

Discrimination en entreprise : la prouver, la poursuivre



Florent
Hennequin
Avocat associé
Cabinet Lepany et
associés

Le 31 août 2022, la Défenseure des droits a adopté une Décision-cadre en matière de discrimination qu'elle explique par les nombreuses réclamations dont elle est saisie relatives aux difficultés d'accès à la preuve. La Défenseure des droits rappelle que « l'effectivité du droit de la non-discrimination repose sur l'accès à la preuve que le juge doit garantir ». Ce principe trouve particulièrement à s'appliquer en matière prud'homale.

Décision-cadre du Défenseur des droits n° 2022-139, 31 août 2022

Qu'elle soit syndicale, sexuelle, en raison des origines, de l'âge, fondée sur la maternité ou l'état de santé (entre autres), isolée ou systémique⁽¹⁾, la discrimination en entreprise est expressément prohibée par le Code du travail. L'article L. 1132-1 énonce un principe général de non-discrimination, dont les causes et les conséquences sont largement envisagées.

L'article L. 1132-4 pose, à cet égard, cette sanction ultime : « toute disposition ou tout acte pris à l'égard d'un salarié en méconnaissance des dispositions du présent chapitre est nul »

Ainsi, les personnes visées par la protection contre les discriminations sont non seulement les salariés mais également les candidats au recrutement et les stagiaires ou les personnes en formation dans l'entreprise⁽²⁾.

Quant aux motifs de discrimination, listés à l'article L. 1132-1⁽³⁾, ils permettent la dis-

inction entre discrimination et différence de traitement, notions voisines mais dont les conséquences juridiques diffèrent.

La différence de traitement pourra cependant caractériser une discrimination dès lors qu'elle apparaît fondée sur un élément distinctif faisant partie de l'énumération des motifs discriminatoires figurant à l'article L. 1132-1⁽⁴⁾.

Dès lors, la question de la preuve de la discrimination se pose.

Dans sa décision-cadre du 31 août 2022⁽⁵⁾, la Défenseure des droits souligne ainsi que le juge doit garantir l'accès à la preuve, sur laquelle repose « l'effectivité du droit de la non-discrimination ».

de genre, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une prétendue race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de son exercice d'un mandat électif, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille, de son lieu de résidence ou de sa domiciliation bancaire, ou en raison de son état de santé, de sa perte d'autonomie ou de son handicap, de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de sa qualité de lanceur d'alerte, de facilitateur ou de personne en lien avec un lanceur d'alerte, au sens, respectivement, du I de l'article 6 et des 1° et 2° de l'article 6-1 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique. »

⁽⁴⁾ Cass. soc., 13 janv. 2016, n° 14-10.641

⁽⁵⁾ Décision-cadre du Défenseur des droits n°2022-139 du 31 août 2022

⁽¹⁾ CPH Paris 17 déc. 2019, n° 17/10.051, SSL n° 1893, 3 févr. 2020 (dossier) ; RDT 2020, p. 137, obs. F. Guio-mard ; Dalloz act., 8 janvier 2020, obs. M. Peyronnet.

⁽²⁾ « Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de nomination ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, (...), notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, d'horaires de travail, d'évaluation de la performance, de mutation ou de renouvellement de contrat (...) » (C. trav., art. L. 1132-1)

⁽³⁾ « (...) en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité

Le droit de la preuve présente, sur ce point, des singularités qui méritent d'être analysées.

Un droit de la preuve aménagé

L'article L. 1134-1 du Code du travail⁽⁶⁾ construit, en matière de discrimination, un régime de preuve partagée.

En application de cet article, le salarié qui s'estime victime de discrimination doit présenter au juge des éléments de faits, un faisceau d'indices en ce sens, sans avoir à prouver spécifiquement une intention discriminatoire de la part de l'employeur.

Plus généralement, le salarié doit faire naître ce que la Défenseure des Droits appelle un « doute raisonnable » dans l'esprit du juge quant à l'existence de la discrimination.

Il reviendra alors à l'employeur de renverser cette présomption par des « éléments objectifs étrangers à toute discrimination »⁽⁷⁾. L'employeur devra ainsi objectiver la différence de traitement alléguée⁽⁸⁾. À défaut, la discrimination sera établie.

Le caractère objectif des éléments produits par l'employeur nécessite donc un examen *in concreto* du juge. Il s'agit d'un système favorable au demandeur au regard des principes généraux du droit de la preuve.

Utilisation de la méthode comparative, mais pas seulement

Dès lors, comment faire naître ce « doute raisonnable » ?

En cas de discrimination directe, il s'agira notamment de démontrer l'existence d'une différence de traitement par rapport à des salariés placés dans une situation comparable.

En cas de discrimination indirecte, il faudra établir qu'une mesure en apparence neutre produit un effet défavorable

pour des personnes par rapport à d'autres, compte tenu d'un critère discriminatoire⁽⁹⁾.

La méthode comparative sera particulièrement efficace pour mettre en relief la différence de traitement subie dans le déroulement de la carrière du salarié.

Il s'agira de constituer un panel de salariés placés dans une situation comparable, c'est-à-dire des salariés de la même entreprise, embauchés une date proche et promus à des niveaux de qualification et de rémunération similaire et occupant les mêmes fonctions⁽¹⁰⁾. La situation n'a pas à être identique, ce qui laisse un peu de souplesse⁽¹¹⁾.

Ce panel permettra ensuite de comparer l'évolution de carrière du salarié qui allègue l'existence d'une discrimination avec celle des autres salariés du panel, notamment en matière de salaires, de passages d'échelons, de coefficients, et de promotions⁽¹²⁾.

La Cour de cassation précise toutefois que la comparaison avec d'autres salariés, notamment par le biais d'un panel, n'est pas un élément obligatoire pour mettre en lumière une discrimination subie⁽¹³⁾.

Peuvent ainsi être suffisants, pour laisser présumer l'existence d'une discrimination, les documents relatifs à l'observatoire de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, et les données sur les salaires moyens⁽¹⁴⁾.

L'intervention du juge dans l'administration de la preuve

L'égalité des armes, qui découle du droit au procès équitable, impose au juge de jouer un rôle actif dans l'accès à la preuve en matière de discrimination.

À cette fin, l'article 145 du Code de procédure civile (CPC) prévoit que le juge, saisi sur requête ou en référé, puisse ordonner, à la demande de tout intéressé, s'il existe un motif légitime, les mesures d'instruction qui permettent

⁽⁶⁾ Issu dans sa rédaction actuelle des directives européennes 2000/43, 2000/78 et 2006/54 relatives à la lutte contre les discriminations, article 4 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, amendée par la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle du 18 novembre 2016

⁽⁷⁾ À ce titre, la chambre sociale de la Cour de cassation estime que les procédures d'évaluation constituent un élément essentiel de la justification objective des différences de traitement fondées sur les qualités professionnelles du salarié, indépendamment de toute discrimination. (Cass. soc., 10 juill. 2007, n° 06-41.36, Cass. soc., 20 févr. 2008, n° 06-40.085 et n° 06-40.615, Cass. soc., 27 mai 2008 n° 07-40.145).

⁽⁸⁾ À titre d'illustration, la Cour de cassation a jugé, dans un arrêt du 14 septembre 2022, que la seule différence de diplômes ne permettait pas de fonder une différence de traitement entre des salariés qui exercent les mêmes fonctions, sauf s'il est démontré que la possession d'un diplôme spécifique atteste de connaissances particulières utiles à l'exercice de la fonction occupée (Cass. soc., 14 sept. 2022, n° 21-12.175)

⁽⁹⁾ À titre d'exemple, la Cour de cassation a considéré que les dispositions transitoires d'un accord NAO, en ce qu'il occasionnait pour des salariés relevant d'une même classe d'âge la privation d'une indemnité médaille du travail, occasionnait une discrimination indirecte selon l'âge des salariés. (Cass. soc., 5 mai 2017, n°15-19.449, n°15-15.827 et n°15-15.828 ; 15-15.829). À l'occasion du contentieux autour de ces dispositions, la Cour de cassation a été amenée à préciser que la présomption de justification des différences de traitement résultant d'un accord ne s'étend pas à la discrimination, qui conserve son propre régime probatoire issu de l'article L. 1134-1. (Cass. soc., 9 oct. 2019, n° 17-16.642 P+B)

⁽¹⁰⁾ Voir, notamment: Cass. soc., 24 oct. 2012, n° 11-12.295 ; Cass. soc., 22 oct. 2014, n° 13-18.362 2014 ; Cass. soc., 22 janv. 2020, n° 18-16.730

⁽¹¹⁾ Cass. soc., 28 juin 2006, n°04-46.419

⁽¹²⁾ Cass. soc., 21 janv. 2016, n° 14-26.698

⁽¹³⁾ Cass. soc., 10 nov. 2009, n°08-42.286, n° 07-42.849 ; Cass. soc., 29 juin 2011, n°10-14.067

⁽¹⁴⁾ CA Paris, 16 janv. 2019, n°17/03073 ; CA Paris, 8 déc. 2021, n°17/09016