

Les discriminations dans l'emploi

27 septembre 2021

Michel Miné, Professeur du Cnam

Mathilde Zylberberg, Cheffe de pôle du Défenseur des droits

Yasmine Tarasewicz, Avocat à la Cour

Xavier Sauvignet, Avocat à la Cour

Plan

- I. Concepts fondamentaux
- II. Rôles et missions du Défenseur des droits
- III. Prescription de l'action
- IV. Preuve
- V. Réparation

I. Concepts fondamentaux du droit de la discrimination

Michel Miné - michel.mine@lecnam.net

*Professeur du Cnam, titulaire de la chaire Droit du travail et droits de la personne
Droit des discriminations dans l'emploi et le travail, Éditions Larcier.*

Le droit de la discrimination dans l'emploi et le travail



Enjeux de la définition de la discrimination

- *Parler la même langue* (la langue du droit aide à objectiver et à penser la discrimination)
- *Éviter les confusions*
 - **distinction** (des distinctions sont licites...)
 - **traitement défavorable** (des traitements défavorables sont justifiés ; des traitements défavorables injustifiés ne sont pas des discriminations...)
 - **inégalité de traitement** (certaines ne sont pas des discriminations...)
 - **injustice** (des injustices ne sont pas des discriminations...)

« **Mal nommer les choses ajoute aux malheurs de ce monde** », Albert Camus

Mobiliser les ressources du droit pour :

- **voir** les discriminations (**qualifier** des faits de discrimination)
- **appliquer** le régime juridique pertinent (**agir** pour leur suppression)

Définition générale

Une discrimination se manifeste par :

- ***une mesure défavorable*** (toute mesure de gestion est concernée : l'accès à l'emploi, l'affectation, la promotion et la formation professionnelle, les conditions de travail et d'emploi, les rémunérations...)
- ***injustifiée***
- ***illicite***, liée à un critère qu'il est interdit d'utiliser pour prendre une décision *défavorable* (sexe, origine – sociale, lieu de résidence, vulnérabilité résultant de sa situation économique, origine - nationale, « race » et ethnie, activités syndicales, grève, orientation sexuelle, âge, handicap, religion et convictions, apparence physique, identité sexuelle, etc.)

<https://blogs.alternatives-economiques.fr/micheline/2017/03/22/discriminations-dans-l-emploi-trop-de-criteres-31>

<https://theconversation.com/discrimination-raciale-dans-lentreprise-le-dispositif-juridique-reste-a-ameliorer-142132>

Toute discrimination est en soi une atteinte aux droits de l'Homme

Une discrimination peut être :

I. - Directe

II. - Indirecte

I. – Discrimination directe

- *En lien avec un critère,*
- *une personne*
- est traitée de manière moins favorable,
- dans une situation *comparable,*
- qu'une autre :
 - *ne l'est* (situation concrète présente)
 - *ne l'a été ou ne l'aura été* (situation concrète successive)
 - *ne le serait* (situation avec comparaison hypothétique)

Une personne est moins bien traitée qu'une autre *ne l'est*

(C. trav., art. L. 1132-1... ; Loi 27/05/2008 ; C. pén., 225-1...)

- Riom, 16 01 1995, USAI Champignons (discrimination sexuelle en matière de rémunération - travail de valeur égale / Première mobilisation par le juge national de la jurisprudence communautaire en matière d'égalité de rémunération entre femmes et hommes - confirmation Soc. 12 févr. 1997)
- Paris, 1996 et 1997, Peugeot (discrimination syndicale - déroulement de carrière, etc.)
- Paris, correc., 2004, Moulin Rouge (discrimination raciale à l'embauche)
- Paris, correc. 04 07 2007, Garnier (L'Oréal), ADECCO et a. (discrimination raciale à l'embauche), confirmé en Cassation (2011)
- Soc. 16 12 2008, AFPA c/ Mme Otelli (discrimination sexuelle en matière de déroulement de carrière / congé de maternité, et de rémunération - travail de valeur égale) (RDT, juin 2009, p. 382)
- Toulouse 19 02 2009, Airbus (discrimination raciale à l'embauche), confirmé en Cassation (2011)

- Soc. 6 07 2010, Sté TMS c/ Mme B. et Soc. 16 11 2010, Cté expansion Puy-de-Dôme c/ Mme Rieuf (discrimination sexuelle en matière de rémunération – travail de valeur égale)
- Soc. 4 juill. 2012, *SNECMA c/ Sylvie Men* (discrimination sexuelle en matière de déroulement de carrière/ rémunération – travail de valeur égale)
- Versailles, 16 déc. 2010, Mme V. (discrimination liée à l'état de santé – cancer du sein), confirmé en Cassation (2013)
- Soc. 24 avril 2013, *Crédit agricole* (discrimination liée à l'orientation sexuelle dans le déroulement de carrière)
- Soc. 19 mars 2013, *CPAM de Seine-Saint-Denis* (absence de discrimination liée à la religion)
- Soc. 9 avril 2015, *Sté Micropole* (discrimination liée à la religion) (RDT 2015.405)
- Etc.

Une personne est moins bien traitée qu'une autre ne l'est (CJUE/CJCE)

- **Nationalité** (depuis CJCE 15 oct. 1969, Ugliola; CJUE 20 juin 2013, Giersch e.a.; etc.; CJUE 5 février 2015, Commission / Belgique)
- **Sexe – égalité femmes-hommes** (emploi et travail : depuis CJCE 1971, 1976, 1978, Gabrielle Defrenne; etc.; CJUE 4 juin 2020, Feticco, C-588/18)
- **Race / Ethnie** (depuis CJCE 10 juillet 2008, Firma Feryn NV; etc.; CJUE 16 juillet 2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD / Komisia za zashtita ot diskriminatsia)
- **Âge** (depuis CJCE 2005, Mangold ; CJUE 6 décembre 2012, Odar; etc.; CJUE 14 mars 2018, Stollwitzer, C-482/16)
- **Handicap** (depuis CJCE 11 juillet 2006, Chacon Navas ; CJUE 4 juillet 2013, Commission européenne c/ République italienne; etc.; CJUE 19 septembre 2018, Bedi, C-312/17)
- **Orientation sexuelle** (depuis CJCE 1er avril 2008, Maroko ; CJUE 10 mai 2011, J. Römer; etc.; CJUE 23 avril 2020, NH contre Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI, C-507/18)
- **Religion et convictions** (depuis CJUE 14 mars 2017; etc. ; CJUE 15 juillet 2021, WABE et MH Müller Handel, C-804/18 et C-341/19)

Une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre **ne l'a été ou ne l'aura été**

(C. trav., art. L. 1132-1... ; Loi 27/05/2008; C. pén., 225-1...)

- CJCE 27 mars 1980, Wendy Smith, C-129/79
- CA Toulouse, 17 mars 1995, *Sté Kimono c/ Mme Maharibatcha*

Une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre *ne le serait* (C. trav., art. L. 1132-1... ; Loi 27/05/2008)

- Soc. 28 mars 1995 - question préjudicielle à la CJCE
- **CJCE 30 avril 1998, *Évelyne Thibault c/ CNAVTS, C-136/95*** (convention collective nationale privant une femme du droit d'être notée du fait de son absence de l'entreprise - absence en partie pour congé de maternité) - « *discrimination fondée directement sur le sexe* »
- Soc. 16 juillet 1998, *Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés c/ Évelyne Thibault* - « *discrimination en considération de son sexe* »

Une discrimination peut consister :

- Dans l'application de règles différentes à des situations comparables
- ***Dans l'application de la même règle à des situations différentes*** (CJCE, 30 juin 1998, Mary Brown ; CJCE 30 avril 1998, Evelyne Thibault)

Une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre *ne le serait*

- Soc. 10 nov. 2009, *SNCF* (salariée discriminée dans son déroulement de carrière du fait de sa participation à une grève)
- Soc. 10 nov. 2009, *Mohammed* (discrimination raciale en matière de changement imposé du prénom)

« À travail de valeur égale, rémunération égale »

- « *Tout employeur assure pour un même travail ou pour un travail de valeur égale, l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes* ».

(Art. L.3221-2 et R. 3222-1 du Code du travail - Loi du 22 déc. 1972, issue de la Convention OIT n° 100 de 1951 et du Traité OIT de 1919. Art. L.1142-1 du Code du travail – « Loi Roudy » du 13 juill. 1983, directive communautaire de 1975. Art. 157 TFUE (Traité de Lisbonne) et art. 4 directive du 5 juill. 2006).

- **Rémunération : C. travail, art. L. 3221-3**

- **Travail de valeur égale (critères) : C. travail, art. L. 3221-4**

- CJCE 27 octobre 1993, *Enderby* (C-127/92)
- CJCE 31 mai 1995, *Dansk Industri* (C-400/93)
- CJCE 26 juin 2001, *Brunnhofer* (C-381/99)
- Jurisprudence précitée - Usai champignons, AFPA, SNECMA, etc.

Travailleurs « en situation de handicap »

(Convention ONU relative aux droits des personnes handicapées, 2006)

- ***« le handicap résulte de l'interaction entre des personnes présentant des incapacités et les barrières comportementales et environnementales qui font obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres » (Convention ONU - Préambule ; Art. 1er)***
- ***une maladie peut relever de la notion de handicap (CJUE, 11 avril 2013, HK Danmark) - aménagements raisonnables***

<https://blogs.alternatives-economiques.fr/michelmine/2020/02/11/travailleurs-en-situation-de-handicap-le-droit-international-a-mobiliser>

Discrimination directe (suite)

- par ***injonction***
- par ***harcèlement*** (*harcèlement discriminatoire*)
- par ***association***
- par ***propos***
- par ***discriminations multiples***

Discrimination directe *par injonction*

- ***Tout comportement consistant à enjoindre à quiconque de pratiquer une discrimination à l'encontre de personnes liées à un critère***
 - des demandes
 - de clients (CJCE 10 juillet 2008, Feryn Firma,...),
 - de salariés (CEDH 3 octobre 2013, I.B./Grèce,...),
 - d'autres personnes,adressées à l'employeur (à un responsable de l'entreprise,...)
 - ces demandes constituent des discriminations
 - ***ces demandes ne peuvent justifier une discrimination***

Discrimination directe *par harcèlement*

Harcèlement discriminatoire :

- un *comportement* indésirable lié (à un critère) se manifeste,
- qui a *pour objet ou pour effet*
 - de porter atteinte à la dignité d'une personne
 - et de créer un *environnement* intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant.
- dont le harcèlement sexuel : un comportement (physique, verbal) non désiré à *connotation sexuelle* ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne, de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant,
 - Orléans, 7 février 2017, harcèlement sexuel *environnemental*
https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=16139

Discrimination directe *par harcèlement*

Des harcèlements constituent des discriminations :

- harcèlement sexuel ou « sexiste »,
- harcèlement racial,
- harcèlement lié au handicap,
- harcèlement lié à l'âge,
- harcèlement lié à l'orientation sexuelle,
- harcèlement lié à la religion,
- harcèlement lié aux activités syndicales,
- Etc.



Harcèlements discriminatoires (discrimination par harcèlement - critère)

le harcèlement sexuel (sanctions civiles et pénales)

C. Travail, art. L. 1153-1...

C. Pénal, art. 222-33, 225-1-1...

les autres harcèlements (racial, lié au handicap, à l'orientation sexuelle, etc.)

(sanctions civiles)

Loi 27 mai 2008 (modifiée)

Harcèlement moral

Contentieux civil

C. travail, art. L. 1152-1

Contentieux pénal

C. Pénal, art. 222-33-2

C. Travail, art. L. 1155-2

Discrimination directe *par propos*

- *Quand les propos ont des effets discriminatoires*

- CJCE 10 juillet 2008, Feryn Firma NV

- Déclarations publiques d'un responsable d'une entreprise indiquant qu'il ne recruterait pas de personnes d'une certaine origine raciale/ethnique

- Les déclarations constituent ***une présomption de discrimination directe (effet dissuasif des déclarations)***

- Situations dans lesquelles l'entreprise fait savoir que les personnes relevant de tel critère (sexe, race, âge, orientation sexuelle, etc.) ne seront pas :
 - embauchées
 - affectées à certains emplois,
 - promues à certains postes, etc.

Discrimination directe *par association*

- ***Quand une personne subit un traitement défavorable du fait de son association avec une personne relevant d'un critère***
 - ***CJCE 17 juillet 2008, S. Coleman c/ Attridge Law, C-303/06***
personne discriminée du fait du handicap de son enfant
 - « l'interdiction de discrimination directe (...) n'est ***pas limitée aux seules personnes qui sont elles-mêmes handicapées*** »
 - Le principe d'égalité de traitement s'applique non pas à une catégorie de personnes déterminée, mais en fonction des motifs visés à l'article 1er de la directive (§ 38)
 - ***CPH Caen 21 10 2008, Mme SE c/ Sté ED (HALDE Délibération 26 03 2007)***
(salariée discriminée en raison de l'activité syndicale de son compagnon),
jugement confirmé en appel

Discrimination *multiple/cumulée* – *intersectionnelle* (directe - indirecte)

Une personne fait l'objet de « discriminations multiples » en lien avec plusieurs critères

(en particulier les femmes : directive 2000/43 considérant 14 ; directive 2000/78 considérant 3)

- CJUE 19 avril 2012, Galina Meister, C-415/10 - discrimination fondée sur **le sexe, l'âge et l'origine ethnique** (procédure de recrutement)
- CJUE 24 novembre 2016, David L. Parris, C-443/15 - discrimination fondée sur **l'âge et l'orientation sexuelle** (retraite) - non retenue
- Paris, soc., 1er avril 2004 (discrimination / **sexe et activités syndicales**) ; etc.

Discrimination directe - *dérogations à l'interdiction de discriminer*

- **En principe : impossible**
- **Par exception (interprétation stricte)** : une différence de traitement fondée sur une caractéristique (liée à un critère) ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique cause constitue une « ***exigence professionnelle essentielle et déterminante*** »
 - si l'État membre l'a prévu (« informations fournies à la Commission »)
 - si l'objectif est légitime et l'exigence proportionnée

Droit national : recrutement / sexe : artistes, mannequins, modèles
- **Des dérogations spécifiques liées :**
 - à des critères :
 - l'âge (état de santé)
 - le handicap (état de santé)
 - à des activités professionnelles d'églises.

II. – Discrimination indirecte

(C. trav., art. L. 1132-1... ; Loi 27/05/2008)

- ***une disposition ou une pratique***, mise en œuvre (par l'entreprise,...),
- ***apparemment neutre***,
- est susceptible d'entraîner ***un désavantage*** particulier ou entraîne un désavantage pour des personnes (relevant d'un critère) par rapport à d'autres personnes,
- à moins que l'auteur (l'entreprise,...) prouve que cette disposition ou cette pratique est
 - objectivement ***justifiée*** par un but légitime (pertinence)
 - et que les moyens mis en œuvre pour réaliser cet objectif sont nécessaires et appropriés (***proportionnalité***)

Discrimination indirecte

- La méthode permet d'examiner les **effets d'une norme ou d'une pratique** (conception objective de la discrimination)

(Convention OIT n° 111)

- **Si l'entreprise peut justifier** du caractère pertinent et proportionné de la disposition ou de la pratique en cause, **l'inégalité de traitement** n'a pas de caractère discriminatoire
- **La jurisprudence est exigeante pour accepter une justification** (exemple : ne constituent pas une justification : des données budgétaires – CJCE 20 mars 2003, Helga Kutz-Bauer)

Discrimination indirecte : un concept et une méthode mobilisés

- **Sexe - égalité femmes-hommes (exemples d'affaires) :**
 - CJCE 31 mars 1981, Paula Jenkins (salariées à temps partiel, taux horaire du salaire inférieur)
 - CJCE 13 mai 1986, Bilka (salariées à temps partiel, régime de retraite d'entreprise)
 - CJCE 7 février 1991, Nimz (salariées à temps partiel, déroulement de carrière)
 - CJCE 6 décembre 2007, Ursula Voß (*salariées à temps partiel, taux de majoration des heures effectuées au-delà de la durée du contrat*)
- **Nationalité (exemples d'affaires) :**
 - CJCE 24 septembre 1998, Commission / France (avantage lié à la retraite refusé aux travailleurs frontaliers)
 - CJCE 30 septembre 2003, Köbler (avantage lié à l'ancienneté refusé aux travailleurs ayant exercé la même activité dans un autre État membre)

Discrimination indirecte : un concept et une méthode mobilisés par le juge national

- **Discrimination indirecte reconnue par le juge français :**

- **État de santé**

- Depuis Soc. 9 janv. 2007, **Sté Sporfabric** (annualisation-modulation du temps de travail) (RDT avril 2007, p. 245)

- **Sexe**

- Depuis Soc. 6 juin 2012, **AGIRC** (protection sociale complémentaire) (RDT sept. 2012, p. 496)

Action positive

- La discrimination (indirecte) invite à adopter et mettre en œuvre des mesures d'action positive
- « Pour assurer la pleine égalité dans la pratique, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un Etat de maintenir ou d'adopter ***des mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages*** liés à (un critère) » (droit UE)
- Exemple : « Pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle » (TFUE, art. 157 § 4; Dir., cons. 22 et art. 3)
- Une action temporaire (3 ans)
- ***de rattrapage*** (rémunérations, formation, promotion, etc.) ***ou de prévention*** (formation, etc.)
- ***au bénéfice de personnes discriminées ou relèvent de groupes de personnes discriminées***

Action positive

Mesures d'actions positives encadrées par la CJUE

« clause d'ouverture » pour les personnes relevant d'autres critères

- CJCE 17 octobre 1995, Kalanke / Freie Hansestadt Bremen (C-450/93) (§§ 18-19, 21-24 et disp.)
- CJCE 11 novembre 1997, Marschall / Land Nordrhein-Westfalen (C-409/95) (§ 35 et disp.)
- CJCE 28 mars 2000, Badeck e.a. (C-158/97) (§§ 38, 44, 55, 63, 66 et disp.)
- CJCE 6 juillet 2000, Abrahamsson et Anderson (C-407/98) (§§ 53-62, disp. 3)



Non discrimination

Les salariés relevant d'un *critère*
dans une situation *comparable*

Civil - **Réparation** intégrale
Pénal - sanctions

Sources : Droit national + droit UE + droit
international

Égalité de traitement (au sens français)

Tous les salariés
dans une situation *identique* au regard d'un
avantage

Réparation réduite
Absence de sanction (sauf règles
particulières - CDD/CTT/TTP)

Droit national (Jurisprudence depuis Soc.
29 oct. 1996, Mme Ponsolle)

II. Rôles et missions du Défenseur des droits



Article 71-1 de la Constitution

« Le Défenseur des droits veille au respect des droits et libertés par les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics, ainsi que par tout organisme investi d'une mission de service public, ou à l'égard duquel la loi organique lui attribue des compétences.

Il peut être saisi, dans les conditions prévues par la loi organique, par toute personne s'estimant lésée par le fonctionnement d'un service public ou d'un organisme visé au premier alinéa. Il peut se saisir d'office.

La loi organique définit les attributions et les modalités d'intervention du Défenseur des droits. Elle détermine les conditions dans lesquelles il peut être assisté par un collège pour l'exercice de certaines de ses attributions.

Le Défenseur des droits est nommé par le Président de la République pour un mandat de six ans non renouvelable, après application de la procédure prévue au dernier alinéa de l'article 13. Ses fonctions sont incompatibles avec celles de membre du Gouvernement et de membre du Parlement. Les autres incompatibilités sont fixées par la loi organique.

Le Défenseur des droits rend compte de son activité au Président de la République et au Parlement ».

Loi organique du 29 Mars 2011 relative au Défenseur des Droits

- Article 4 3° : « *Le Défenseur des droits est chargé : (...) De lutter contre les discriminations, directes ou indirectes, prohibées par la loi ou par un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France ainsi que de promouvoir l'égalité* »
- Article 5 3° : « *Le défenseur des droits peut être saisi : (...) Par toute personne qui s'estime victime d'une discrimination, directe ou indirecte, prohibée par la loi ou par un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, ou par toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits se proposant par ses statuts de combattre les discriminations ou d'assister les victimes de discriminations, conjointement avec la personne s'estimant victime de discrimination ou avec son accord* »
- Article 6 : « *La saisine du Défenseur des droits est gratuite.*

Elle est précédée de démarches préalables auprès des personnes publiques ou des organismes mis en cause, sauf lorsqu'elle est présentée au titre des compétences mentionnées aux 2° à 4° de l'article 4. La saisine du Défenseur des droits n'interrompt ni ne suspend par elle-même les délais de prescription des actions en matière civile, administrative ou pénale, non plus que ceux relatifs à l'exercice de recours administratifs ou contentieux »

Le défenseur des droits et les observations en justice

- Art. 33 alinéa 2 de la loi organique du 29 mars 2011 : « *Les juridictions civiles, administratives et pénales peuvent, d'office ou à la demande des parties, l'inviter à présenter des observations écrites ou orales. Le Défenseur des droits peut lui-même demander à présenter des observations écrites ou à être entendu par ces juridictions ; dans ce cas, son audition est de droit* »
- **Consacré par la loi du 18 Novembre 2016 – article L 431-3-1 COJ** pour la Cour de cassation

III. La prescription de l'action en discrimination



III. La prescription de l'action en discrimination

- A. Etat du droit
- B. L'application de la révélation de la discrimination par les juges du fond
- C. L'application de la révélation de la discrimination par la Cour de cassation

A. Etat actuel du droit (1/1)

❑ Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi n°2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile du 17 juin 2008 :

- L'action en discrimination était soumise à la prescription trentenaire de l'ancien article 2264 du Code civil « **en raison du caractère indemnitaire et non pas salarial de la demande** » (Cass. soc., 15 mars 2005, n°02-43.560 ; n°02-43.616)

❑ **La loi du 17 juin 2008** a (en matière de discrimination) institué un régime de prescription de l'action en discrimination dérogatoire au droit commun en prévoyant au nouvel article L. 1134-5 du Code du travail que :

- « **L'action en réparation du préjudice résultant d'une discrimination se prescrit par cinq ans à compter de la révélation de la discrimination. Ce délai n'est pas susceptible d'aménagement conventionnel. Les dommages et intérêts réparent l'entier préjudice résultant de la discrimination, pendant toute sa durée** ».

❑ **Travaux parlementaires** : « *La révélation de la discrimination n'est donc pas la simple connaissance de la discrimination par le salarié ; elle correspond au moment où il dispose des éléments de comparaison mettant en évidence la discrimination. Tant que le salarié ne dispose pas d'éléments probants, la discrimination ne peut pas être considérée comme révélée, et donc, le délai de prescription de l'action du salarié ne peut courir* » (Rapport AN, p. 18).

A noter : cette appréciation « extensive » de la notion de révélation de la discrimination est reprise par le Défenseur des droits : « **la « révélation » de la discrimination (...) suppose la détention par le salarié d'informations de qualité, lui permettant d'apprécier la réalité et l'étendue de la discrimination et du préjudice subi** » (Décision du Défenseur des droits ML 2016-188).

B. L'application de la révélation de la discrimination par les juges du fond (1/2)

□ Absence de définition commune du terme « révélation » par les juges du fond :

- La révélation a pu être définie par les juges du fond comme la date à laquelle le salarié a disposé :
 - « *des éléments propres à le convaincre qu'il est discriminé* »¹ ;
 - « *des éléments l'amenant à penser qu'il est discriminé, notamment des éléments de comparaison mettant en évidence une discrimination* »² ;
 - « *des éléments de fait précis et concordants qui permettent de laisser supposer l'existence d'une discrimination* »³ ;
 - « *des éléments de comparaison objectifs qui la mettent en évidence* »⁴.

□ Appréciation casuistique du point de départ du délai de prescription de l'action en discrimination par les juges du fond :

- Pour établir la révélation de la discrimination, les juges du fond recherchent avant tout à déterminer, en fonction des faits de chaque affaire, la date à laquelle le salarié aurait pu « *légitimement* » agir en justice :
 - soit parce qu'il était convaincu de la discrimination alléguée (**approche subjective**) ;
 - soit parce qu'il disposait d'éléments précis et concordants laissant supposer son existence (**approche objective**).

¹ CA Pau, 22 mars 2018, n°02822

² CA Versailles, 6^e ch., 10 sept. 2020, n°17/05511

³ CA Douai, 27 sept. 2019, n°16/00578 ; CA Orléans, 20 févr. 2020, n°18-14.491

⁴ CA Paris, 6 mars 2019, n°17/03477

B. L'application de la révélation de la discrimination par les juges du fond (2/2)

❑ Il a été jugé que le salarié était convaincu de la discrimination alléguée et donc que la révélation de la discrimination était établie (approche subjective) :

- Au jour de l'envoi par le salarié d'un courrier à son employeur dans lequel il affirme subir une discrimination syndicale⁵ ;
- Au jour de l'envoi par le salarié d'un courrier faisant état d'un blocage précis de sa carrière⁶.

En revanche, la révélation de la discrimination n'a pas été retenue :

- Lorsque le courrier du salarié adressé à l'employeur ne permet de relever qu'une « *impression de discrimination* », et non de ce que le salarié était convaincu de la discrimination alléguée⁷ ;
- Si la réponse apportée par l'employeur au salarié s'estimant victime de discrimination se limite à nier en bloc la discrimination alléguée⁸ ;
- Si l'employeur ne satisfait pas à l'injonction ordonnée par le juge de communiquer des éléments de comparaison utiles pour éclairer la situation de discrimination soupçonnée⁹.

⁵ CA Douai, 27 sept. 2019, n° 16/00578 ; CA Versailles, 19 déc. 2019, n° 17/04239

⁶ CA Aix-en-Provence., 17 janv. 2020, n° 17/01850

⁷ CA Paris, 6 mars 2019, n° 17/03477 ; v. également : CA Riom, 5 juin 2018, n° 17/01983

⁸ En ce sens : CA Paris, 6 mar. 2019, n° 17/03477

⁹ En ce sens : CA Pau, 7 déc. 2017, n° 14/02221

❑ Il a été jugé que le salarié disposait des éléments lui permettant d'agir en discrimination et donc que la révélation était établie (approche objective) :

- Au jour où le salarié a eu connaissance, sous astreinte : des lettres de transparence établies par l'employeur qui, selon le salarié, « *mettent en évidence un retard de salaire considérable* » par rapport à la moyenne des salaires des salariés ETAM ayant une ancienneté comparable¹¹ ; du salaire et de l'évolution de carrière de ses collègues placés dans une situation identique¹² ; de la lettre de l'inspecteur du travail demandant à l'employeur de régulariser la situation salariale de certains salariés qui seraient discriminés en raison de leur appartenance syndicale¹³ ; ou encore de son bulletin de paie lui permettant de constater la suppression d'une prime d'assiduité en raison de ses absences liées à la maladie¹⁴.

A l'inverse, les éléments suivants en possession du salarié ont été jugés insuffisants pour établir la révélation de la discrimination :

- un tableau comparant le salaire du demandeur à celui de certains de ses collègues dont les données sont insuffisantes pour prouver une discrimination¹⁵ ;
- ou encore, un compte-rendu d'entretien annuel de 2008 mentionnant expressément, à la rubrique « *points faibles* » du salarié, « *son rôle de délégué empiète sur son rôle de chaudronnier* », cet élément étant insuffisant pour révéler une discrimination ayant pour effet d'affecter son salaire et sa carrière¹⁶.

¹¹ CA Versailles, 18 nov. 2020, n° 18/02787

¹² CA Toulouse, 27 nov. 2020, n° 2020/297 ; CA Versailles, 10 mar. 2017, n° 15/10273

¹³ CA Aix-en-Provence, 17 nov. 2009, n° 07/13985

¹⁴ CA Montpellier, 3 avr. 2019, n° 18/00924

¹⁵ CA Versailles, 6 févr. 2020, n° 17/01785

¹⁶ CA Toulouse, 27 nov. 2020, n° 17/05534

C. L'application de la révélation de la discrimination par la Cour de cassation (1/2)

- ❑ **Evolution de la jurisprudence de la Cour de cassation** : si en 2013, la Cour de cassation semblait s'aligner avec le texte légal (voir : *Cass. soc., 20 fév. 2013, n°10-30.028*), elle s'en est ensuite clairement écartée dans sa jurisprudence **la plus récente**.

- **Cass. soc., 29 mai 2019, n°18-14.484, n°18-18.2003** : la Cour de cassation a retenu que la cour d'appel avait « *pu déduire* » que la révélation de la discrimination se situait à la date de rupture du contrat de travail, motif pris que « *la discrimination fondée sur la nationalité était caractérisée par une différence de traitement dans l'évolution de la carrière par rapport à celle des agents statutaires découlant d'une série d'actes et de décisions concrets, qui se sont étalés dans le temps jusqu'à la rupture du contrat de travail, laquelle marque la fin de la carrière d[es] salarié[s] et la position atteinte en dernier lieu* ».

- ✓ Cette décision est venue créer le doute quant à un report du point de départ du délai de prescription à la date de cessation des effets de la discrimination.

- **Cass. soc., 27 janv. 2021, n°19-20.501** : sous l'empire de l'ancien article 2262 du Code civil, la Cour de cassation a précisé que la demande du salarié ne pouvait pas porter sur des faits « *ayant cessé de produire leurs effets avant la période non atteinte par la prescription* ».

- ✓ La cessation des effets de la discrimination est devenu le point de départ de la prescription.

- **Cass. soc., 31 mars 2021, n°19-22.557** : confirmation de l'arrêt du 27 janvier 2021 mais cette fois-ci au visa de l'article L. 1134-5 alinéa 1 du Code du travail.

- **Cass. soc., 23 juin 2021, n°20-10.020** :

- ✓ Le point de départ du délai de prescription de l'action en discrimination est la cessation des effets de la discrimination

C. L'application de la révélation de la discrimination par la Cour de cassation (2/2)

□ Justification (Doyen Huglo, séance AFDT du 2 juin 2021) :

- Tant que le fait générateur de discrimination perdure et produit des effets illégaux, il ne peut y avoir de point de départ de la prescription. Cette solution s'inspire de la jurisprudence rendue en matière de préjudice d'anxiété selon laquelle, tant que le salarié est exposé à l'amiante et que l'employeur viole son obligation de sécurité, la prescription ne peut pas courir (8 juill. 2020, n°18-26.585), ou encore en matière de forfait-jours retenant que tant que le salarié est soumis à un forfait-jours illicite, la prescription ne court pas (27 mars 2019, n°17-23,314) ;
- Tant que le salarié ne connaît pas précisément l'étendue de son préjudice, il ne peut agir en justice pour obtenir réparation.

□ Débat :

- Solution contraire à l'alinéa 1 de l'article L. 1134-5 du Code du travail faisant courir le délai de la prescription de l'action en discrimination expressément à compter de sa révélation et non à compter de la cessation des effets de la discrimination ;
- Le droit de la discrimination ne comporte pas que des aspects indemnitaires (ex. nullité de tout acte et de toute mesure de discrimination, inapplication du barème pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, etc.) ;
- Solution n'incitant pas la victime à agir au plus vite en justice pour mettre un terme à la discrimination alors même que l'objectif de toute action en justice devrait être avant tout de faire cesser la discrimination, la réparation des conséquences de la discrimination n'étant finalement qu'un accessoire de cette demande principale ;
- L'introduction rapide de l'action en justice a pour autre avantage de permettre un débat contradictoire éclairé car plus l'action intervient tôt après le début de la discrimination, plus les éléments de preuve sont aisément accessibles

IV. La preuve de la discrimination

IV. La preuve de la discrimination

- A. Etat du droit
- B. La mise en œuvre du régime probatoire
- C. L'accès aux données de comparaison détenues par l'employeur
- D. Points d'actualité

A. Etat du droit (1/1)

- ❑ **Article 10, Directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement** : « *Les États membres prennent les mesures nécessaires, conformément à leur système judiciaire, afin que, dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établit, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement* ».

- ❑ **Loi n°2001-1066 du 16 novembre 2001** : unifie le régime probatoire pour toutes les discriminations, à partir de la directive européenne et de la jurisprudence (*Cass. soc., 23 nov. 1999, n° 97-42.940 ; 28 mars 2000, n° 97-45.258 ; 10 nov. 2000, n° 98-41.389*).

- ❑ **Article L. 1134-1 du Code du travail** définit un mécanisme probatoire en 3 étapes :
 - Le salarié doit apporter des éléments *“laissant supposer l'existence d'une discrimination”* ;
 - L'employeur doit apporter des éléments justificatifs objectifs, extérieurs à toute discrimination ;
 - Le juge peut, en cas de besoin, ordonner toutes mesures d'instruction qu'il estime utile.

B. La mise en œuvre du régime probatoire (1/2)

□ Etape 1 : le salarié doit apporter des éléments « *laissant supposer l'existence d'une discrimination* »

- **Principe** : le salarié doit établir la matérialité des éléments de fait précis et concordants présentés au soutien de ses allégations (*Conseil Constitutionnel, n°2001-455 DC, 18 janvier 2002*). A défaut, il doit être débouté de ses demandes (*Cass. soc., 3 déc. 2008, n°07-43.933 ; Cass. soc., 27 janv. 2016, n°13-27.442 ; Cass. soc., 1^{er} févr. 2017, n°15-18.305*).
- **Éléments pouvant être apportés par le salarié** : le salarié n'est pas obligé de procéder à une comparaison avec la situation d'autres salariés de l'entreprise (*Cass. soc., 10 nov. 2009, n°07-42849 ; Cass. soc., 29 juin 2011, n°10-14067; 25 septembre 2019 n°18.16 782*). S'il le fait, il doit :
 - Cibler un ou plusieurs salariés avec lesquels il entend se comparer, sans pouvoir se contenter d'une comparaison globale avec la moyenne des rémunérations perçues par une catégorie de cadres (*Cass. soc., 4 avr. 2018, n°17-11.814 ; Cass. soc., 13 juin 2018, n°16-21.926*).
 - Démontrer qu'il se trouve dans une situation identique au(x) salarié(s) avec le(s)quel(s) il entend se comparer (*Cass. soc., 4 avr. 2018, n°16-27.703*).Notamment, la preuve de la différence de traitement peut se fonder sur un panel de salariés placés dans une situation identique au salarié demandeur, panel apprécié souverainement par les juges du fond (*Cass. soc., 30 sept. 2015, n°14-17.748*).
- **Contrôle du juge** : le juge doit prendre en compte l'ensemble des éléments de fait présentés par le salarié (*Cass. soc., 29 juin 2011, n°10-15.792*), vérifier la matérialité de ces derniers, puis décider de la qualification des faits retenus : permettent-ils ou non de présumer l'existence d'une discrimination ? Cette qualification est contrôlée par la Cour de cassation (*Cass. soc., 29 juin 2011, n°10-14.067*)

B. La mise en œuvre du régime probatoire (2/2)

□ Etape 2 : l'employeur doit apporter des éléments justificatifs objectifs, extérieurs à toute discrimination

- **Principe** : toute différence de traitement n'est pas prohibée par la jurisprudence, mais l'employeur doit justifier l'octroi d'un avantage particulier à un salarié par l'application de critères objectifs, pertinents, et contrôlables dans leur mise en œuvre (*Cass. soc., 27 juin 2007, n°06-40.704 ; Cass. soc., 28 janv. 2010, n°08-44.486 ; Cass. soc., 21 juin 2005, n° 02-42658*).
- **Éléments pouvant être apportés par l'employeur** :
 - Il peut s'agir d'éléments **inhérents** à la personne du salarié : diplôme sanctionnant des formations de niveaux et durées inégaux et utiles à l'exercice des fonctions occupées (*Cass. soc., 11 janv. 2011, n°09-66.785*), ancienneté si elle n'est pas déjà intégrée dans une prime d'ancienneté (*Cass. soc., 19 déc. 2007, n° 06-44.795*), qualité du travail du salarié (*Cass. soc., 19 oct. 2011, n°10-17.337 et Cass. soc., 8 nov. 2005, n° 03-46.080*), procédure conventionnelle de reconnaissance des compétences par un jury indépendant (*Cass. soc., 17 oct. 2006, n°05-40.393*), comportement et implication professionnelle du salarié (*Cass. soc., 23 nov. 2010, n°08-44.380*).
 - Il peut s'agir d'éléments **extrinsèques** à la personne du salarié : pénurie de candidats (*Cass. soc., 21 juin 2005, n° 02-42.658*) ; disparité du coût de la vie entre 2 régions (*Cass. soc. 14 sept. 2016, n° 15-11.386*).
 - Il n'existe pas de présomption de justification de la discrimination prévue par un accord collectif (à la différence de l'égalité de traitement) (*Cass. soc., 9 oct. 2019, n°17-16.642*).
- **Contrôle du juge** : appréciation **souveraine** des juges du fond.

C. Points d'actualité (1/2)

□ Accès à la preuve par le salarié et articulation avec le droit à la vie privée

- **Article R1454-14 du Code du travail** : le BCO peut prononcer toutes mesures d'instruction, même d'office ainsi que toutes mesures nécessaires à la conservation des preuves
- **Article 145 du Code de procédure civile** : permet à un salarié de solliciter des mesures d'instruction avant tout procès au fond, sur requête ou en référé, s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès au fond la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige.
- **Appréciation très souple du « motif légitime » présenté par le salarié** : pas de condition liée à l'impossibilité de « *suppléer la carence du demandeur dans la charge de la preuve* » (à la différence de l'article 146 du CPC pour les mesures d'instruction demandées une fois le procès engagé) (*Cass. civ. 2, 10 juil. 2008, n°07-15.369 ; Cass. soc., 19 décembre 2012, n° 10-20526, Radio France*).
- **Le droit à la preuve peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle** d'autres salariés « *à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi* » : le juge peut cantonner le périmètre de la production de pièces sollicitée (*Cass. soc., 7 déc. 2016 n°14-28.391 F-D Cass. soc., 16 déc. 2020, n°19-17.637*) et peut autoriser la production de données non anonymisées (*Cass. soc., 16 mars 2021, n°19-21.063 ; Cass. soc., 22 septembre 2021, n°19-26147*).
- **Une solution pour garantir l'articulation entre droit à la preuve et droit à la vie privée** : permettre l'anonymisation des données communiquées au contradicteur (les nom et prénom des salariés étant remplacés par une lettre de l'alphabet), mais la communication au juge des données non anonymisées avec un tableau de concordance permettant à ce dernier de s'assurer de l'exactitude de la communication faite à la partie adverse :
 - Solution approuvée dans le contentieux des élections professionnelles (*Cass. soc., 8 juil. 2009, n°09-60.011, Okaidi*) ;
 - Solution préconisée par Madame Pécault Rivolier (*Rapport sur les discriminations collectives en entreprise : lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif*).

C. Points d'actualité (2/2)

□ La preuve de l'intention discriminatoire

- Le principe d'interdiction des discriminations **ne se confond pas avec le principe d'égalité de traitement** : « *il n'y a de discrimination que si le traitement défavorable infligé au salarié est fondé sur un des motifs prohibés par l'article L.1132-1 du Code du travail* » (Cass. soc., 18 janv. 2006, n° 03-45.422 ; Cass. soc., 27 oct. 1999 : JurisData n° 1999-003651 ; Cass. soc., 14 oct. 2009, n°08-41.091) :
 - Le seul fait que le licenciement d'un salarié syndiqué soit dépourvu de cause réelle et sérieuse n'implique pas, en soi, une discrimination, le salarié devant démontrer que son activité syndicale a été prise en considération (Cass. soc., 3 avril 2002, n° 00-42.583 ; Cass. soc. 26 mai 2010, n°08-42.630).
 - En cas de licenciement en raison de perturbations occasionnées par les absences prolongées ou répétées d'un salarié, le non-remplacement du salarié licencié est de nature à priver le licenciement de cause réelle et sérieuse, mais n'est pas nécessairement constitutif d'une discrimination en raison de l'état de santé à défaut d'éléments de nature à laisser présumer l'existence d'une discrimination (Cass. soc., 27 janv. 2016, n° 14-10.084).
 - Le fait que le salarié ait continué à bénéficier de promotions à compter de son engagement syndical suffit à écarter l'existence d'une discrimination syndicale (Cass. soc., 8 janv. 2020, n°18-21.226).
- A défaut d'une telle preuve, le régime de la différence de traitement non discriminatoire s'applique :
 - Prescription **triennale** des salaires.

V. La réparation de la discrimination

V. La réparation de la discrimination

A. Etat du droit

B. Les précisions jurisprudentielles

C. Points d'actualité

A. Etat du droit (1/1)

❑ **Définition** : « rétablissement de l'équilibre détruit par le dommage consistant à replacer, si possible, la victime dans la situation où elle serait si le dommage ne s'était pas produit ». La réparation peut être « en argent » (pécuniaire), ou « en nature » (remise en état).

❑ Principes de la réparation :

- En droit français : **réparation intégrale** (« *tout le dommage mais seulement le dommage* ») (Cass. 28 octobre 1954).
- En droit européen : les sanctions de la discrimination doivent être « **effectives, proportionnées, dissuasives** » (Article 17 de la Directive 2000/78 du 27 novembre 2000).

❑ Textes applicables :

- **Article L. 1235-3-1 du Code du travail** : le salarié licencié de manière discriminatoire a le droit soit à la réintégration, soit à une indemnité au moins égale aux 6 derniers mois de salaire ;
- **Article L. 1232-4 du Code du travail** : « *toute disposition ou tout acte pris à l'égard d'un salarié en méconnaissance des dispositions (sur l'interdiction des discriminations) est nul* » ;
- **Article L. 1134-5 du Code du travail** : « *les dommages et intérêts réparent l'entier préjudice résultant de la discrimination* » ;
- **Article L. 2141-8 du Code du travail** : en matière de discrimination syndicale, toute mesure prise par l'employeur contrairement aux dispositions des articles L.2141-5 à L.2141-7 « *sont considérées comme abusives et donnent lieu à dommages et intérêts* ».

B. Les précisions jurisprudentielles (1/1)

- ❑ **Réintégration rarement demandée mais parfois prononcée** : CA Paris 6-4, 6 janvier 2021, n°18/11244 ; « *La réintégration, judiciaire sanction de la discrimination* » Maëlle Dreano Bulletin Joly du travail mars 2021

- ❑ **Peu de jurisprudence de la Cour de cassation sur le préjudice financier lié à la perte de chance de n'avoir pu obtenir un certain salaire du fait de la discrimination** : l'appréciation de l'existence et de l'étendue du préjudice relève du pouvoir souverain des juges du fond (*Cass. soc., 13 avr. 2016, n°14-28.293 ; Cass. soc., 25 sept. 2019, n°18-14.975*).

- ❑ **Le salarié a le droit :**
 - **A la réparation de son préjudice passé** (préjudice de carrière et préjudice moral) : les incidences de la discrimination à réparer sont multiples (notamment : incidences sur la rémunération de base et variable, sur la retraite, sur la participation / intéressement) ;

 - **A une remise en état pour l'avenir** : le salarié doit être replacé dans les conditions dans lesquelles il se trouverait si l'acte n'était pas intervenu :
 - Le juge peut rétablir le salarié dans ses conditions de travail antérieures aux pratiques discriminatoires, via l'attribution du niveau de classification auquel il aurait pu prétendre s'il n'avait pas été victime de tels agissements (*Cass. soc., 23 juin 2004, Bull. 2004, V, n° 181, n°02-41.011 ; Cass. soc., 31 janvier 2007, n°05-42.855*).
 - A noter CA Paris, 2 juin 2021, 6-10, n°19/00971 repositionnement d'une salariée sur le salaire maximum des hommes figurant dans le panel de comparaison et non sur la moyenne, au vu du parcours de la salariée
 - Le juge peut procéder au reclassement du salarié ou à sa réintégration s'il a été licencié (*Cass. soc., 23 nov. 2005, n°03-40.826 ; Cass. soc., 19 janv. 2011, n°09-70.077 ; Cass. soc., 20 mars 2013, n°11-27.432 ; Cass. soc., 18 mars 2014, n°12-22.272 ; Cass. soc., 5 fév. 2014, n°12-27.844 ; Cass. soc., 12 oct. 2017, n°15-19.360*)

C. Points d'actualité (1/3)

□ La réparation du préjudice de carrière

- **Utilisation par certaines juridictions de la « Méthode Clerc »** (CA Paris, 31 janv. 2018, n°15/11747 ; CA Paris, 24 juin 2020, n°14/04600 ; CA Versailles, 19 déc. 2019, n°18/03801 ; CA Versailles, 2 fév. 2021, n°19/05067 ; CA Versailles, 25 nov. 2020, n°18/00927 ; CA Chambéry, 12 nov. 2020, n°19/02118 ; CA Aix-en-Provence, 29 janv. 2021, n°18/00120 ; CA Versailles, 3 juin 2021, n°18/0241) : détermination de l'écart mensuel de salaire existant au jour de la saisine du juge entre le salarié et les membres du panel de comparaison, puis multiplication du résultat obtenu par le nombre de mois au cours desquels le salarié a été discriminé, puis division par deux afin de « lisser » la situation, et enfin multiplication par 30 % au titre du « préjudice de retraite » (48% pour les femmes du fait de leur espérance de vie plus longue, CA Paris 16 juin 2011 RG n°09/08065 ; CA Aix en Provence, 20 octobre 2017, n°15/05837)
- t
- **Méthode désormais recommandée par :**
 - le Conseil Economique, Social et Environnemental (CESE)
 - Conseil Economique Social et Environnemental, Avis « Repérer, prévenir et lutter contre les discriminations syndicales », Lionel MARIE et Jean-François PILLIARD, pages 22 et 23, juillet 2017
 - le Défenseur des Droits ;
 - Défenseur des Droits, Mémento « La lutte contre les discriminations syndicales dans l'emploi privé », pages 7 à 29, septembre 2019
 - la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme (CNCDH)
 - Commission nationale consultative des Droits de l'Homme, Rapport « La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie », pages 273 à 278, 2019

C. Points d'actualité (1/3)

□ Difficultés

- La méthode peut entraîner des dommages et intérêts plus élevés que le préjudice réellement subi par le salarié (*CA Nîmes, 14 sept. 2010, n° 09/00235 ; CA Paris, 29 nov. 2012, n° 10/06464*) car elle part du postulat que l'écart de salaire constaté à la fin de carrière serait transposable chaque année, et que le salarié aurait pu être augmenté chaque année mais n'a jamais été augmenté ;
- Régime social et fiscal des dommages et intérêts (exonérés de charges sociales et d'impôt sur le revenu)
 - La Cour de cassation ne se prononce pas (*Cass. soc., 25 sept. 2019, n°18-14975*). Elle précise uniquement que l'indemnité calculée sur le fondement de la méthode Clerc vise à réparer exactement le même préjudice que celui réparé par l'attribution de rappels de salaire après un reclassement (*Cass. soc., 19 décembre 2018, n°17-19.896*).

□ Possibilité alternative : allouer chaque année au salarié un coefficient « *fictif* » et le minimum conventionnel de rémunération afférent au nouveau coefficient (*Cass. soc., 1er juill. 2009, n°07-42.691 ; Cass. soc., 4 sept. 2019, n°18-11.319*). Attribution au salarié de rappels de salaire soumis à charges sociales et à impôt sur le revenu.

C. Points d'actualité (2/3)

□ La remise en état pour l'avenir :

- **La classification d'un salarié doit s'apprécier au regard des fonctions « réellement exercées »** (Cass. soc., 30 avr. 2014, n°13-10.772 ; 19 mars 2014, B. n° 82 ; 12 janv. 2011, B. n° 19).
- **La reclassification pour l'avenir peut se heurter à la liberté d'entreprendre de l'employeur, qui comprend celle de « choisir ses collaborateurs »** (Cons. Const., Décision n°88-244 DC du 20 juil. 1988 ; n°2001-455 DC du 12 janv. 2002 ; Décision n°2012-285 QPC du 30 nov. 2012) :
 - Le droit européen n'impose pas le recrutement du candidat discriminé : la CJUE considère qu'il n'est pas impératif que la législation nationale prévoit l'obligation d'engager le candidat discriminé, mais qu'il peut, en lieu et place, prévoir une « indemnisation pécuniaire adéquate ».

Récemment : la CJUE a considéré, en matière de discrimination religieuse, que lorsque la salariée refuse de renoncer au port du foulard islamique dans l'exercice de ses activités professionnelles auprès de clients, il appartient à la juridiction nationale de « vérifier si, tout en tenant compte des contraintes inhérentes à l'entreprise et sans que celle-ci ait à subir une charge supplémentaire, il eut été possible pour (l'employeur), face à un tel refus, de lui proposer un poste de travail n'impliquant pas de contact visuel avec ces clients » (CJUE, 10 avr. 1984, C-14/83, affaire von Colson et Kamann / Land Nordrhein Westfalen ; CJUE, 14 mars 2017, C-157/15, affaire Achbita).

- Le droit français considère, en matière de reclassement y compris de salariés protégés illégalement licenciés, qu'il ne peut pas être imposé à l'employeur la création d'un nouveau poste dont il n'a pas l'utilité économique (Cass. soc., 21 mars 2012, n°10-30.895 ; CA Grenoble, 4 juin 2020, n°18/00136 ; CA Paris, 24 juin 2020, n°17/06854 ; CA Toulouse, 18 nov. 2012, n°11/00959).

C. Points d'actualité (3/3)

□ La réparation de la discrimination systémique :

- La CJUE prohibe toute sanction « *purement symbolique* » et exclut la fixation d'un plafond du dédommagement susceptible d'être accordé (CJCE, 10 avril 1984, C-14/83 ; CJCE, 2 août 1993, C-271/91).

Par exception, les systèmes de forfait sont autorisés « *lorsque l'employeur peut prouver que, en raison de la supériorité de la qualification du candidat recruté, il n'aurait pas obtenu le poste à pourvoir, même si la sélection s'était opérée sans discrimination* » (CJCE, 22 avril 1997, C-180/95).

Système autrichien et allemand.

- Certains Etats membres de l'UE ont adopté des amendes civiles (droit bulgare, roumain, etc.). Système incité par la CJUE (CJCE, 10 avr. 1984, C-14/83, affaire von Colson et Kamann / Land Nordrhein Westfalen ; CJUE, 2 août 1993, C-271/91, affaire Marshall / Southampton and South West Area Health Authority II).
- Madame Pécault Rivolier, dans son rapport de 2013 sur les discriminations collectives, préconise non pas une réponse purement indemnitaire, mais d'autres modes de réparation (par exemple : injonction pour l'employeur d'organiser des formations en son sein sur l'interdiction des discriminations).
- La CJUE incite aussi à d'autres modes de réparation pour encourager les employeurs à modifier leurs pratiques (CJCE, 25 avr. 2013, C-81/12).

- Le législateur privilégie, en l'état, une sanction purement indemnitaire (le rapporteur de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 indique