

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.

Malgré une évolution du cadre juridique notamment en 2016 - Loi du 24 juin 2016 visant à lutter contre la discrimination en raison de la précarité sociale, la loi Travail du 8 août 2016 qui étend la période légale d'interdiction de rupture du contrat de travail à l'issue du congé maternité et la loi de modernisation de la justice qui introduit des recours collectifs - le Défenseur des droits, dans un rapport publié en 2017, s'inquiète que l'arsenal législatif ne soit pas suffisant.

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.

Selon le Défenseur des Droits (Rapport annuel 2016), « Si une forte majorité des personnes interrogées pense qu'il est possible de porter plainte lorsque l'on est confronté à une discrimination (96 %), seules 34 % connaissent les recours possibles et les démarches à effectuer. »

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

Qu'est-ce qu'une discrimination ?

Une différence ou une véritable inégalité ? Sur quelle base ?

Selon le Code du travail et le Code pénal, une discrimination est une inégalité fondée sur un critère prohibé: 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 de genre » ;
- l'âge ;
- la situation de famille ;
- la grossesse ;
- les caractéristiques génétiques ;
- la situation économique vulnérable, apparente ou connue ;
- l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une prétendue race ;
- la capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français ;
- les opinions politiques ;
- les activités syndicales ou mutualistes ;

- les convictions religieuses ;
- l'apparence physique ;
- le nom de famille ;
- le lieu de résidence ou la domiciliation bancaire ;
- l'état de santé ;
- la perte d'autonomie (loi de 2015) ou 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. Il n'est pas suffisant de s'inspirer des comportements inégalitaires vécus par son entourage : famille, collègues, voisins, etc. pour réagir devant les institutions.

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 interdite : « *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*

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.

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 ». Une loi du 17 août 2015 renforce la protection contre le sexisme, en créant l'article L. 1142-2-1 dans le Code du travail: « Nul ne doit subir d'agissement sexiste, défini comme tout agissement lié au sexe d'une personne, ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant. »

C'est une loi du 18 novembre 2016 qui a modifié le critère d'identité sexuelle en « identité de genre », afin d'étendre la protection contre l'homophobie aux personnes transgenres (qui ont changé de sexe). En 2016 également, le critère de précarité sociale est devenu la complexe « particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur ». La « capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français », est instaurée, comme un succédané de l'échec de la ratification de la Charte européenne des langues régionales et minoritaires.

La loi du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté a elle introduit dans le seul Code pénal un critère très ciblé, lié au « fait de subir ou de refuser de subir un bizutage », et proclamé dans le Code de l'éducation un principe général de non-discrimination dans l'accès à la cantine scolaire. En 2017 également, est instauré un critère fondé sur l'adresse de la domiciliation bancaire.

Le rapport annuel 2016 du Défenseur des Droits chargé des discriminations souligne qu'au niveau européen, il existe seulement 8 critères: le sexe, la « race », l'origine ethnique, le handicap, les convictions, la religion, l'orientation sexuelle et l'âge. En France, le législateur s'attache à préciser les critères depuis 2008, et en augmente le nombre. « Cette profusion fait basculer le concept de critère prohibé de discrimination, fondé sur une caractéristique fondamentale de la personne protégée par l'État de droit, vers un inventaire de situations particulières ».

À quel moment de l'activité professionnelle ?

Le même article L. 1132-1 du Code du travail liste les moments et les domaines de la carrière professionnelle d'un individu, dans lesquels la mesure discriminatoire se situe :

- la procédure de recrutement ;

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

- 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.

Cette liste 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.

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... »*

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

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].

Quelle différence entre discriminations directes et 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 interdit 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 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

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

du salarié ». La solution est la même que le dispositif de modulation soit créé par accord collectif ou par décision unilatérale de l'employeur⁶.

Quel est le champ d'application professionnel des discriminations ?

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.

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.

Évidemment, les entreprises publiques, établissements publics et autres administrations (Fonctions publiques d'État, Fonction publique hospitalière et collectivités locales) connaissent aussi les discriminations

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.

et leurs sanctions. Simplement, les mêmes interdictions, la liste des critères prohibés notamment, ne relèvent pas des mêmes textes. Chaque Fonction publique dispose de son propre dispositif légal anti-discrimination.

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 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.

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

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 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.

10. Article 432-7 du Code pénal.

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.

Nuances linguistiques importantes : de quoi parle-t-on exactement ?

Certaines différences de traitement sont-elles légalement autorisées ?

Le Code du travail nuance le principe de non-discrimination énoncé à l'article L. 1132-1 du même code : « *Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché*¹³. » Cette phrase signifie qu'il peut y avoir différence de traitement entre plusieurs salariés, si elle est justifiée, non pas par un des critères prohibés susmentionnés, mais par

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

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

13. Article L. 1121-1 du Code du travail.

la tâche à accomplir. Cette différence de traitement ne doit pas être, en outre, excessive au regard de l'objectif de la mesure.

Dans le même sens, citons l'article L. 1133-1 du Code du travail : « *L'article L. 1132-1 ne fait pas obstacle aux différences de traitement, lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée* ». Cette disposition ajoute une condition supplémentaire : une exigence professionnelle essentielle et déterminante. Elle implique que l'employeur justifie la différence de traitement opérée par les caractéristiques principales de l'emploi lui-même, caractéristiques définies par la convention collective, les usages de la profession et pas seulement par lui.



Le choix d'un homme de plus de 35 ans dans un processus de recrutement, au détriment d'une femme ou d'un jeune majeur de 18 ans, pourrait être légitimé par l'obligation patronale de sécurité liée au poste de travail, interdit par exemple aux femmes enceintes et aux jeunes travailleurs. Mais il serait dangereux pour l'employeur de ne pas étayer cette justification par une disposition conventionnelle, usuelle ou réglementaire définissant la particularité du poste de travail en cause.

Allant plus loin dans la précision, le Code du travail fournit ainsi des exemples généraux ou des pistes de justification utiles à l'employeur accusé d'attitude discriminatoire :

- Article L. 1133-2 : « *Les différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un but légitime, notamment par le souci de préserver la santé ou la sécurité des travailleurs, de favoriser leur insertion professionnelle, d'assurer leur emploi, leur reclassement ou leur indemnisation en cas de perte d'emploi, et lorsque les moyens de réaliser ce but sont nécessaires et appropriés.*

Ces différences peuvent notamment consister en :

- *1° l'interdiction de l'accès à l'emploi ou la mise en place de conditions de travail spéciales en vue d'assurer la protection des jeunes et des travailleurs âgés ;*
 - *2° la fixation d'un âge maximum pour le recrutement, fondée sur la formation requise pour le poste concerné ou la nécessité d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite. »*
- Article L. 1133-3 : « *Les différences de traitement fondées sur l'inaptitude constatée par le médecin du travail en raison de l'état de santé ou du handicap ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectives, nécessaires et appropriées. »*

- Article L. 1133-4 : « Les mesures prises en faveur des personnes handicapées et visant à favoriser l'égalité de traitement, prévues à l'article L. 5213-6 ne constituent pas une discrimination ». Selon l'article L. 5213-6 : « Afin de garantir le respect du principe d'égalité de traitement à l'égard des travailleurs handicapés, l'employeur prend, en fonction des besoins dans une situation concrète, les mesures appropriées pour permettre aux travailleurs [handicapés] d'accéder à un emploi ou de conserver un emploi correspondant à leur qualification, de l'exercer ou d'y progresser ou pour qu'une formation adaptée à leurs besoins leur soit dispensée. Ces mesures sont prises sous réserve que les charges consécutives à leur mise en œuvre ne soient pas disproportionnées, compte tenu de l'aide [publique] qui peut compenser en tout ou partie les dépenses supportées à ce titre par l'employeur. »
- Article L.1133-5: « Les mesures prises en faveur des personnes résidant dans certaines zones géographiques et visant à favoriser l'égalité de traitement ne constituent pas une discrimination. », mesure introduite par une loi du 21 février 2014 sur la politique de la ville et la cohésion urbaine.

Quant au Code pénal, il prévoit également des différences de traitement qui permettent d'échapper aux poursuites pénales pour discrimination¹⁴.

Ne sont pas des délits de discrimination, les distinctions suivantes :

- celles fondées sur l'état de santé, lorsqu'elles consistent en des opérations ayant pour objet la prévention et la couverture du risque décès, des risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou des risques d'incapacité de travail ou d'invalidité. Toutefois, ces discriminations sont punies pénalement lorsqu'elles se fondent sur la prise en compte de tests génétiques prédictifs ayant pour objet une maladie qui n'est pas encore déclarée ou une prédisposition génétique à une maladie ;
- celles fondées sur l'état de santé ou le handicap, lorsqu'elles consistent en un refus d'embauche ou un licenciement fondé sur l'inaptitude médicalement constatée soit dans le cadre du titre IV du livre II du Code du travail, soit dans le cadre des lois portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique ;
- celles fondées, en matière d'embauche, sur le sexe, l'âge ou l'apparence physique, lorsqu'un tel motif constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée ;

14. Article 225-3 du Code pénal.

- celles fondées, en matière d'accès aux biens et services, sur le sexe lorsque cette discrimination est justifiée par la protection des victimes de violences à caractère sexuel, des considérations liées au respect de la vie privée et de la décence, la promotion de l'égalité des sexes ou des intérêts des hommes ou des femmes, la liberté d'association ou l'organisation d'activités sportives ;
- les refus d'embauche fondés sur la nationalité lorsqu'ils résultent de l'application des dispositions statutaires relatives à la fonction publique.

Y a-t-il des mesures particulières relatives à l'égalité professionnelle entre hommes et femmes ?

Afin de renforcer la lutte contre les discriminations liées au sexe, le législateur français a mis en place un dispositif particulier et précis, en faveur de l'égalité entre hommes et femmes dans l'emploi.

Concrètement, l'employeur doit s'interroger à toutes les étapes de la relation de travail sur le respect de l'égalité hommes-femmes : dès la rédaction de l'offre d'emploi via le Pôle emploi, au moment du recrutement, lorsqu'il propose une mutation, lorsqu'il ne souhaite pas renouveler un contrat à durée déterminée, lorsqu'il fixe les rémunérations, lorsqu'il accorde une promotion, une autre qualification ou classification, etc.¹⁵

Plus encore, il lui est « interdit » de faire la distinction entre un homme et une femme au cours de la relation de travail, sous peine de sanctions fermement édictées par la loi : nullité de la mesure non respectueuse de l'égalité hommes-femmes, affichage et publicité des sanctions (sanction issue du Code pénal), amendes, octroi de dommages-intérêts à la victime¹⁶...

Toutefois, il existe des exceptions à ce principe fort d'égalité de traitement entre hommes et femmes, décrites de façon exhaustive par le Code du travail.



Dans certains emplois et activités professionnelles, l'appartenance à l'un ou l'autre des deux sexes est une condition déterminante. Dans ces cas, et seulement dans ceux-là, l'interdiction susmentionnée n'est pas applicable. Encore faut-il que « l'objectif soit légitime et l'exigence [de l'un ou l'autre des deux sexes] proportionnée¹⁷. »

15. Article L. 1142-1 du Code du travail.

16. Article L. 1142-3 du Code du travail.

17. Article L. 1142-2 du Code du travail.

Trois professions sont visées ici :

- les artistes appelés à interpréter soit un rôle féminin, soit un rôle masculin ;
- les mannequins chargés de présenter des vêtements et accessoires ;
- les modèles masculins et féminins¹⁸.

En outre, restent applicables certaines clauses d'une convention ou d'un accord collectif de travail ou d'un contrat de travail qui réservent le bénéfice d'une mesure quelconque, à un ou des salariés, en considération du sexe. C'est le cas des dispositions légales, réglementaires, conventionnelles, contractuelles ou usuelles relatives à la protection de la grossesse et de la maternité, à l'interdiction d'emploi prénatal et postnatal, à l'allaitement, à la démission de la salariée en état de grossesse médicalement constaté, au congé de paternité, et au congé d'adoption¹⁹.

Enfin, le principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes ne fait pas obstacle à l'intervention de mesures temporaires prises au seul bénéfice des femmes visant à établir l'égalité des chances entre les femmes et les hommes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes²⁰.

Une loi du 4 août 2014 renforce les objectifs de négociation collective en matière d'égalité homme-femme: les syndicats de salariés et d'employeurs doivent en particulier s'entendre pour supprimer tout écart de rémunération. En matière de formation professionnelle, aucune distinction entre homme et femme ne doit être faite, cette règle ne souffrant plus aucune exception²¹.

Dans les entreprises n'appliquant pas d'accord collectif ou dépourvues de délégué syndical, l'employeur est le seul garant du respect de l'égalité professionnelle hommes-femmes, notamment en matière salariale²².



Plus largement, la loi du 27 mai 2008 modifiée par une loi du 21 février 2014 permet des dérogations en matière de droit des assurances et dans le cadre de l'enseignement: le principe de non-discrimination ne fait pas obstacle à la différence de traitement, en particuliers entre hommes et femmes, dans le calcul des primes et l'attribution

18. Article R. 1142-1 du Code du travail créé par décret n° 2008-244 du 7 mars 2008.

19. Article L. 1142-3 du Code du travail.

20. Article L. 1142-4 du Code du travail.

21. Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 relative à l'égalité hommes/femmes – JO du 5 août.

22. Article L. 1142-5 du Code du travail.

de prestations d'assurance, et à l'organisation de l'enseignement par regroupement des élèves en fonction de leur sexe.

Une loi du 17 août 2015 élargit la définition des comportements dits « sexistes » au sein des entreprises, c'est-à-dire ceux qui ne respectent pas l'égalité entre les hommes et les femmes. Le but est de garantir cette égalité et de montrer du doigt les attitudes, les non-dits, les attributs du langage non-verbal qui ne se concrétisent pas nécessairement par des actions susceptibles d'être sanctionnées. Ainsi, un nouvel article L. 1142-2-1 est inséré dans le Code du travail: « Nul ne doit subir d'agissement sexiste, défini comme tout agissement lié au sexe d'une personne, ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant. »

Quelle est la différence entre discrimination et harcèlement ?

Le harcèlement, qu'il soit sexuel ou moral, est également encadré par des dispositions légales spécifiques : le Code du travail, et la convention collective dans ses dispositions plus favorables que la loi, précisent les caractéristiques des comportements de harcèlement moral et sexuel, la sanction civile et pénale applicable à ces agissements délictueux, la possibilité d'une médiation, l'obligation de vigilance et de prévention qui incombe à l'employeur.



À noter que les actes de harcèlement moral ou sexuel peuvent conduire à des mesures discriminatoires. Le salarié peut alors cumulativement invoquer les deux préjudices devant les juridictions civiles et pénales. Car évidemment derrière la notion de harcèlement, il y a l'intention de blesser, de rabaisser, de dénigrer une autre personne. Dès lors que le harceleur et sa victime sont de sexe différent, on peut parler de sexisme et entrer dans le champ d'application légal des discriminations sexistes.

Une loi du 6 août 2012 portant sur le harcèlement sexuel a modifié le Code pénal et le Code du travail, dans leurs dispositions relatives aux harcèlements sexuels et moraux, afin de combler le vide juridique créé par la décision du Conseil constitutionnel du 4 mai 2012 qui avait déclaré contraire à la Constitution, en raison de son imprécision, l'article 222-33 du Code pénal relatif au délit de harcèlement sexuel. Cette décision avait mis fin à toutes les procédures en cours.

Pour le harcèlement moral :

- Article L. 1152-1 du Code du travail : « *Aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptible de*

porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel. »

- Article L. 1152-2 du Code du travail : *« Aucun salarié, aucune personne en formation ou en stage ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat pour avoir subi ou refusé de subir des agissements répétés de harcèlement moral ou pour avoir témoigné de tels agissements ou les avoir relatés. »*
- Article L. 1152-3 du Code du travail : *« Toute rupture du contrat de travail intervenue en méconnaissance des dispositions des articles L. 1152-1 et L. 1152-2, toute disposition ou tout acte contraire est nul. »*
- Article L. 1152-4 du Code du travail : *« L'employeur prend toutes dispositions nécessaires en vue de prévenir les agissements de harcèlement moral. Le texte de l'article 222-33-2 du Code pénal est affiché dans les lieux de travail. »*
- Article 222-33-2 du Code pénal : *« Le fait de harceler autrui par des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 d'amende. »*
- Article L. 1152-5 du Code du travail : *« Tout salarié ayant procédé à des agissements de harcèlement moral est passible d'une sanction disciplinaire. »*
- Article L. 1152-6 du Code du travail : *« Une procédure de médiation peut être mise en œuvre par toute personne de l'entreprise s'estimant victime de harcèlement moral ou par la personne mise en cause. Le choix du médiateur fait l'objet d'un accord entre les parties. Le médiateur s'informe de l'état des relations entre les parties. Il tente de les concilier et leur soumet des propositions qu'il consigne par écrit en vue de mettre fin au harcèlement. Lorsque la conciliation échoue, le médiateur informe les parties des éventuelles sanctions encourues et des garanties procédurales prévues en faveur de la victime. »*

Pour le harcèlement sexuel :

- Article L. 1153-1 du Code du travail : *« Aucun salarié ne doit subir des faits :*
 - *1° Soit de harcèlement sexuel, constitué par des propos ou comportements à connotation sexuelle répétés qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou*

humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante.

- 2° *Soit assimilés au harcèlement sexuel, consistant en toute forme de pression grave, même non répétée, exercée dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers. »*
- Article L. 1153-2 du Code du travail : *« Aucun salarié, aucune personne en formation ou en stage, aucun candidat à un recrutement, à un stage ou à une formation en entreprise ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat pour avoir subi ou refusé de subir des faits de harcèlement sexuel tels que définis à l'article L. 1153-1, y compris, dans le cas mentionné au 1° du même article, si les propos ou comportements n'ont pas été répétés. »*
- Article L. 1153-3 du Code du travail : *« Aucun salarié, aucune personne en formation ou en stage ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné de faits de harcèlement sexuel ou pour les avoir relatés. »*
- Article L. 1153-4 du Code du travail : *« Toute disposition ou tout acte contraire aux dispositions des articles L. 1153-1 à L. 1153-3 est nul. »*
- Article L. 1153-5 du Code du travail : *« L'employeur prend toutes dispositions nécessaires en vue de prévenir les faits de harcèlement sexuel. Le texte de l'article 222-33 du Code pénal est affiché dans les lieux de travail ainsi que dans les locaux ou à la porte des locaux où se fait l'embauche. »*
- Article 222-33 du Code pénal : *« I. - Le harcèlement sexuel est le fait d'imposer à une personne, de façon répétée, des propos ou comportements à connotation sexuelle qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante. II. - Est assimilé au harcèlement sexuel le fait, même non répété, d'user de toute forme de pression grave dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers. III. - Les faits mentionnés aux I et II sont punis de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende. » Ces peines sont portées à trois ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende lorsque les faits sont commis :*
 - 1° *Par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions.*
 - 2° *Sur un mineur de quinze ans.*

- 3° *Sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de leur auteur.*
 - 4° *Sur une personne dont la particulière vulnérabilité ou dépendance résultant de la précarité de sa situation économique ou sociale est apparente ou connue de leur auteur.*
 - 5° *Par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice. »*
- Article L. 1153-6 du Code du travail : « *Tout salarié ayant procédé à des faits de harcèlement sexuel est passible d'une sanction disciplinaire. »*

L'obligation de prévention qui incombe à l'employeur n'est pas à prendre à la légère. Elle s'intègre dans l'obligation générale liée au maintien de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise, obligation considérablement renforcée depuis une législation de 2006 et son application par le juge prud'homal²³.

Le non-respect des principes généraux de prévention peut être utilement invoqué pour alourdir les charges contre l'employeur en matière de harcèlement sexuel et moral, d'autant qu'en corrélation, des sanctions spécifiques existent.

Parmi les obligations très précises de l'employeur, il est intéressant de relever celle consistant à « donner les instructions appropriées aux travailleurs²⁴ », adapter les méthodes de travail en fonction des résultats de l'évaluation des risques, « garantissant un meilleur niveau de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs », intégrer « ces actions et ces méthodes dans l'ensemble des activités de l'établissement et à tous les niveaux de l'encadrement²⁵. »

Enfin, « lorsqu'il confie des tâches à un travailleur, l'employeur, compte tenu de la nature des activités de l'établissement, prend en considération les capacités de l'intéressé à mettre en œuvre les précautions nécessaires pour la santé et la sécurité²⁶. » Il pourrait découler de cette dernière phrase que l'employeur doit évaluer la fragilité psychologique des salariés et prendre les mesures nécessaires pour éviter une situation de mécontentement avec l'encadrement, même si les salariés concernés n'expriment pas clairement et directement leur malaise.

23. Article L. 4121-1 du Code du travail.

24. Article L. 4121-2 du Code du travail.

25. Article L. 4121-3 du Code du travail.

26. Article L. 4121-4 du Code du travail.



L'obligation de sécurité de l'employeur est une obligation de résultat et non pas seulement de moyen : l'employeur ne doit pas seulement mettre tout en œuvre pour éviter l'insécurité, dont les situations de harcèlement moral ou sexuel, il doit réussir à les éviter. En d'autres termes, si des agissements de harcèlement moral ou sexuel sont avérés dans son entreprise, commis non pas par lui mais par un subordonné, il peut être considéré comme coresponsable par les tribunaux et encourt des sanctions civiles et pénales importantes. Et il appartient aux responsables hiérarchiques de faire cesser les agissements de harcèlement²⁷.

Quelle est la distinction entre la discrimination et l'abus de droit ?

Certains salariés font l'objet d'une protection légale particulière, édictée dans des dispositions spécifiques du Code du travail, dont la violation est spécialement sanctionnée, notamment :

- représentants du personnel = Article L. 2411 -1 et L. 2411-2 du Code du travail ;
- conseillers du salarié = Article L. 1232-1 du Code du travail ;
- conseillers prud'homaux = Article L. 1442-19 du Code du travail ;
- travailleurs handicapés = Article L. 5213-6 du Code du travail ;
- jeunes travailleurs... = Articles L. 3161-1 et suivants du Code du travail ;
- femmes enceintes et jeunes mamans = Articles L. 1225-1 à L. 1225-28 du Code du travail ;
- salariés en congé de paternité = Articles L. 1225-35 et L. 1225-36 du Code du travail ;
- salariés en congé d'adoption = Articles L. 1225-37 à L. 1225-46 du Code du travail ;
- salariés en congé parental d'éducation = Articles L. 1225-47 à L. 1225-60 du Code du travail ;
- salariés en congé de présence parentale = Articles L. 1225-62 à L. 1225-65 du Code du travail ;
- salariés grévistes = Article L. 1132-2 du Code du travail ;
- salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle = Articles L. 1226-6 et suivants, L. 1226-12 à L. 1226-15 du Code du travail ;
- salariés titulaires d'un contrat à durée déterminée = Articles L. 1242-1 et suivants du Code du travail ;

27. Cf. Cour d'appel de Grenoble - 22 avril 2002 - Pereira c/ FNATH; Cass. soc. 21 juin 2006 - Association Propara c/X.

- travailleurs temporaires = Articles L. 1251-1 et suivants du Code du travail ;
- salariés à temps partiel = Article L. 3123-10 du Code du travail.

Ces dispositions légales ont été instaurées pour éviter l'inégalité de traitement dans le recrutement, dans l'évolution de carrière et les ruptures du contrat de travail dites « abusives ».

L'abus de droit est caractérisé lorsque les procédures protectrices légales ne sont tout simplement pas respectées.



Envoi d'une lettre de licenciement à une femme qui s'est déclarée enceinte à son employeur, non-respect de la procédure de reclassement professionnel préalable à toute mesure de licenciement pour inaptitude physique, absence de demande d'autorisation à l'inspection du travail dans la procédure de licenciement d'un représentant du personnel, etc.

Des dispositions légales prévoient alors explicitement que la violation de la protection légale spécifique constitue une conduite abusive. Elles prévoient également la sanction qui en découle : le plus souvent la nullité de la mesure abusive et l'octroi d'une indemnisation au profit du salarié concerné.

Des dispositions conventionnelles peuvent tout aussi explicitement prévoir les éléments caractéristiques de l'abus de droit et les sanctions. Elles peuvent alors s'ajouter à la loi, c'est-à-dire créer une attitude abusive qui n'est pas prévue par la loi. Elles peuvent aussi définir une procédure et des sanctions plus favorables au salarié.



En matière disciplinaire, la convention collective peut prévoir la consultation des représentants du personnel avant de prononcer une sanction disciplinaire. Si cette obligation conventionnelle n'est pas respectée par l'employeur, la mesure disciplinaire peut être annulée et le salarié réintégré dans ses droits antérieurs.

À ce mécanisme exhaustivement prévu par la loi (ou la convention collective si elle est plus favorable) s'ajoute la motivation de la mesure abusive, qui peut être discriminatoire parce que liée à un des éléments définissant la discrimination mentionnée à l'article L. 1132-1 du Code du travail. C'est le cas lorsque la décision litigieuse prise par l'employeur est liée à l'objet même de la protection légale spécifique : la maternité, l'exercice d'un mandat représentatif, le handicap ou l'état de santé, l'âge...

Dans cette hypothèse, il est possible d'invoquer, en plus, la violation de l'article L. 1132-1, pour augmenter la réparation du préjudice subi.

Et lorsque l'employeur ne respecte pas certaines obligations qui lui incombent, notamment en matière d'affichage des dispositions légales et des sanctions applicables en matière de harcèlement et de discrimination, la réparation du préjudice subi peut également être augmentée parce que le non-respect de cette règle constitue à lui seul un abus de droit. Une ordonnance du 26 juin 2014 assouplit toutefois l'obligation d'information des salariés en matière de discrimination et de harcèlement, en permettant que les salariés soient prévenus « par tout moyen » lors de leur embauche et sur les lieux de travail²⁸.

28. Ordonnance n° 2014-699 du 26 juin 2014 – JO du 27 juin.