvoie donc à un accord entre les parties.

Le juge laisse tout de même une petite porte ouverte : si les parties n'arrivent pas à un accord, elles peuvent ressaisir le juge.

**B- La prise en compte des droits différés: question de la retraite**

La plupart du temps, les juges incluent le tout dans les dommages et intérêts alloués, de façon forfaitaire.

Il n'existe qu'un seul jugement où le juge a pris soin de calculer un montant précis de cotisations que l'employeur était tenu de verser aux organismes.

■ **CA Metz (RG F02/03244), 1<sup>er</sup> septembre 2004, Unimetal;**

■ **CA Paris, 7 février 2005, Prisma Presse;**

■ **CPH Schiltigheim, 23 mars 2004, Sollac**

**C- La prescription**

Les actions de discrimination se prescrivent-elles par 5 ans ou par 30 ans?

■ **Cass. soc. (98-43472), 11 octobre 2000, Bujard/RVI;**

■ **Cass. soc. (02-43560), 15 mars 2005, Renault**



## DÉBATS

### **Un intervenant**

Y a-t-il vraiment pour le salarié licencié pour des raisons discriminatoires un droit à être rétabli dans sa situation antérieure?

### **Réponse de Manuela Grevy**

Aujourd'hui, il n'y a plus aucun doute: le juge a un tel pouvoir.

Il est normal que certain juges soient encore frileux mais pour la Cour de Cassation cela paraît très clair.

### **Un intervenant**

L'employeur peut-il invoquer le principe de non-discrimination ou le principe d'égalité de traitement?

Par exemple, l'interdiction du travail de nuit des femmes, avant que le Code du travail ne soit modifié par la loi du 9 avril 2001, était une exigence communautaire mais pas interne.

### **Réponse de Marie-Thérèse Lanquetin**

La France a été condamnée plusieurs fois sur la question du travail de nuit. Le droit interne doit être clair. Tant que la disposition interdisant le travail de nuit restait dans le Code du travail, la France ne répondait pas aux exigences du droit communautaire. Elle a mis dix ans pour modifier sa législation en la matière, par rapport à la première condamnation dont elle a fait l'objet.

Il existe un jugement de Conseil de prud'hommes commenté dans Droit social. En réponse à ce commentaire, 2 auteurs ont montré la nécessité d'appliquer le droit communautaire même en l'absence de modification législative.

### **Intervention de Paul Bouaziz**

Il n'existe pas à ma connaissance de jurisprudence sur cette question, mais il serait parfaitement concevable qu'un employeur poursuivi pour avoir fait travailler de nuit des femmes invoque un fait justificatif tiré des directives européennes.

### **Un intervenant**

Relativement à la transposition de la directive par la Loi de 2001, qu'est devenu l'article L. 122-45 du Code du travail?

Doit-on invoquer cet article du droit national ou plus largement les textes communautaires et les traités?

### **Réponse de Marie-thérèse Lanquetin**

Le droit national doit être interprété à la lumière du droit communautaire.

Dans l'article L. 122-45, il n'y a pas de définition de la notion de discrimination directe ou indirecte, qui sont des notions de droit communautaire.

Donc l'article L. 122-45 doit être interprété à la lumière du droit communautaire.

### **Paul Bouaziz**

La décision du juge départiteur qui a été saisi d'un problème de discrimination et qui condamne sur la base de l'article 1134 du Code civil paraît poser problème.

Mais est-ce que cela pose vraiment un problème fondamental ?

Aller à la source pour entrer en condamnation sans entrer dans le détail de ce qui est ensuite décliné avec des définitions strictes nuit-il à la lutte contre les discrimination ?

### **Réponse de Marie-Thérèse Lanquetin**

C'est un point de vue. Mais le juge ne qualifie pas les faits de discrimination. Ne faut-il pas préférer une qualification objective sur le terrain de la discrimination ?

### **Un intervenant**

Quels types de document est-il nécessaire d'avoir dans les dossiers traitant de discrimination?

### **Réponse de Manuela Grevy**

Le demandeur doit apporter des éléments qui établissent que par rapport à d'autres salariés, sa position, son salaire, sa carrière, n'est pas dans la norme.

Toute la difficulté est de déterminer par rapport à quoi il faut se référer, par rapport à qui il faut comparer, mais c'est du cas par cas.

Le défendeur va essayer d'écartier la différence de traitement : il va donc amener un contre panel par rapport à celui apporté par le salarié, pour atténuer la différence de traitement. Mais il existe des cas où cela n'est pas possible.

Le défendeur doit prouver, si la différence de traitement est établie, que sa position n'est pas discriminatoire.

L'employeur privilégie alors le motif de la différence de traitement, par exemple en alléguant dans le débat l'incompétence du salarié.

Cour de Cassation, Chambre sociale, 2004-12-08, 02-45226, Inédit  
Cour de Cassation, Chambre sociale, 1998-12-15 , 95-43630  
Cour de Cassation, Chambre sociale, 2004-09-28, 03-41825, pourvoi : 03-41829  
Cour de Cassation, Chambre criminelle, 2004-09-28, 04-82841, Inédit  
Cour de Cassation, Chambre sociale, 1999-03-17, 97-45555, Publié au bulletin  
Cour de Cassation, Chambre sociale, 2003-04-30, 00-44811, Publié au bulletin  
Cour de Cassation, Chambre sociale, 2002-07-10, 00-45359, Inédit titré  
Cour de Cassation, Chambre sociale, 2004-02-24, 01-46499, Inédit  
Cour de Cassation, Chambre sociale, 2004-06-23, 02-41011, Publié au bulletin  
Cour de Cassation, Chambre sociale, 2000-10-11, 98-43472, Inédit titré  
Cour de Cassation, Chambre sociale, 2005-03-15, 02-43560, Publié au bulletin