

Introduction

La plupart des situations oppressantes dans une entreprise sont à tort considérées par les salariés comme discriminatoires. Pour cette raison, il est utile de préciser ce que signifie, juridiquement, le terme « discriminations. »

Le Code du travail et le Code pénal posent un cadre plus strict que le sens commun. Et les procédures pour se défendre ainsi que les sanctions ne peuvent être mises en œuvre que si ce cadre légal est respecté.

Les situations qui n'entrent pas dans ces limites peuvent néanmoins constituer d'autres abus de droit ou infractions pénales, évoqués dans cet ouvrage à titre de comparaison.

Parce que les employeurs sont souvent aussi démunis que les salariés victimes de discrimination, dans le cadre d'un conflit au travail, il s'agit ici de rester le plus objectif possible, en donnant des pistes de défense aux deux parties en présence.

Un règlement amiable doit toujours être recherché en premier lieu. Mais, si aucune solution satisfaisante en interne ne peut être trouvée, différentes procédures judiciaires sont possibles : recours devant le Conseil de Prud'hommes ou voie pénale.

Salariés et employeurs peuvent se mettre en relation avec divers interlocuteurs, pour les aider à résoudre les litiges : en interne, les

représentants du personnel ; à l'extérieur de l'entreprise : la médecine du travail, la HALDE devenue le Défenseur des droits, les syndicats et associations...

Enfin, ce livre met l'accent sur les différents choix que les personnes ont à faire en présence d'une situation discriminatoire : agir ou non contre cette situation ; rechercher un règlement amiable du litige ou emprunter la voie contentieuse ; être assisté dans ses démarches ou non, et par qui ? ; choisir la procédure civile ou la voie pénale ; demander des dommages-intérêts ou le rétablissement dans les droits antérieurs ou encore une sanction pénale exemplaire...

Chapitre 1

Les différentes discriminations possibles

Définitions

Une discrimination est une inégalité fondée sur un critère prohibé

Selon le Code du travail et le Code pénal, la discrimination n'existe que si elle est liée à un critère distinctif de la personne dont la prise en compte est interdite par la loi.

L'article L. 1132-1 du Code du travail dresse une liste exhaustive de ces critères prohibés :

- l'origine ;
- le sexe ;
- les mœurs ;
- l'orientation ou l'identité sexuelle ;
- l'âge ;
- la situation de famille ;
- la grossesse ;
- les caractéristiques génétiques ;
- l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race ;
- les opinions politiques ;
- les activités syndicales ou mutualistes ;
- les convictions religieuses ;
- l'apparence physique ;
- le nom de famille ;
- le lieu de résidence ;

- l'état de santé ;
- le handicap.

Une loi du 10 août 2011¹ a ajouté un autre critère prohibé, en créant l'article L.1132-3-1 du Code du travail : « *Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire mentionnée à l'article L. 1132-1 en raison de l'exercice des fonctions de juré ou de citoyen assesseur.* »

Une loi du 21 février 2014 dite « de programmation pour la ville et la cohésion urbaine » ajoute un critère tenant au lieu de résidence du salarié dans le Code du travail mais aussi dans le Code pénal².

La personne qui s'estime victime d'une discrimination doit être personnellement concernée. En d'autres termes, ce sont son origine, son sexe, son âge, etc., qui justifient la mesure considérée par elle comme discriminatoire.

La discrimination est également une infraction pénale, au sens de l'article 225-1 du Code pénal, qui dresse une liste quasi identique à celle du Code du travail des caractéristiques personnelles dont la prise en compte est prohibée : « *Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur lieu de résidence, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée.* »



À noter également les lois du 17 mai et 6 décembre 2013 qui renforcent la protection contre les discriminations envers certains publics, créant les articles L.1132-3-2 et L.1132-3-3 du Code du travail : *Aucun salarié ne doit donc faire l'objet d'une mesure discriminatoire « pour avoir refusé en raison de son orientation sexuelle une mutation géographique dans un État incriminant l'homosexualité » ou « pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions³ ».*

1. Loi n° 2011-939 du 10 août 2011 - JO du 11 août.

2. Loi n° 2014-173 du 21 février 2014 – JO 22 février.

3. Lois 2013-404 du 17 mai 2013 et 2013-1117 du 6 décembre 2013.

Dans des domaines précisés par la loi également

Le même article L. 1132-1 du Code du travail liste les domaines du droit du travail dans lesquels la mesure discriminatoire se situe :

- la procédure de recrutement ;
- l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise ;
- les sanctions disciplinaires ;
- le licenciement ;
- la rémunération ;
- l'intéressement ou la 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 du contrat à durée déterminée ou du contrat de mission d'un travailleur temporaire.

La liste ci-dessus présentée n'est pas exhaustive puisque le terme « notamment » la précède dans l'article L. 1132-1. Le législateur parle aussi, et de façon générale, de « mesure discriminatoire », pour intégrer toute attitude, action ou inaction de l'employeur qu'il serait impossible de décrire ou de prévoir dans un texte précis.



À noter que l'employeur n'est pas expressément désigné comme auteur de la discrimination, ce qui laisse la possibilité aux personnes victimes de discrimination d'engager des poursuites à l'encontre d'autres personnes dans l'entreprise.

L'article L. 1132-1 du Code du travail renvoie à la définition européenne de la discrimination, mentionnée à l'article 1^{er} de la 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. Cette définition issue de la réglementation européenne a elle-même été modifiée par la loi du 6 août 2012⁴.

4. Loi n° 2012-954 du 6 août 2012 – JO du 7 août.

Depuis le 1^{er} septembre 2012 donc : « *La discrimination inclut : 1° Tout agissement lié à l'un des motifs [susmentionnés] et tout agissement à connotation sexuelle, subis par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ; 2° Le fait d'enjoindre à quiconque d'adopter un [tel] comportement prohibé... »*

Ces dispositions légales (l'article L. 1132-1 du Code du travail et l'article 1^{er} de la loi du 27 mai 2008) constituent un cadre général auquel il est possible de se référer quand l'attitude discriminatoire invoquée ne s'intègre pas déjà dans la violation des dispositions légales protectrices spécifiques ou pour augmenter la réparation du préjudice subi.

Ainsi, certains salariés font l'objet de protection particulière, édictée dans des dispositions spécifiques du Code du travail, dont la violation est spécialement sanctionnée : représentants du personnel, travailleurs handicapés, jeunes travailleurs...

D'autres dispositions légales protègent des situations comme la maternité, l'incapacité physique...

D'autres, enfin, précisent ce qu'il faut entendre par égalité de traitement en matière de rémunération, par égalité entre salariés à temps plein et salariés à temps partiel, par égalité de traitement entre salariés titulaires d'un contrat à durée déterminée et salariés employés à durée indéterminée.

Par ailleurs, les accords collectifs applicables dans l'entreprise, ainsi que les usages professionnels, peuvent donner des indications supplémentaires, en particulier élargir le champ des mesures considérées comme discriminatoires et définir plus précisément ce qu'il faut entendre par qualification professionnelle, classification professionnelle, promotion, mutation, sanction disciplinaire.



La convention collective ou le règlement intérieur applicable dans l'entreprise peuvent définir des procédures disciplinaires. Le non-respect d'une étape dans la procédure disciplinaire peut renforcer la conviction du juge sur le caractère discriminatoire de la sanction contestée.



Devant le juge pénal, toute « distinction » fondée sur un critère prohibé précité peut révéler une attitude discriminatoire. L'article 225-2 du

Code pénal ne s'arrête pas aux relations de travail entre un salarié et un employeur. Il sanctionne les discriminations qui consistent :

- à refuser la fourniture d'un bien ou d'un service ;
- à entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque ;
- à refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne ;
- à subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur l'un des [critères discriminants prohibés] ;
- à subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à une condition fondée sur l'un des [critères discriminants prohibés].

Il existe des discriminations directes et des discriminations indirectes

Une loi du 27 mai 2008 précise qu'une discrimination peut être directe ou indirecte.

Est une discrimination directe la situation dans laquelle « *une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aurait été dans une situation comparable.* »

La discrimination indirecte, quant à elle, vise la « *disposition, critère ou pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes*⁵. »

Cette distinction légale est importante parce qu'elle permet d'englober dans les comportements discriminatoires indirects des situations à venir ou potentielles.

Invoquer une discrimination collective est également rendu possible : il sera plus facile pour une personne de convaincre de l'existence d'une discrimination à son égard si elle appartient à un groupe de personnes qui subissent le même désavantage du fait du même critère prohibé. La charge de la preuve peut en être simplifiée, si d'autres personnes, à l'encontre desquelles le même critère prohibé a été utilisé, ont déjà démontré l'existence d'une discrimination.

Enfin, la reconnaissance des discriminations indirectes justifie la possibilité pour les organisations syndicales et les associations de

5. Article 1 - Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 - JO du 29 mai 2008.

représenter en justice les victimes de discriminations, conformément à leurs statuts et valeurs.



La jurisprudence s'est déjà prononcée sur l'interdiction des discriminations indirectes, dans une affaire visant la régularisation de la rémunération d'un salarié ayant eu plusieurs absences maladie. L'entreprise appliquait un dispositif de modulation lissant sur l'année son salaire, indépendamment des heures de travail réellement effectuées chaque mois. Il a été jugé que ne pouvait être prise en compte comme mode de décompte des jours d'absence pour maladie, en haute activité, la durée hebdomadaire moyenne de la modulation. En effet, ce mode de décompte constitue « malgré son caractère apparemment neutre, une mesure discriminatoire indirecte en raison de l'état de santé du salarié ». La solution est la même que le dispositif de modulation soit créé par accord collectif ou par décision unilatérale de l'employeur⁶.

Champ d'application professionnel

Quelles sont les entreprises concernées ?

Les dispositions du Code du travail relatives aux discriminations, à l'égalité professionnelle et au harcèlement, sont applicables aux employeurs de droit privé ainsi qu'à leurs salariés⁷.

Toutes les entreprises privées sont concernées, y compris les syndicats, les associations, les entreprises privées assurant une mission de service public.

Pour certaines protections spécifiques, le Code du travail précise et élargit le champ d'application professionnel.



La protection spécifique de la maternité est applicable aux employeurs de droit privé ainsi qu'aux établissements relevant de la fonction publique hospitalière et du ministère de l'Éducation nationale ; aux Mines et carrières ainsi qu'à leurs dépendances, aux entreprises de transports dont le personnel est régi par un statut⁸.

6. Cass. soc. 9 janvier 2007 - RJS[0] 2007.250, n° 346.

7. Article L. 1131-1, L. 1141-1, L. 1151-1 du Code du travail.

8. Article L. 4151-1 du Code du travail.

Tout salarié d'une entreprise privée peut revendiquer les dispositions légales relatives aux discriminations : salariés employés à temps plein ou à temps partiel, titulaires d'un contrat à durée indéterminée ou à durée déterminée, travailleurs temporaires mis à disposition dans l'entreprise, titulaires de contrats dits « précaires » (contrat d'accompagnement dans l'emploi, CIVIS, etc.).

La loi du 27 mai 2008 adaptant en droit français les dispositions du droit de l'Union Européenne, modifiée par une loi du 21 février 2014, élargit le champ de la lutte contre les discriminations à l'accès aux biens et aux services, à la fourniture de biens et services, ainsi qu'aux travailleurs indépendants et non-salariés.

Quels sont les destinataires des dispositions conventionnelles ?

Pour l'application des dispositions conventionnelles, il est nécessaire de se référer au chapitre de la convention concernée intitulé en principe « Champ d'application » ou « Entreprises concernées » pour obtenir des précisions utiles sur les personnes et les entreprises auxquelles s'applique la convention collective. Cette convention collective est en principe celle désignée sur les bulletins de paie de chaque employé, dans les informations caractérisant l'entreprise employeur. Elle doit être à disposition des salariés au service des ressources humaines de l'entreprise ou de l'établissement où est employé le salarié qui s'estime victime d'une attitude discriminatoire.

L'entreprise a pu également adhérer à un accord collectif de branche professionnelle, ou à un accord national interprofessionnel particulier instaurant des dispositifs anti-discriminations.



Accord national interprofessionnel relatif à la diversité signé par les principales organisations syndicales le 12 octobre 2006.

Il peut alors être utile de se renseigner sur l'existence de cet accord et son éventuelle application dans l'entreprise, auprès du service des ressources humaines, tenu en principe de répondre aux demandes d'information des salariés sur l'expression de leurs droits dans l'entreprise⁹.

Lorsque ces informations sont difficiles à obtenir auprès du service des ressources humaines, il est possible de s'adresser aux représentants du personnel ou aux représentants syndicaux présents dans

9. Article R. 2262-1 du Code du travail.

l'établissement et, à défaut, à l'inspection du travail, territorialement compétente. Il existe quelques sites internet où l'on peut trouver le texte des conventions collectives, mais ces sites sont pour la plupart payants, alors que les services internes à l'entreprise sont tenus d'informer les salariés sur les dispositions conventionnelles applicables gratuitement et de bonne foi.

Et dans les entreprises publiques ?

Les dispositions relatives aux discriminations sont également applicables au personnel des entreprises publiques employé dans les conditions du droit privé.

Pour les employés de droit public des établissements publics - administrations d'État, collectivités territoriales, établissements publics à caractère administratif - le Code du travail ne trouve pas à s'appliquer.

Mais les principes de non-discrimination qui y sont édictés sont tirés notamment des textes constitutionnels, de la Convention européenne des Droits de l'homme, ou des résolutions du Bureau international du travail. Ces textes sont de portée générale et doivent être respectés par tout employeur, y compris les entreprises publiques. Le Code pénal condamne également les auteurs de discriminations dépositaires de l'autorité publique ou chargés d'une mission de service public, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions ou de leur mission¹⁰.

Il s'agit alors de trouver une définition légale à l'attitude considérée par la victime comme discriminatoire, une procédure de lutte contre cette discrimination et une sanction directement applicables dans la collectivité ou l'établissement public concerné.

Pour cela, il est nécessaire de se référer, en premier lieu, aux législations spécifiques à ces établissements, codifiées notamment dans le code des collectivités publiques, dans le Code d'action sociale et des familles...

La seconde étape consiste à vérifier dans les « statuts » applicables à l'établissement ce qui existe sur le thème des discriminations, l'égalité hommes-femmes ou le harcèlement, notamment des procédures de résolution à l'amiable des litiges, la désignation des instances

10. Article 432-7 du Code pénal.

hiérarchiques auxquelles il est possible de s'adresser. Les « statuts » sont des recueils de textes compilés qui régissent les relations de travail au sein de chaque établissement public, définissent les droits et obligations des agents de chaque fonction publique. Ils présentent des similitudes, dans leur objectif et leur contenu, avec les conventions collectives applicables dans les entreprises privées.

Pour se procurer un exemplaire, ou tout au moins les informations utiles en matière de discrimination, il faut interroger le service du personnel de chaque établissement public concerné.

Les représentants syndicaux présents dans les établissements publics concernés connaissent en général les procédures de dénonciation des discriminations et peuvent en avoir l'expérience.



À noter que certaines dispositions protectrices énoncées dans le Code du travail s'appliquent aux établissements publics, employant du personnel dans les conditions de droit public. Il est donc nécessaire de toujours rechercher au préalable si l'entreprise publique pour laquelle on travaille n'est pas tenue, en application d'une disposition spécifique du Code du travail, d'appliquer la règle protectrice issue du même code que l'on souhaite invoquer.



Les dispositions légales relatives au règlement intérieur s'appliquent également dans les établissements publics à caractère industriel et commercial¹¹.

Or, le règlement intérieur peut prévoir des mesures anti-discriminations susceptibles d'être invoquées à l'appui d'un recours en justice, des procédures disciplinaires dont l'irrespect entraîne la nullité de la sanction.

Dans le même sens, la protection de la femme enceinte et des jeunes travailleurs, en matière de sécurité dans l'entreprise, est applicable aux établissements de santé, sociaux et médico-sociaux relevant de la fonction publique hospitalière et aux ateliers des établissements publics dispensant un enseignement technique ou professionnel, pour leurs personnels comme pour leurs élèves¹².

11. Article L. 1311-1 du Code du travail.

12. Articles L. 4111-1 et L. 4111-3 du Code du travail.