

Relations de travail et lutte contre les discriminations après la loi du 16 novembre 2001

par Marc RICHEVAUX, Magistrat, Maître de Conférences,
Université du Littoral Côte d'Opale,
Laboratoire Redéploiement Industriel et Innovation

PLAN

I. Discriminations au travail

- A) Discriminations anti-syndicales
 - 1. Aspect collectif
 - 2. Aspect individuel
- B) Les autres types de discriminations sanctionnées par le Code du travail
 - 1. Principe d'égalité de traitement
 - 2. Discriminations prévues et réprimées par le Code du travail
- a) Conclusion du contrat de travail
- b) Exécution du contrat de travail
- c) Licenciement
- C) La loi nouvelle
 - 1. Élargissement de la notion de discrimination punissable
 - 2. Règles de procédure
 - a) La preuve
 - b) Aménagement des règles de procédures
 - c) Les dispositifs préventifs

II. Discriminations réprimées par le Code Pénal

- A) Un début d'harmonisation
- B) Articulation avec le Code du travail

Dans le cadre des relations de travail salarié la répression de la discrimination (1), qui est une distinction arbitraire, prohibée, illicite, c'est-à-dire contraire au droit (2) fait l'objet d'une double approche. Elle est appréhendée à la fois par le code du travail (3) et par le code pénal (4). Les deux ouvrages ont été partiellement modifiés par une nouvelle loi (5), transposition dans le droit français de principes issus des normes européennes (6), dont le but de renforcer les moyens de lutte contre les discriminations. Elle est applicable depuis 17 novembre 2001 (7) (date de sa publication au *Journal Officiel*), mais seulement pour les faits de discrimination postérieurs à cette date (8).

(1) Bourgeot S., État de santé du salarié et licenciement RJS 1998.869 ; Couturier G., Annuler les actes illicites, la réintégration obligatoire Dr. Ouv. 1998.133 ; Desjardin B., La réintégration Dr. Soc. 1992.766 ; Djoudi, Les nullités dans les relations individuelles de travail D 1995 ch. 192 ; Henry M., La réintégration des salariés non protégés Dr. Ouv. 1995.371 ; Laborde J.P., Quelques observations à propos de la loi du 12 juill. 1990 relative à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap Dr. Soc. 1991.615 ; Pélissier J., Fautes des grévistes et sanctions patronales Dr. Soc. 1998.650 ; Savatier J., Le licenciement d'un salarié en raison de son état de santé RJS 1998.707 ; Wagner E., La violation d'une règle légale impérative par l'employeur, à propos de la réintégration des salariés ordinaires Dr. Ouv. 1995.365 ; Waquet Ph., Les libertés dans l'entreprise RJS 2000.335 ; Savatier J., Les discriminations dans l'emploi à raison du sexe Dr. Soc. 1984.339 ; Philippe Bataille, Le racisme au travail, éditions La Découverte ; Miné M., Brefs propos sur les apports du droit communautaire en matière de discrimination Dr. Ouv. 2000.97 ; Miné M. et Charles D., Sida et discrimination dans l'emploi Dr. Ouv. 1997.365 ; Moussy Pascal, Le référé face aux discriminations Dr. Ouv. 1992.366 ; Verdier J.M., C'est à l'employeur de justifier qu'une différence de traitement entre salariés est étrangère l'activité syndicale CA Paris 21 fév. 1997 Dr. Ouv. 1997.225 ; Verdier J.M., Le juge des référés face à une discrimination syndicale problème de preuve et de réparation CPH Paris 4 juin 1996 Dr. Ouv. 1996.383 ; Wagner E., Le rôle des syndicats et des associations dans la défense des droits et l'accès à la justice des salariés Dr. Ouv. 1990.291 ; A.-M. Drica, Le juge prud'homal des référés face aux discriminations Dr. Ouv. 1998.431 ; Michel Henry, Le nouveau régime probatoire applicable aux discriminations Dr. Ouv. 2001.194 ; Peschaud Henri, Le principe d'égalité de traitement entre salariés à temps partiel et à temps complet à l'épreuve de la pratique sociale Dr. Ouv. 1998.13 ; Saada R., La non discrimination homme/femme Dr. Ouv. 2001.207 ; Schmitt M., Une nouvelle approche du principe d'égalité professionnelle : les actions positives selon la CJCE Dr. Ouv. 2001.56 ; Laurence Peru-Pirotte, La discrimination étude critique th. Lille II 2000 ; Le principe de non discrimination en droit social colloque du SAF 2 déc. 2000 Dr. Ouv. spéc. mai 2001.186 et s.

(2) Loschak Danièle, Réflexions sur la discrimination Dr. Soc. 1987.778.

(3) Notamment art L. 122-45 C. Tr., art L. 123-1 C. Tr., L. 412-2 C. Tr.

(4) Art 225-1 ; 225-2 et 225-3, 432-7 du Nouveau Code pénal et 416, 416-1, 416-2 ancien Code pénal.

(5) Loi n° 2001-1066 du 16 nov. 2001 JO du 17.

(6) Directive UE 97/80 du 15 déc. 1997 relative à la charge de la preuve en matière de discrimination Dr. Ouv. 1998.313 ; directive UE 2000/78 du 27 nov. 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ; art. 13 traité d'Amsterdam, sur ces normes et leurs applications Mélanie Schmitt, Dr. Ouv. 2001.56 et les chroniques de droit européen de Michèle Bonnechère dans le Droit Ouvrier (la liste des arrêts publiés et commentés depuis 1994 est disponible sur le site Internet du Droit Ouvrier) ; B. Teysié, Code de droit social européen LITEC 2001.

(7) Sur l'application de la loi dans le temps voir Michèle Bonnechère, Introduction au droit, La Découverte ; Clotaire Mouloungui, Notions fondamentales du droit, L'Harmattan 2001.

(8) Sur cette question de l'application de la loi pénale dans le temps voir obs. Marc Richevaux, sous Cass. Crim. 14 oct. 1997 Dr. Ouv. 1999.37.

I. Discriminations au travail

Les textes répressifs du Code du travail consacrés à la discrimination concernent essentiellement deux catégories de comportements :

- 1) ceux qui opèrent une différence de traitement à partir de l'appartenance ou de l'activité syndicale ;
- 2) ceux qui consacrent cette même différence en considération du sexe ou de la situation de famille ou d'autres formes de comportements discriminatoires.

Même si ces dispositions permettent de sanctionner aussi les discriminations anti-syndicales, c'est essentiellement sur les autres types de discriminations que porte la nouvelle loi. Elle élargit les formes de discriminations punissables et améliore le dispositif permettant de les constater, de les poursuivre, de les sanctionner ou de les prévenir. Est-ce à dire que les discriminations anti-syndicales n'existent plus ou que le dispositif législatif déjà existant s'avère suffisamment efficace pour les sanctionner efficacement ?

Nous serons moins optimistes...

En effet si le principe de la protection des représentants des travailleurs contre la discrimination en raison de leur appartenance et/ou de leur activité syndicale est ancienne dans les textes, il s'est longtemps heurté à la réalité de certaines entreprises et à d'autres principes juridiques qui en ont limité l'efficacité. Cela en raison des difficultés de preuve des faits, même si la jurisprudence la plus récente (9), reprise sur ce point par la loi nouvelle (10), en a atténué les effets les plus néfastes pour les victimes (11). La preuve de la discrimination à l'égard des salariés fondée sur leur appartenance et/ou leur activité syndicale a longtemps du s'articuler avec le principe de l'employeur seul juge (12), en vertu duquel l'évaluation des aptitudes et des compétences professionnelles du salarié, sur laquelle repose l'évolution de sa carrière et de sa rémunération, a longtemps constitué un bastion inexpugnable du pouvoir souverain de l'employeur auquel le juge ne pouvait en aucun cas se substituer (13), et avec le principe de procédure selon lequel la charge de la preuve appartient au demandeur (14) rendant les

recours judiciaires destinés à établir une discrimination peu nombreux (15) car largement illusoire. Les discriminations en matière de carrière fondées sur des considérations anti-syndicales étant généralement masquées derrière des évaluations professionnelles (16) pour lesquelles le juge s'est longtemps contenté des affirmations de l'employeur.

Après un rappel des règles juridiques destinées à lutter contre les discriminations anti-syndicales (A), nous nous pencherons sur les autres formes de discriminations sanctionnées par la loi (B), puis nous verrons les améliorations apportées par la loi nouvelle dans la lutte contre celles-ci (C).

A) La discrimination anti-syndicale

La discrimination anti-syndicale (17) revêt un aspect collectif et un aspect individuel.

1) Aspect collectif

Ainsi en est-il lorsqu'un employeur n'engage pas la négociation collective avec tous les syndicats représentatifs (18), ce qui explique cette décision qui a estimé que le délégué du personnel est dans l'exercice de sa mission lorsqu'il dénonce devant le Conseil de prud'hommes la discrimination dont il a fait l'objet, et que le temps consacré à l'audience doit donc s'imputer sur ses heures de délégations (19). Elle revêt aussi, le plus souvent, aussi un aspect individuel concernant plus directement certains salariés.

2) Aspect individuel

C'est celui-ci qui donne le plus souvent lieu à contentieux. Une convention OIT (20) prévoit que : *" les représentants des travailleurs dans l'entreprise doivent bénéficier d'une protection efficace contre toutes les mesures qui pourraient leur porter préjudice, y compris le licenciement, et qui seraient motivées par leur qualité ou leurs activités de représentants des travailleurs, leur affiliation syndicale ou leur participation à des activités syndicales "*. Dans un texte, antérieur à celle-ci, le Code du travail français (21) interdit les mesures

(9) Cass. soc. 29 oct. 1996 Delzongle c/ Ponsolle Dr. Ouv. 1997.149 P. Moussy ; Cass. soc. 15 déc. 1998 Aubin c/ Chatet Dr. Ouv. 1999.169 H. Peschaud ; Cass. soc. 28 mars 2000 Fluchère c/ SNCF Dr. Ouv. 2000.176 ; Cass. soc. 4 juill. 2000 Verdome RPDS 2001 p. 230, Dr. Soc. 2000.919 ; Cass. soc. 28 nov. 2000 Dr. Ouv. 2001.116 Michel Miné.

(10) loi du 16 nov. 2001 prec.

(11) Sur cette évolution voir Pascale Legendre-Grandperret, Discrimination syndicale en matière de carrière et de rémunération Dr. Ouv. 2001.213 et Michel Henry, Dr. Ouv. 2001.194.

(12) M.-F. Mialon, Les pouvoirs de l'employeur LGDJ 1996.

(13) Cass. soc. 9 juill. 1985 Sté française des Nouvelles Galeries c/ Leroy Bull. civ. n° 419 p. 302.

(14) Art. 1315 Code civil ; art. 9 déclaration des droits de l'homme, art. 11-1 déclaration universelle des droits de l'homme, art. 14 du pacte de New York sur les droits civils et politiques, art. 6 convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, textes qui fondent

la présomption d'innocence d'où découle le principe que c'est au ministère public ou à la partie civile de faire la preuve de la culpabilité de la personne poursuivie pour une infraction pénale, Cass. Crim. 24 mars 1949 Bull. Crim. n° 144 ; Pradel J., Droit pénal général, Cujas.

(15) Lanquetin Marie-Thérèse, Le principe de non discrimination Dr. Ouv. 2001.186.

(16) Rongère P., A la recherche de la discrimination introuvable Dr. Soc. 1990.100.

(17) Cf. l'important n° spec. de la RPDS consacré à ce sujet en juillet 2001.

(18) A. Mazeaud, Droit du travail, Montchrestien.

(19) Cass. soc. 26 mai 1999 Bull. civ. V n° 238, D. 1999 IR168, Dr. Soc. 1999.738 obs. Radé, RJS 1999 573 n° 935.

(20) Convention OIT n°135.

(21) Art. L. 412-2 C. Tr. sanctionné pénalement par l'art. L. 483-1 C. Tr.

discriminatoires fondées sur l'appartenance syndicale ou l'activité syndicale en matière d'embauche, d'organisation du travail, de rémunérations, de promotion, de sanctions disciplinaires, de licenciement. L'adverbe "notamment" employé par le texte permet de considérer que cette énumération, pourtant déjà bien complète, n'est pas limitative mais exemplative et que les juges peuvent, sans violer les principes généraux du droit pénal du travail (22), étendre les sanctions prévues (une peine d'amende d'un montant maximum de 3 750 € et/ou 1 an d'emprisonnement, le double en cas de récidive) (23) à des comportements qui ne sont pas expressément mentionnés le texte de la loi (24). Même si elle constitue indéniablement un progrès par rapport à la situation antérieure, la loi nouvelle apparaît aussi comme un aveu de l'impuissance de ceux dont c'est la fonction de faire appliquer effectivement le dispositif existant pour sanctionner les discriminations. En effet, la nouvelle loi s'explique largement par le fait que malgré le dispositif législatif existant les discriminations sont encore nombreuses et peu sanctionnées. Plus que dans la rédaction du texte (25), le problème semble se situer dans les conditions de son application, notamment en ce qui concerne la preuve des comportements incriminés, les poursuites dont ils font, ou ne font pas l'objet. En effet, en application du principe de l'opportunité des poursuites (26) rien n'oblige un Procureur de la République à qui de tels faits de discrimination, constitutifs d'infractions pénales, sont signalés à engager les poursuites correspondantes permettant leurs sanctions par les tribunaux. De plus, bien souvent ceux-ci se limitent à prononcer des peines bien inférieures au maximum possible prévu par les textes (27). Ils retirent ainsi à la peine l'essentiel de sa valeur dissuasive (28). La violation de cette interdiction peut aussi donner lieu à l'application de sanctions civiles : nullité des mesures ayant un fondement discriminatoire comme par exemple un licenciement

(29). Mais dans le cas où la victime, qui en a le droit, saisi les deux juridictions, l'une civile (Conseil de prud'hommes) l'autre pénale (Tribunal correctionnel) le juge auquel est demandée l'application d'une sanction civile doit surseoir à statuer jusqu'à ce que le juge pénal ait rendu sa décision (30). Il est vrai que celle-ci pourra être un élément de preuve important (31). En effet, dès lors que le chef d'entreprise a été condamné par la juridiction répressive pour s'être rendu coupable, en procédant à un licenciement, de discrimination syndicale le juge civil doit en déduire que le licenciement ainsi prononcé est nul (32). Cela peut entraîner une attente fort longue avant la décision et la réintégration éventuelle de l'intéressé dans son entreprise. Ce délit de prise en considération de l'activité syndicale ne doit pas être confondu avec le délit d'entrave au droit syndical (33). Mais les discriminations à l'égard des militants syndicaux qui font fonctionner les institutions représentatives du personnel peuvent donner lieu à des concours d'infractions (34). Le même fait de comportement discriminatoire à l'égard d'un salarié syndiqué et représentant du personnel peut tomber en même temps sous la qualification de d'entrave aux institutions représentatives du personnel (35) et sous celle de discrimination (36), voire même sous celle de harcèlement (37), qu'il soit sexuel (38) ou non (39), mais dans ce cas, en raison du principe du "non-cumul" (40), l'auteur n'est exposé qu'à une seule peine (41), celle correspondant au maximum de l'infraction la plus lourdement sanctionnée. Du moins si les juges vont jusque là. Ce qui en pratique est très rare. Cependant, si la conduite de l'intéressé tombe sous le coup de deux incriminations dont les éléments constitutifs sont différents, cela justifie alors le prononcé de deux peines. C'est le cas en matière de travail dominical et de repos hebdomadaire. En effet pour la Cour de cassation dans cette situation le fait de faire travailler un même salarié le dimanche et de ne pas

- (22) Coeuret A. et Fortis E., *Droit pénal du travail* LITEC 2e ed 2001.
- (23) Art. L. 481-3 C. Tr. ; voir le tableau publié dans le RPDS d'avril 2002 n° spéc. "Les poursuites pour infractions à la législation du travail".
- (24) Marc Richevaux, *Quelques principes théoriques relatifs à l'interprétation de la norme de droit* Dr. Ouv. 1991.39.
- (25) Marc Richevaux, *La lettre et l'esprit texte et pratique du texte en droit du travail*, *Innovations* n° 10 1999-2 p 99 et s.
- (26) Art. 5 cpp, Michèle-Laure Rassat, *Le ministère public entre son passé et son avenir th.* Paris II ; Comte Ph. et Maistre du Chambon Ph., *Droit pénal général* Masson.
- (27) Voir les rapports annuels de l'inspection du travail, *La Documentation Française*.
- (28) Sur la valeur dissuasive de la peine voir Pradel J., *Droit pénal général* Cujas.
- (29) Sur la nullité du licenciement voir Couturier G., *Droit du travail* PUF Thémis.
- (30) Art. 4 al. 2 cpp ; Pour une application Cass. soc. 8 juill. 1985 ined.
- (31) Nicole Coquempot, *L'autorité en droit social des décisions rendues par les juridictions pénales* Petites Affiches 11 sept. 1999 ; Emmanuel Gayat, *L'autorité de la chose jugée au pénal sur l'instance prud'homale en contestation d'une sanction disciplinaire* Dr. Ouv. 1998.515.
- (32) Cass. soc. 10 avr. 1991 CSBP 1991 A28.
- (33) A. Coeuret, *Entrave et discrimination* Dr. Ouv. 1987.447 ; Alvarez-Pujana (N.), *Le délit d'entrave ou d'atteinte au fonctionnement des*

- institutions représentatives du personnel et à l'exercice du droit syndical dans l'entreprise* Dr. Ouv. 1990.77 ; *Entrave à l'exercice du droit syndical et discrimination* Cass. Crim. 5 mars 1991 Dr. Ouv. 1992.157 TGI Paris 31e ch 10 nov. 1992 Dr. Ouv. 1993.197, obs. Nicolas Alvarez-Pujana.
- (34) Sur la question des concours d'infraction voir : Stéfani G., Levasseur G., Bouloc B., *Droit pénal général*, précis Dalloz ; voir aussi Cass. Crim. 6 fév. 1990, CA Lyon 4e ch. sur renvoi après cassation Dr. Ouv. 1991.138 ; TI Sélestat 22 juin 1990 Dr. Ouv. 1991.141.
- (35) Cohen M. et Millet L., *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe* LGDJ 2000.
- (36) TGI Nanterre 17e Ch. correct. 27 janv. 1997 CA Versailles 9e Ch. 29 oct. 1998 Dr. Ouv. 1999.221.
- (37) Grumbach T., *Pour conclure et tenter de distinguer entre la gestion disciplinaire affichée, la discrimination et le harcèlement dissimulé* Dr. Ouv. 2001.218.
- (38) Michel Miné et Francis Saramito, *Le harcèlement sexuel* Dr. Ouv. 1997.48.
- (39) Sur le harcèlement voir la bibliographie en page 228 du présent numéro.
- (40) Art. 132-3 ncp et art. 5 anc. Code pénal pour des applications en droit, pénal du travail voir Cass. Crim. 11 juill. 1994 Dr. Ouv. 1995.34 ; Cass. Crim. 28 fév. 1985 Dr. Ouv. 1995.362.
- (41) Voir aussi obs. Nicolas Alvarez-Pujana sous Cass. Crim. 11 juill. 1994 Dr. Ouv. 1995.34.

respecter la règle du repos hebdomadaire justifie alors le prononcé de deux peines (42).

Dès lors qu'il s'agit d'établir l'existence de l'élément matériel du délit de discrimination anti-syndicale, il convient d'emblée de souligner que la prise en considération de l'activité syndicale de certains salariés est nécessairement intentionnelle. Ainsi, il a été jugé que la non attribution d'une prime exceptionnelle aux salariés ayant participé à une grève déclenchée par une organisation syndicale ne permettait pas de caractériser, de façon irréfutable, cette intention délictueuse, dès lors que la distribution de la prime était justifiée par le surcroît de travail exigé de ses bénéficiaires en vue de maintenir la nécessaire ponctualité de livraisons intéressant la santé publique et qu'elle était en outre prévue par le règlement intérieur (43). Par contre, lorsque de telles conditions ne sont pas remplies le délit peut être constitué. Il en est ainsi lors de l'attribution, *a posteriori*, d'une prime exceptionnelle au personnel non-gréviste, qui constitue le délit de moyen de pression à l'encontre de l'organisation syndicale ayant déclenchée la grève (44). Pour être passible de sanctions, le comportement de l'auteur du délit doit obéir de façon univoque à la volonté de porter atteinte à la liberté syndicale. La volonté de porter atteinte à la valeur syndicale protégée doit exister clairement comme fondement de l'acte de l'employeur, mais cette volonté n'a pas pour autant à être exclusive. Le délit est constitué même si la discrimination anti-syndicale n'a pas été le seul motif des mesures prises (45). Ainsi une sanction disciplinaire infligée à un délégué syndical pour faits de grève, alors qu'il est le seul sanctionné parmi les grévistes, caractérise la discrimination dès lors que le lien entre la sanction prononcée et l'appartenance syndicale se trouve établi, même si la sanction pouvait paraître justifiée en elle-même (46).

En raison de la diversité des décisions de l'employeur susceptibles d'être à l'origine de la prise en considération illicite de l'appartenance et/ou de l'activité syndicale, l'élément matériel du délit prend de multiples formes. Sans prétentions à l'exhaustivité, on se bornera à une énumération des principaux cas ayant déjà donné lieu à condamnations. La liste est susceptible d'être allongée. Dans ce type d'affaires un large pouvoir d'appréciation est laissé aux juges du fond (47)

de manière à leur permettre de contrecarrer l'imagination sans bornes de certains employeurs.

Ainsi, caractérise le délit de prise en considération de l'appartenance syndicale la Cour d'appel qui relève qu'à l'expiration de la mission de 5 travailleurs temporaires, l'employeur a fait le nécessaire pour replacer 4 des intéressés dans un autre établissement, situé dans la même ville, mais a pris soin d'écarter de ce nouvel emploi le délégué syndical de l'entreprise en lui offrant un poste dans une région éloignée, que sa situation familiale ne lui permettait pas d'accepter (48). Il en est de même pour une mutation et un déclassement constitutif du délit (49), de même pour des mutations ne correspondant pas à la qualification des salariés concernés (50). De même, caractérise l'infraction le fait de soumettre un salarié à des mutations successives pour sanctionner son appartenance syndicale (51). La discrimination consiste parfois dans le fait d'avoir dès l'accès de la salariée à des fonctions représentatives, procédé à son affectation dans un bureau délabré et privé celle-ci du libre accès aux armoires contenant les documents nécessaires à l'exercice de sa fonction de comptable (52). Ou de lui imposer des sujétions ayant pour finalité essentielle de l'isoler de ses collègues (53). On relèvera également de multiples hypothèses de discriminations en matière de rémunération, de promotion ou d'absence de promotion fondées sur des considérations de nature syndicale (54). Ainsi, le fait d'écarter la candidature à un poste d'avancement d'un salarié en invoquant un manque de disponibilité consécutif à une fonction représentative contrevient à l'interdiction prévue par le Code du travail (55) et justifie la condamnation de son auteur (56). Enfin l'exercice d'une activité syndicale n'implique pas nécessairement la qualité de délégué syndical. Le licenciement d'un salarié "ordinaire", sans mandat de représentation, et sans protection particulière, provoqué par son appartenance ou son action syndicale tombe sous le coup de l'incrimination (57). En conséquence le fait d'avoir constaté que le salarié ne justifiait pas de la notification à son employeur de sa désignation en qualité de délégué syndical ne dispense pas les juges du fond de rechercher si l'employeur a pris en considération l'exercice par le dit salarié d'une activité syndicale pour arrêter sa décision de licenciement (58). En pareille hypothèse la sanction pénale s'ajoute alors à la sanction civile prévue, naguère dommages et

(42) Voir obs. Marc Richevaux sous Cass. Crim. 25 nov. 1997 Dr. Ouv. 1998.178 et Cass. Crim. 5 mai 1998 Dr. Ouv. 1998.328.

(43) Cass. Crim. 28 nov. 1978 Bull. n° 336 dans le même sens Cass. Crim. 13 mai 1980 Berthollet.

(44) Cass. Crim. 27 juin 1978 Dr. Ouv. 1978.478.

(45) Cass. Crim. 2 déc. 1986 inéd. Voir aussi antérieurement Cass. Crim. 5 janv. 1977 Dr. Ouv. 1978.33 1^{re} esp.

(46) Cass. Crim. 21 nov. 1989 Dr. Ouv. 1990.410.

(47) Cass. Crim. 8 janv. 2002 Verwaerde pourvoi n° E 01-83.291 F.D.; déjà dans le même sens Cass. Crim. 9 déc. 1997 SEMB Dr. Ouv. 1998.560.

(48) Cass. Crim. 22 nov. 1997 Athesma.

(49) Cass. Crim. 23 fév. et 16 mars 1982 D. 1982 IR 204 Reihnard.

(50) Cass. Crim. 8 janv. 1991 Pellet inéd.

(51) Cass. Crim. 25 mars 1980 Bull. Crim. n° 244. 88.

(52) Cass. Crim. 5 mai 1998 Dr. Ouv. 1998.5.

(53) Cass. Crim. 4 janv. 1991 RJS 1991, 181 n° 346.

(54) Cass. Crim. 16 déc. 1985 Dr. Ouv. 1986.313; 28 avr. 1987 et 30 nov. 1993 inéd.

(55) Cass. Crim. 25 mai 1982 Bull. Crim. 371.

(56) Cass. Crim. 25 mars 1982 Bull. n° 371.

(57) Cass. Crim. 4 avr. 1979 Bull. crim. n° 409 Cass. Crim. 17 juill. 1987 inéd, dans le même sens Cons. Prud. Paris 28 juill. 1999 BHV, Cons. Prud. Paris 28 juill. 1999 Mimoun et Surmont Dr. Ouv. 2000.126; Cass soc 10 oct. 2000 Sté l'Oréal c / Hanadi, RJS n° 1253.

(58) Cass. Crim. 5 mars 1991 Bull. 112.

intérêts pour licenciement abusif, actuellement la nullité de la décision de rupture et la remise en l'état (59) mais l'action pénale entraîne le sursis à statuer sur l'action civile. La suppression ou la réduction d'une gratification destinée à récompenser le mérite du personnel, si elle est décidée par l'employeur à l'égard de certains salariés en raison de leur activité syndicale est de nature à constituer l'infraction de prise en considération illicite de l'activité syndicale et est donc considérée comme une discrimination (60). Il incombe aux juges du fond de déterminer si les mesures de défaveur constatées en l'espèce relativement à une telle gratification ont été discriminatoirement motivées par l'activité syndicale de ceux qu'elles ont frappé ou si elles n'ont pas été exclusivement inspirées par d'autres considérations (61) qui dans ce cas doivent être licites. Constituent une entrave à la libre désignation des délégués du personnel et non pas une atteinte à l'exercice de la liberté syndicale, les insultes proférées par l'employeur à l'encontre d'une candidate, le jour du scrutin, peu important que la procédure judiciaire ait été entamée par une enquête de police plutôt que par des constatations de l'inspecteur du travail (62). De même c'est par rapport à l'exercice du droit syndical et non par rapport à l'appartenance syndicale qu'est jugé discriminatoire le fait d'appliquer aux délégués syndicaux des sanctions sensiblement plus lourdes (mise à pied) que celles infligées aux autres salariés (avertissement) qui ont participé aux mêmes actes d'indiscipline collective alors que les 2 délégués n'avaient participé à l'organisation et à la réalisation du mouvement que dans le cadre de leur activité syndicale (63). De même commet le délit l'employeur qui licencie deux militants syndicaux, futurs candidats aux fonctions de délégués du personnel, en ayant connaissance des démarches entreprises par leur syndicat auprès de l'inspection du travail en vue d'obtenir une dérogation aux conditions d'ancienneté exigées par la loi (64) et qui devaient permettre à ces salariés de poser officiellement leur candidature aux élections organisées quelques jours plus tard dans l'entreprise (65). Il en est de même pour la mutation précipitée d'un militant participant à la mise en place d'une section syndicale et qui devait lui-même être désigné comme délégué syndical (66). Mais les fautes commises par des

grévistes en ce qu'elles sont détachables de leur activité syndicale ou de leur appartenance syndicale permettent à l'employeur de prononcer contre certains d'entre eux des sanctions disciplinaires sans que l'on puisse lui faire grief d'avoir procédé à une discrimination coupable (67). Il a été jugé (68) que l'action en responsabilité civile délictuelle intentée par l'employeur contre un syndicat qui avait déclenché un mouvement de grève dans des conditions illicites et en particulier sans avoir respecté le préavis de 5 jours francs prévu par les textes (69) pour les entreprises chargées de la gestion d'un service public ne revêt pas un caractère abusif susceptible de faire tomber son auteur sous le coup des textes réprimant la discrimination syndicale prévue au même code (70) et ne permet donc pas de sanction pénale (71). Certains juristes éprouvent quelques difficultés à être convaincus par une telle argumentation (72). Les textes sanctionnant la discrimination syndicale (73) peuvent aussi recevoir application dans le contexte de la grève. S'il est admis que la seule participation à un conflit collectif ne suffit pas, par elle-même, à caractériser une action syndicale (74) et que l'employeur n'encourt aucune responsabilité pénale pour avoir sanctionné des grévistes (75) ce qui paraît pourtant antinomique avec le caractère de liberté publique fondamentale de la grève consacré par la constitution (76). Il en va autrement lorsque les sanctions apparaissent être en rapport avec l'appartenance ou l'activité syndicale (77). Ainsi, s'agissant d'une grève nationale de protestation à laquelle ont participé d'autres salariés de l'entreprise, la discrimination résulte du fait que seul le délégué syndical a été sanctionné disciplinairement sans qu'il y ait lieu de rechercher si la grève était licite ou pas (78). D'autre part, indépendamment de toutes mesures prises à l'encontre des grévistes syndiqués, l'infraction peut se trouver constituée par la violation du texte du Code du travail (79) qui interdit d'exercer tout moyen de pression en faveur ou à l'encontre d'une organisation syndicale quelconque (80). De même, si un employeur peut répondre aux accusations portées contre lui par un syndicat il ne peut pour autant en méconnaissance des dispositions du Code du travail (81) exercer sur le personnel de l'entreprise des pressions pour l'inciter à adhérer un syndicat déterminé et apporter ainsi une

 (59) Art. L. 122-45 C. Tr. ; Cass. Soc. 17 mars 1999 Dr. Ouv. 99 p. 121.
 (60) Cass. Crim. 22 oct. 1986 Dr. Ouv. 1987.402.
 (61) Cass. Crim. 2 déc. 1986 ined, Cass. Crim. 5 janv. 1977 Dr. Ouv. 1978.33 1^{re} esp.
 (62) CA Poitiers ch correct. 20 mars 1986 juris data n° 0481158.
 (63) Cass. Crim. 7 fév. 1989 JCP 1989 I 18 478.
 (64) Loi du 16 avr. 1946, Maurice Cohen, Le statut des délégués du personnel, LGDJ.
 (65) Cass. Crim. 19 fév. 1980 Jourdanne ; Cass. Crim. 17 juill. 1987 Terson.
 (66) Cass. Crim. 17 juill. 1987 Terson.
 (67) Cass. Crim. 27 nov. 1979 syndicat CFDT métallurgie de la Gironde dans le même sens Cass. Crim. 14 déc. 1979 Chantin ; 12 mai 1991 D 1982 IR 397 Langlois 13 oct. 1981 Bull. n° 270.
 (68) Cass. Crim. 27 nov. 1979 Bull. Crim. n° 338.
 (69) Art. L. 521-2 C. Tr.

 (70) Art. L. 412-2 C. Tr.
 (71) Cass. Crim. 27 nov. 1979 Bull. Crim. n° 338 préc.
 (72) Francis Saramito, Non-grévistes contre grévistes... les préjugés de la Cour de cassation Cass. soc. 8 déc. 1983 Dr. Ouv. 1984.199.
 (73) Art. L. 483-1 C. Tr.
 (74) Cass. Crim. 4 déc. 1979 Bull. n° 349.
 (75) Cass. Crim. 31 mars 1981 D 1982 IR 83 Pélissier Jean.
 (76) Préambule constitution de 1946 repris par celle de 1958 actuellement en vigueur.
 (77) Cass. Crim. 15 déc. 1981 Dr. Ouv. 1982.323 ; D 1981 IR 321 Beraud.
 (78) Cass. Crim. 21 nov. 1989 Maton inéd.
 (79) Alinéa 3 de l'art L. 412-2 C. Tr.
 (80) Cass. Crim. 22 oct. 1986 Dr. Ouv. 1987.402.
 (81) Art. L. 412-2 ct.

entrave à la libre désignation des autres syndicats (82). Même si l'on ne connaît encore que peu d'exemples de sanctions prononcées à ce titre par les tribunaux, les conditions de l'accès des syndicats à l'outil Internet existant dans l'entreprise sont susceptibles de créer des discriminations interdites et condamnables (83). Tout comme les autres catégories de discrimination, la discrimination anti-syndicale pose de délicats problèmes de preuve (84), spécialement lorsqu'elle porte non sur un acte précis ou une sanction précise prise par l'employeur mais sur un ensemble de faits et d'abstentions dont un syndicaliste peut s'estimer victime, comme en matière d'évolution de carrière (85), d'autant qu'il est exceptionnel que l'employeur qui pratique de telles discriminations accepte de le reconnaître. Pour une exception en sens inverse, on pourra se reporter l'accord Peugeot (86) relatif à la reconnaissance de discriminations syndicales antérieures et à la remise en état de la situation des intéressés. Ce genre d'accords sont loin d'être fréquents. Le recours au juge des référés peut souvent s'avérer fort utile pour obtenir la reconnaissance d'une situation de discrimination syndicale et la remise en état de la situation du ou des salariés concernés (87). Le principe est que devant les tribunaux il appartient à l'employeur de démontrer que la différence de situation entre salariés est justifiée par des éléments étrangers à l'activité syndicale (88). Mais le recours au juge amène parfois quelques surprises. Ainsi, des juges ont estimé que le fait de noter dans la fiche individuelle d'évaluation d'un salarié qu'il est délégué syndical n'est pas une discrimination interdite si cette appréciation n'a pas eu de conséquences, ce que pour la Cour de cassation les juges du fond ont du vérifier (89). On est quelque peu sceptique et effrayé par l'argumentation. On voit mal l'intérêt pour l'employeur de ce type de mentions si elles sont destinées à n'avoir aucun effet. Si l'employeur les note c'est probablement dans la perspective de pouvoir s'en servir ! L'analyse comparative de l'évolution professionnelle des salariés syndiqués comparée à celle

des non syndiqués de l'entreprise est un élément important pour receler une éventuelle discrimination. La Cour de cassation a eu l'occasion d'indiquer à cet égard que si les juges du fond ont un pouvoir souverain pour apprécier les faits et circonstances de la cause. Ils doivent cependant répondre aux arguments du salarié qui fournit des éléments précis de comparaison (90). Le délit peut être constitué même si la discrimination n'a pas été le motif exclusif des mesures prises. Ainsi, lorsqu'une Cour d'appel a omis d'analyser l'ensemble des faits invoqués par la partie civile et n'a pas recherché notamment par l'étude comparative, à diplômes équivalents et même ancienneté, si le salarié n'a pas subi dans l'évolution de sa carrière professionnelle une discrimination présentant un lien avec son activité syndicale et ses mandats (91) la censure de sa décision est justifiée. Le manque de disponibilité de l'intéressé consécutif à l'exercice de ses mandats ne paraît pas constituer dans la jurisprudence actuelle une raison acceptable pour retarder ou refuser un avancement (92). Les réalités des entreprises font qu'en pratique la discrimination est souvent difficile à mettre en évidence. Heureusement la jurisprudence estime maintenant que c'est à l'employeur de justifier que les différences de traitement qui sont constatées entre des salariés sont étrangères à leur activité syndicale et il appartient à l'employeur de démontrer que la différence de situation entre salariés est justifiée par des éléments étrangers à l'appartenance syndicale (93). En effet le respect du principe "à travail égal salaire égal" constitue un obstacle à la discrimination syndicale (94). Du moins quand il est respecté scrupuleusement, ce qui n'est pas toujours le cas. Les témoignages qui sont nécessaires pour établir ces faits ne sont pas toujours faciles à obtenir. En ce qui concerne les discriminations salariales, le blocage des rémunérations en raison des absences dues à l'activité syndicale en est une (95). La preuve peut se faire par comparaison des fiches de paye, mais leurs communications entre les salariés d'une entreprise ne

(82) Cass. Crim. 14 janv. 1982 syndicat départemental CFDT des services de santé et sociaux CFDT inéd.

(83) TGI Versailles 2e ch 20 nov. 1998 Dr. Ouv. 1999.379 ; sur l'ensemble de la question voir Marc Richevaux, Eric Vernier, Mihail Calciu, Travail et nouvelle économie aspects de gestion et de droit, L'Harmattan 2001.

(84) Sur l'évolution de la Cour de cassation Chambre sociale quant à la charge de la preuve en matière de discrimination syndicale et de discrimination à raison du sexe Cass. soc. 23 nov. 1999 Bull. civ. V n° 447, Dr. Ouv. 2000 ; et 28 mars 2000 Dr. Ouv. 2000.176, Dr. Soc. 2000.593 in M.T. Lanquetin, Un tournant en matière de preuve des discriminations Dr. Soc. 2000.589 ; Legendre-Grandperret prec. Michel Henry prec.

(85) Pour une étude approfondie de cette hypothèse A. Arseguet et B. Reynes, L'évolution de carrière des représentants du personnel, Rev. française de comptabilité mai 1993 n° 245 ; Grévy M., La discrimination dans la carrière des délégués Dr. Soc. 1994.884 ; Pascale Legendre-Grandperret prec.

(86) Pascal Moussy, Pascal Rennes, L'accord Peugeot échec à la discrimination syndicale Dr. Ouv. 1998.491 ; les différentes étapes judiciaires de cette affaire, qui a puissamment contribué au revirement de jurisprudence en matière de preuve de la discriminatoire, ont toutes été publiées et commentées dans les colonnes du Dr. Ouv., en dernier lieu concernant des salariés retraités cf. le présent numéro p 333.

(87) J.-M. Verdier, Le juge des référés face à la discrimination syndicale, problèmes de preuve et de réparation CPH Paris 4 juin 1996 Dr. Ouv. 1996.383 ; Drica M.-A., Le juge des référés face à la discrimination Dr. Ouv. 1998.431 ; Moussy P., Le référé prud'homal face aux discriminations Dr. Ouv. 1992.366.

(88) Cass. soc. 28 mars 2000 Dr. Ouv. 2000.176.

(89) Cass. Crim. 31 mars 1998 Dr. pen. 1999.133, Dr. Ouv. 1998.559.

(90) Cass. Crim. 11 oct. 1989 RJS n° 943.

(91) Cass. Crim. 14 juin 2000 Fort, RPDS 2001 p. 249.

(92) TGI Aix-en-Provence 1er avril 1982 Dr. Ouv. 1983.283 ; TGI Boulogne-sur-mer 14 nov. 1984 Dr. Ouv. 1985.150 ; TGI Strasbourg 19 sept. 1986 Dr. Ouv. 1987.73 ; Cass. Crim. 19 mai 1987 Dr. Ouv. 1988.452 dans cette dernière hypothèse l'employeur condamné prenait en considération dans la répartition du travail l'absentéisme lié à l'accomplissement de missions syndicales.

(93) Francis Saramito note sous Cass. soc. 28 mars 2000 Dr. Ouv. 2000.176 ; J.-M. Verdier, note sous CA Paris 21 fév. 1997 Dr. Ouv. 1997.225.

(94) CPH Issoudun juge dep. 10 déc. 1996. Dr. Ouv. 1997.261 n. Jean-Marie Lagorse.

(95) CPH Fontainebleau dep. 7 sept. et 20 déc. 1993, CA Paris 18e Ch. A 27 sept. 1994, Dr. Ouv. 1995.395 note Pascal Moussy.

fait pas encore partie de la culture française en matière de relations de travail. Pour les autres éléments on sait bien que les salariés hésitent à témoigner en justice en faveur d'un autre salarié et donc contre l'employeur dans une instance prud'homale ou correctionnelle. La nouvelle loi a tenu compte de ce fait et essayé d'améliorer la situation du salarié qui témoigne en faveur d'autre salarié victime de discrimination (96). C'est l'objectivité et le caractère pertinent des justifications présentées par l'employeur qui conditionnent l'issue du litige et permettent la condamnation ou la relaxe. Mais si de réelles insuffisances et manifestations d'incompétences sont relevées à l'encontre d'un salarié syndiqué l'infraction n'est pas constituée (97).

Les relations de travail montrent qu'il existe aussi d'autres types de discriminations.

B) Les autres types de discriminations sanctionnées par le Code du travail

En dehors de celles fondées sur des considérations anti-syndicales, le Code du travail sanctionne expressément bien d'autres formes de discriminations (2), aussi le refus injustifié d'égalité de traitement (1) entre travailleurs se trouvant dans des situations comparables (98).

1) Le principe de l'égalité de traitement

En droit la non-discrimination n'est qu'un corollaire du principe d'égalité professionnelle (99) qui impose de traiter de la même manière les situations comparables et de manière différente les situations distinctes. Sa consécration résulte à la fois des textes communautaires et de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes (100), largement reprise par nos juridictions nationales. Mais le droit communautaire consacre le principe de manière très large sans pour autant garantir sa réalisation effective. Les tribunaux déclinent ce principe à tous les moments de la vie de travail des intéressés, quel que soit leur statut dans l'entreprise. Ainsi du principe d'égalité de traitement des travailleurs précaires avec les autres salariés de l'entreprise (101), même après la fin du contrat. Il a été jugé que les régimes de retraites complémentaires distinguant selon le sexe en matière d'âge d'ouverture du droit à pension de réversion instaurent une discrimination contraire au traité UE

(102). C'est surtout en matière d'égalité homme/femme (103), spécialement en ce qui concerne les salaires (104) que ce principe a donné lieu à des applications (105), sans cependant empêcher que la réalité soit celle de salaires féminins encore largement inférieurs aux salaires masculins (106) même si les tribunaux estiment que l'employeur doit justifier la différence de traitement en cas d'inégalité salariale (107). Il a aussi été jugé que le refus d'embaucher une femme enceinte est contraire au principe de l'égalité de traitement homme/femme (108). Il a aussi connu des applications en matière d'état de santé et dans bien d'autres domaines.

Si le droit communautaire, repris par notre droit national, consacre largement le principe de l'égalité de traitement cela n'empêche pas l'existence de nombreux cas de discrimination, certes interdits et parfois sanctionnés, mais le "chiffre noir" correspondant aux discriminations existantes et non sanctionnées semble encore important mais difficile à établir avec précision.

2) Discriminations prévues et réprimées par les textes du Code du travail

La discrimination fondée sur des considérations anti-syndicales n'est pas la seule à être envisagée par les textes du Code du travail (109). Celui-ci vise bien d'autres formes de discriminations (110). Il en est ainsi de celles dont un salarié peut être victime et qui existent en raison de son origine, son sexe, de ses mœurs, de sa situation de famille, de son appartenance à une ethnie, une nation ou une race (110 bis), de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses ou, sauf inaptitude constatée par le médecin du travail, de son état de santé ou de son handicap, qui sont interdites et réprimées par le Code du travail (111). Il en est de même de la participation à une grève qui peut être l'occasion de discriminations illicites.

Les discriminations sont interdites et sanctionnées, qu'elles interviennent au moment de la naissance du contrat de travail, (essentiellement, mais pas seulement, sous forme de discrimination à l'embauche), pendant la vie de celui-ci, son exécution (par exemple en cas de sanction disciplinaires ou de différences salariales injustifiées et fondées sur des considérations illicites) ou au moment de sa mort (licenciement). Les tribunaux ont eu l'occasion d'en sanctionner quelques-unes. Cela à

(96) Art. loi 16 nov. 2001 cf infra.

(97) Cass. Crim. 8 oct. 1991 RJS 1992 n° 50.

(98) Lanquetin M.-T., Dr. Ouv. 2001.186 ; Laurence Peru-Pirotte, préc.

(99) Michel Miné, Le nouveau regard des juges français sur l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes Dr. Ouv. 1998.1 ; Henri Peschaud, Dr. Ouv. 1998.13.

(100) S. Robin-Olivier, Le principe d'égalité en droit communautaire étude à partir des libertés économiques, th Aix-Marseille PUAM 1999.

(101) Pierre-Yves Verkindt, L'application du principe d'égalité de traitement aux travailleurs précaires Dr. Soc. 1995.870 ; CJCE 26 sept. 2000 Dr. Ouv. 2000.542 Katell Berthou.

(102) Art. 119 traité ; CJCE 27 mai 2000 Dr. Ouv. 2001.25 n. Francis Kessler.

(103) Philippe Martin, L'égalité des sexes en droit (français) du travail : un principe en constante évolution Dr. Ouv. 1996.441.

(104) Art. L. 140-2 C. Tr.

(105) Michel Miné, A propos de l'égalité de traitement entre hommes et femmes : discrimination en matière de rémunérer action et nullité du licenciement obs. sous Cass. soc. 28 nov. 2000, Cass. soc. 19 déc. 2000, CPH Tarbes 23 avr. 1998 Dr. Ouv. 2001.116.

(106) Rachel Saada, Dr. Ouv. 2001.207 ; Franceline Lepany, A travail égal salaire égal Dr. Ouv. 2001.201.

(107) Cass. soc. 15 déc. 1998 Dr. Ouv. 1999.170, H. Peschaud.

(108) CJCE 8 nov. 1990 Dr. Ouv. 1991.105 n. Francis Kessler.

(109) Entre autres Art. 123-1 C. Tr. ; art. 122-45 C. Tr. ; art 140-2 C. Tr.

(110) Voir les études citées en note 1.

(110 bis) Voir CA Paris 18^e ch. D 29 janv. 2002 ci-après p. 311.

(111) Art. L. 122-45 Code travail.

tous les stades de la conclusion (a) de l'exécution (b) et de la fin du contrat de travail (c). C'est d'ailleurs ce dernier domaine qui, a donné le plus souvent lieu à des contentieux. Il est vrai qu'après le licenciement le salarié concerné ne craint plus de mesures de rétorsion s'il attaque son employeur devant les tribunaux.

a) Conclusion du contrat de travail

• Embauche

La liberté contractuelle est considérée comme un principe constitutionnel, comme la liberté d'entreprendre qui implique le libre choix par l'employeur de ses collaborateurs (112), du moins en l'absence de discrimination (113). Cette disposition a jusqu'à présent donné lieu à peu de contentieux. Ce n'est pas que de telles discriminations n'existent pas. Mais plus simplement que les actions judiciaires destinées à les établir et à les sanctionner sont peu nombreuses. La preuve est difficile et les sanctions finalement obtenues ne sont pas toujours à la hauteur de la gravité des faits. On connaît cependant quelques exceptions dues à des employeurs maladroits, comme celui qui avait clairement indiqué dans une lettre adressée à une candidate à un emploi dans son entreprise que le refus d'embauche était fondé sur la situation familiale de l'intéressée (114); ou provocateurs telle cette municipalité qui indiquait dans une note de service adressée aux directeurs que ceux-ci devaient, en cas d'embauche, donner la préférence à des candidats membres ou sympathisants du parti correspondant aux options politiques de la majorité municipale ou au moins "neutres" à son égard (115). Un tribunal a certes jugé que le texte du code qui interdit les discriminations (116) ne peut être étendue à la période d'essai laquelle ne constitue pas un licenciement (117). Un autre, il est vrai sur le fondement du Code pénal, et non de celui du Code du travail, a lui estimé que les dispositions du Code pénal (118) répriment notamment toute discrimination fondée sur des considérations raciales ou de nationalité, non seulement à l'occasion du licenciement d'un salarié titulaire d'un contrat de travail mais également lors de l'embauche laquelle ne revêt un caractère définitif qu'à l'expiration de la période d'essai. Dans ces conditions, il a été jugé que justifie sa décision la Cour d'appel qui condamne en application du texte précité un employeur qui, pendant la période d'essai a congédié un salarié au motif, expressément invoqué qu'il était de nationalité marocaine en lui

délivrant un certificat de travail mentionnant que l'intéressé a donné satisfaction dans son travail mais qu'en raison de sa nationalité il n'a pas été adopté par le personnel (119). Une autre juridiction a elle estimé que la rupture de la période d'essai par l'employeur pour un motif discriminatoire tiré de la prise en compte de l'état de santé (sida) constituait l'infraction pénale de discrimination et justifiait la condamnation de l'employeur à des dommages et intérêts pour la victime et à des dommages et intérêts pour l'association partie civile (120). La nouvelle loi a tranché le débat dans un sens favorable au salarié. Elle inclut la période d'essai, donc aussi sa fin, dans les moments pendant lesquels les discriminations sont interdites (121). On a vu aussi des discriminations à l'embauche fondées sur le sexe. Ainsi, le président d'une compagnie aérienne a été condamné car il avait écarté la candidature d'un homme à emploi "d'hôtesse navigante" au motif que la société recherchait uniquement du personnel féminin (122). Aussi sur la nationalité : se rend coupable du délit (123) le directeur d'une ANPE qui accepte d'enregistrer et de diffuser des offres d'emploi excluant tout demandeur d'origine nord africaine ou restreinte à des demandeurs de nationalité française (124). La publication de l'offre d'emploi assortie de telles conditions suffit à caractériser le délit. Ainsi, il convient de souligner que le délit est consommé par la seule offre d'emploi discriminatoire quels qu'en soient les effets, et même si le prévenu entend prouver qu'en tant que directeur d'une section départementale de l'ANPE il s'est attaché à limiter le comportement fautif des employeurs par les non-publication des offres discriminatoires qui lui avaient été transmises et qu'il avait enregistrées (125). De même tombe sous le coup de l'infraction (126) le prévenu chargé de l'embauche d'aides ménagères qui a été amené par ses fonctions, bien qu'il n'ait pas eu personnellement pouvoir de décisions – à participer au recrutement par la rédaction et la diffusion d'une note de service dont il a pris l'initiative en soumettant l'offre d'emploi à une condition fondée sur la non-appartenance à une ethnie ou à une race déterminée par la mention : "éviter le personnel de couleur" qui constitue non une simple recommandation mais une injonction d'avoir à ne pas présenter à l'embauche des candidats d'une ethnie ou une race déterminée ; ce faisant, le prévenu a eu conscience de contribuer à écarter les candidats de couleur ce qui constitue de sa part un acte de discrimination raciale (127).

(112) Cons. const. 20 juill. 1988 D. 1989 F. Luchaire ; sur la liberté d'entreprendre voir la contestable décision du Cons. constit. relative à la loi de modernisation sociale dans le numéro de février 2002 du Dr. Ouvr.

(113) Conv. OIT 111 Genève 25 juin 1958 applicable en France depuis le 28 mai 1982 liaisons sociales 1982 IS 5235.

(114) Marc Richevaux, Vie privée et refus d'embauche, Dr. Ouvr. 1980.391.

(115) TGI Toulon 5 mai 1998 Dr. Ouvr. 1998.421.

(116) Art. L. 122-45 C. Tr.

(117) CA Versailles 9 mai 1986 D. 1987.5 J.-P. Karaquillo.

(118) Article 416 3°) le code pénal repris par la suite à l'art. 225-1 ncp.

(119) Cass 14 oct. 1986 Bull. Crim. n° 287.

(120) TGI Chalons-sur-Marne 22 oct. 1997 Dr. Ouvr. 1999.71 n. Michel Miné.

(121) Cf infra.

(122) Trib. correc. Morlaix 20 janv. 1984 rev. fse dr aérien 1984.98 Tillet-Pretnar.

(123) L'art. 416 3°) du Code pénal.

(124) Cass. Crim. 18 juill. 1985 inéd.

(125) Cass. Crim. 30 janv. 1990 D. 1990 somm. 86.

(126) Article 416 3°) Code pénal prec.

(127) Paris 11e Ch. B 21 janv. 1988 D. 1988 IR 86 confirmé par Cass. Crim. 14 nov. 1989 dr. pen. 1990.129.

b) L'exécution du contrat

Elle aussi peut aussi donner lieu à des discriminations interdites, ainsi dans le cas d'une répartition des horaires de travail aboutissant à ce qu'une salariée (par ailleurs déléguée syndicale "bénéficiaire" de la tranche horaire la plus pénible (128). Aussi, par exemple en ce qui concernent celles fondées sur l'état de santé du salarié notamment, mais pas seulement, pour ceux atteints de sida (129). Mais il a été jugé que l'interdiction de travailler le dimanche ne constitue pas une discrimination à l'égard des femmes (130).

Les conditions de vie dans l'entreprise sont largement déterminées par le règlement intérieur ce qui explique la réglementation de celui-ci et des clauses qu'il peut contenir au regard de l'interdiction des discriminations.

- Règlement intérieur

Le Code du travail (131) prévoit que le règlement intérieur ne peut comporter de dispositions lésant les salariés en raison de leur sexe, leurs mœurs, leur situation familiale, leur origine, leurs opinions, leurs confessions, leur handicap ces dispositions n'ont, elles aussi, donné lieu jusqu'à présent qu'à peu de contentieux. On notera cependant une décision qui estime qu'une clause de règlement intérieur d'un établissement catholique qui exige de tout candidat à un emploi salarié dans cet établissement de manifester sa volonté de soutenir et défendre l'enseignement catholique implique un engagement personnel qui ne peut être demandé sans porter atteinte à la liberté de conscience (132). On notera aussi, ne serait-ce que pour la comparer aux exigences (qui nous paraissent démesurées) en la matière de certaines entreprises, spécialement certains cabinets d'audit, voire certaines start-up, cette décision qui rappelle qu'apporte une restriction excessive aux droits des personnes et aux libertés la clause interdisant pour des raisons d'ordre uniquement esthétiques le port du pantalon (133). Cette décision est à rapprocher d'un licenciement en raison du port d'un short (134). Mais la clause d'un règlement intérieur imposant le port d'une tenue de chantier comportant des vêtements de travail, un casque et des gants de manutention (135) peut être justifié par la

nature de la tâche à accomplir sans être disproportionnée au but de protection recherché. Ces mesures sont de nature à porter atteinte aux droits de tous les salariés et ne peuvent pas exister sans justifications précises; de plus elles doivent être appliquées de la même manière à tous les salariés qui sont dans la même situation. On notera aussi la nullité des stipulations d'un règlement intérieur réservant aux hommes la faculté de demeurer dans l'entreprise au-delà d'un âge déterminé (136). L'interdiction faite à un salarié d'accéder à certaines unités de l'entreprise en raison de ses liens familiaux avec le dirigeant d'une entreprise concurrente constitue une sanction prise en raison de sa situation familiale (137).

- Sanctions disciplinaires

S'il est interdit à l'employeur, à peine de nullité de la mesure, de pratiquer une discrimination au sens du Code du travail (138) il lui est permis dans l'exercice de son pouvoir d'individualisation des mesures disciplinaires et dans l'intérêt de l'entreprise de sanctionner différemment des salariés qui ont participé à une même faute (139). Mais ce comportement doit être exempt de toute discrimination. Ainsi, dans le cas d'une grève, l'absence de toute sanction des autres salariés qui avaient participé à des faits de même nature permet de retenir que l'unique salarié sanctionné a été l'objet de mesures discriminatoires, ce qui justifie la nullité de la sanction prononcée à son égard (140).

- Discrimination fondée sur l'état de santé

Le principe de son interdiction est formulé dans une convention OIT (141) applicable en droit français (142). Il a donné lieu à des applications (143) mais c'est surtout en matière de licenciement que l'on a vu surgir un contentieux relatif à ces questions et intervenir quelques condamnations.

c) Licenciement

Le juge doit rechercher si, au-delà du motif allégué, ne se cache pas une cause de nature discriminatoire, voire un harcèlement (144). Ainsi des licenciements fondés sur des motifs discriminatoires tels l'origine, le sexe, les mœurs, l'état de santé (145), la maladie (146), la

(128) Pour un exemple de discrimination syndicale dans la répartition des horaires de travail obs. Michel Miné sous TGI Créteil 1re Ch. 20 janv. 2000 Dr. Ouv. 2000.463.

(129) Miné (M.), Charles (D.), Dr. Ouv. 1997.365.

(130) Pour un exemple d'une jurisprudence constante Cass. Crim. 26 mai 1998 Dr. Ouv. 1998.455.

(131) Art. L. 122-35 C. Tr.

(132) TA Nantes 22 oct. 1982 D. 1983.496 A. Seriaux.

(133) Paris 7 juin 1990 JCP ed E 1991 191 A. Chevillard; sur la question voir les obs. de F. Saramito au Dr. Ouv. de mai 2002 p. 204; M. Carles "Les contraintes vestimentaires au travail" RPDS 2002 p. 87; CA Poitiers 14 nov. 1973 Dr. Ouv. 74 p. 49 n. M. Boitel.

(134) Conseil prud'hommes Rouen 30 août 2001 Dr. Ouv. 2001.394, n. Pascal Moussy; décision d'appel à paraître au Dr. Ouv.

(135) CE 16 déc. 1994 dr. trav. 1995 n° 3 p. 10 § 104.1.

(136) Cass. soc. 7 déc. 1993 JCP 1995 ed E II 647 J.-J. Seret.

(137) Cass. soc. 10 fév. 1999 TPS 1999 comm 134.

(138) Art L. 122-45 C. Tr.

(139) Cass. soc. 15 mai 1991 2 esp. Dr. Soc. 1991.624 Rapp. Wacquet, concl. P. Franck, Dr. Ouv. 1991.464 Pascal Moussy Cass. soc. 29 janv. 1992 CSBP 1992 A3 Cass. Soc. 1er fév. 1995 dr. trav. 1995 n° 3 p. 10 § 105.1 Dubouef.

(140) La nullité de la sanction ne frappant qu'un seul gréviste sur l'ensemble de ceux auxquels les mêmes faits pouvaient être reprochés CA Caen 3e ch. 9 sept. 1991.

(141) Conv. OIT 22 juin 1982 qui interdit les discriminations en raison de l'état de santé, Dr. Ouv. 1990 p. 478.

(142) Daniel Charles et Michel Miné, Dr. Ouv. 1997.365.

(143) Cass. soc. 28 janv. 1998 Dr. Soc. 1998.406, obs. A. Mazeaud RJS 2/98 87 rapport S. Bourgeot.

(144) Cass. soc. 4 mai 1994 Dr. Soc. 1994.720.

(145) CPH Poissy ref juge dep. 16 juill. 1991 Dr. Ouv. 1992.194, n. P. Moussy.

(146) CPH Metz 7 juill. 1997 Dr. Ouv. 1998.71, A. de Senga.

participation à une grève ont été l'occasion de condamnations d'employeurs.

Origine

Les juges ont eu l'occasion d'indiquer qu'il résulte du préambule de la constitution (147) et du Code du travail (148) que : "nul ne peut faire l'objet de mesures discriminatoires en raison de son origine" (149) et qu'il appartient au juge de rechercher si, comme le soutient le salarié, il n'a pas été licencié en raison de sa nationalité étrangère (150).

Race

Elles sont aussi interdites ce qui en pratique ne les empêche d'être fréquentes sur le marché du travail (151).

Sexe

Le principe est qu'aucun salarié ne peut être licencié en raison de son sexe et il convient donc d'admettre que si un employeur supprime sans aucun motif objectif un emploi spécifiquement féminin c'est uniquement à raison de son sexe que la titulaire de cet emploi est licenciée (152). Ces dispositions doivent s'articuler avec celles qui existaient déjà dans le but de lutter contre les discriminations sexistes. Ce qui est de nature à créer une situation de concours d'infraction.

Mœurs

Les textes interdisent à l'employeur de congédier un salarié fut-il sacristain et homosexuel, sur le seul motif tiré de ses mœurs (153).

Situation de famille

De même, aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié en raison de sa situation de famille étant précisé que le code ne distingue pas selon le lien matrimonial et/ou familial (154). Ce qui interdit le licenciement d'un salarié reposant sur un lien de filiation l'unissant à un autre salarié de l'entreprise (155). De même, si l'employeur est maître, sous réserve de consultation des représentants du personnel, de fixer l'ordre des licenciements (156) cela ne l'autorise pas à utiliser des critères de choix des salariés à licencier qui auraient pour effet de faire échec à des dispositions légales protectrices ou de constituer des discriminations

interdites. Ce qui est le cas lorsque les salariés en congé parental d'éducation sont désignés comme les premiers à licencier. Ce qui constitue une discrimination en fonction de la situation familiale (157). La sanction étant la nullité du licenciement prononcé en raison de la situation de famille de l'intéressé (158).

Licenciement en raison de l'état de santé

L'employeur ne peut envisager de rompre le contrat de travail du salarié déclaré inapte à son poste de travail en raison de l'impossibilité de le reclasser que si l'inaptitude a été constatée par le médecin du travail (159) et dans les conditions prévues par le code (160). Le licenciement prononcé en méconnaissance de ces dispositions est nul (161). De même, est nul le licenciement d'un salarié fondé sur son classement en invalidité sans que le médecin du travail ait été appelé à se prononcer sur l'inaptitude médicale au poste de travail (162). La discrimination peut aussi résulter du non respect des nombreuses règles relatives à l'égalité de traitement.

Grève

Dans le cas d'une succession d'entreprise (163), la sélection des salariés repris par le cessionnaire en fonction de leur activité syndicale ou de leur participation à la dernière grève, établie par des entretiens d'embauche non neutres menés par le reprenneur en fonction de la participation des intéressés à cette dernière grève et comportant des questions en rapport avec cette celle-ci constitue une discrimination à l'égard des grévistes. Ce qui justifie l'annulation des procédures d'embauche et la condamnation du cessionnaire à des dommages et intérêts alloués aux demandeurs et au syndicat partie civile car elle constitue une discrimination (164). Si les textes consacrent largement le principe du droit à l'égalité de traitement et si les tribunaux ont déjà eu l'occasion de parfois sanctionner des cas de discrimination, le dispositif s'avère insuffisant pour les appréhender tous d'où l'apparition d'une nouvelle loi.

C) La loi nouvelle

C'est essentiellement sur ces autres types de discriminations que porte la nouvelle loi (165).

(147) Préambule de la constitution de 1946 repris par celle de 1958.

(148) Art. L. 122-45 ct.

(149) Cass. soc. 10 fév. 1998 TPS 1998 comm. 119.

(150) Cass. soc. 8 avr. 1992 Dr. Ouv. 1992.380.

(151) Lutte contre les discriminations raciales sur le marché du travail circ. DGEF n° 98-36 du 21 oct. 1998, Dr. Ouv. 98 p. 543.

(152) Cass. soc. 9 juin 1998 TPS 1998 comm. 273.

(153) Paul Bouaziz, Vie privée et cause réelle et sérieuse de licenciement Dr. Ouv. 1991.201.

(154) Cass. soc. 1^{er} juin 1999 TPS 1999. comm. 340.

(155) Cass. Soc. 1^{er} juin 1999 prec.

(156) Art. L. 321-1 C. Tr. ; Francis Saramito, L'ordre des licenciements Dr. Ouv. 1994.211.

(157) Cass. soc. 7 oct. 1992, Dr. Ouv. 1993.61.

(158) Cass soc 1^{er} juin 1999 Dr. Ouv. 1999.290, n. Darves-Bornoz.

(159) Henri Peschaut, Le licenciement du salarié en raison de son état de santé et les prérogatives du médecin du travail Dr. Ouv. 1996.108.

(160) Art. R. 241-51-1 ct. ; Cass. Soc. 20 nov. 2001 Dr. Ouv. mai 2002 p. 214 n. M. Bonnechère.

(161) Cass. soc. 16 fév. 1999 TPS 1999 comm. 129 ; Cass. soc. 16 juill. 1998 TPS comm. 355, Dr. Soc. 1998.877 obs. S. Bourgeot ; CA Paris 18e Ch 28 fév. 1997 Dr. Ouv. 1997.351 A. de Senga.

(162) Cass. Soc. 13 janv. 1998 TPS 1998 comm. 73. Py. Verkindt ; CPH Poissy 16/07/91 Dr. Ouv. 1992.194, n. Moussy Pascal.

(163) Art. L. 122-12 C. Tr.

(164) Pascal Moussy obs sous CPH Paris ref juge dep 30 mars 1999 Dr. Ouv. 1999.466.

(165) Loi n° 2001-1066 16 nov. 2001 ; JO 17 nov. 2001 JCP 2001 III 20586.

Le dispositif légal destiné à lutter contre les discriminations a été élargi par la loi. Ce qui est en même temps une excellente chose mais aussi un aveu de l'impuissance à lutter efficacement contre les discriminations avec les règles existantes. A l'origine, contenues dans le projet de loi de modernisation sociale, les nouvelles dispositions destinées à améliorer la lutte contre les discriminations en ont été retirées pour être reprises dans le cadre d'une proposition de loi spécifique. Est-ce à dire que des relations de travail modernisées s'accroissent fort bien de l'existence de discriminations non sanctionnées? A moins que le législateur n'ait estimé qu'il y avait urgence à mettre en place un nouveau dispositif pour lutter contre des comportements qui, malgré un arsenal législatif déjà important pour les sanctionner, paraissent plus en augmentation qu'en régression.

La raison du renforcement de l'arsenal législatif en la matière doit être recherchée dans trois directions :

- 1) l'existence de cas de discrimination de plus en plus en plus fréquent sur les lieux de travail (166),
- 2) l'obligation d'intégrer dans le droit français la directive européenne (167) relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race (168) ou d'origine ethnique,
- 3) l'exemple des pays européens qui, dans leur majorité ont renforcé leurs moyens de lutte contre la discrimination (169).

Ce durcissement de la loi s'effectue par l'utilisation de deux moyens essentiels : l'élargissement de la notion de discrimination punissable (1) et l'amélioration du dispositif procédural (2).

1) Élargissement de la notion de discrimination

La lutte contre les discriminations susceptibles d'exister dans les relations de travail était déjà présente dans le Code du travail dont un article interdisait certaines discriminations (170). Celui-ci était ainsi rédigé : *"aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement, aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié en raison origine, de son sexe, de ses mœurs, de sa situation de famille, de son appartenance à une ethnie, une nation, ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, ou, sauf inaptitude constatée par le médecin du travail dans le cadre du titre IV du livre II du présent code, en raison de son état de santé ou de son handicap.*

Aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié en raison de l'exercice normal du droit de grève.

Toute disposition ou tout acte contraire à l'égard d'un salarié est nul de plein droit".

Ce texte pourtant déjà bien large s'est avéré insuffisant au point qu'il a été nécessaire de le compléter et d'améliorer sa rédaction qui vise désormais toute la vie de travail depuis la procédure de recrutement jusqu'au licenciement et indique un certain nombre de discriminations, *les plus fréquentes*, qui sont clairement et expressément interdites (171) par un texte. Il n'y a plus guère que la discrimination en fonction du lieu de résidence qui ne soient pas envisagées explicitement par le nouveau texte, mais comme cette énumération est précédée de l'adverbe *"notamment"* celles qui ne sont mentionnées expressément dans le texte sont elles aussi interdites. Le nouveau texte prévoit donc que : *"aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné ou 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 promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son âge, de sa situation de famille, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son patronyme ou, sauf inaptitude physique constatée par le médecin du travail dans le cadre du titre IV du livre II du présent code, en raison de son état de santé ou de son handicap*

Aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire visée à l'alinéa précédent en raison de l'exercice normal du droit de grève.

Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet de mesures discriminatoires pour avoir témoigné des agissements définis aux alinéas précédents ou pour les avoir relatés.

En cas de litige relatif à l'application des alinéas précédents le salarié concerné ou le candidat à un recrutement, à un stage ou à une période de formation en entreprise présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.

(166) GELD groupe d'étude et de lutte contre les discriminations, le recours au droit dans la lutte contre les discriminations oct. 2000.

(167) Directive UE du 29 juin 2000.

(168) Philippe Bataille, Le racisme au travail, La Découverte.

(169) Sur ce point on trouvera des informations sur le site web de l'union [http://: www.europa.eu](http://www.europa.eu).

(170) Art. L. 122-45 anc. C. Tr. (antérieur à la loi du 16 nov. 2001).

(171) Art. L. 122-45 C. Tr. dans sa rédaction issue de la loi du 16 nov. 2001 préc.

Toute disposition ou acte contraire à l'égard d'un salarié est nul de plein droit".

En pratique, à la lecture du texte on ne voit plus de comportements discriminatoires susceptibles d'échapper à la sanction pénale qui demeure la même que celle prévue par l'ancien texte soit 1 an d'emprisonnement et/ou 3750 € d'amende (172). Ainsi en est-il par exemple de la discrimination en fonction du lieu de résidence dont sont victimes les habitants de certains quartiers "sensibles" qui, si elle n'est pas expressément mentionnée dans le texte de la loi, est condamnable. Son absence dans le texte ne serait-elle pas une volonté du législateur de nier son existence ? Désormais l'ensemble de la relation de travail et toute la carrière de l'intéressé du recrutement, période d'essai comprise, au licenciement devra être exempte de mesures discriminatoires. Cela vise par exemple l'accès à un stage, à une formation, et aussi la rupture d'une période d'essai. Sous l'empire de l'ancien texte un tribunal avait jugé le contraire en arguant du fait que la rupture d'une période d'essai n'est pas un licenciement (173). Cette jurisprudence est condamnée par le nouveau texte de loi. Il prévoit qu'il sanctionne aussi les mesures discriminatoires qui peuvent frapper un salarié pendant toute sa vie de travail que ces mesures portent sur la rémunération, la formation, le reclassement, l'affectation, la qualification, la classification, la promotion professionnelle, la mutation et le renouvellement de contrat ou d'autres mesures en sa défaveur qu'il peut subir dans le cadre de sa vie de travail ou de l'exécution de ses fonctions dès lors qu'elles sont fondées sur une discrimination. En effet l'énumération faite par le texte s'avère suffisante pour pouvoir couvrir tous les moments de la vie de travail de l'intéressé. Cela que la mesure discriminatoire apparaisse de manière directe ou indirecte (174). Une telle formule vise à sanctionner les mesures de discriminations indirectes, celles, insidieuses, qui existent mais n'apparaissent pas toujours immédiatement, par exemple un retard de carrière comme ceux fondées sur la prise en compte – illicite – de l'appartenance et/ou de l'activité syndicale mais de telles mesures peuvent aussi exister en étant fondées sur d'autres types de discriminations. La difficulté est d'en faire la preuve.

La loi étend les raisons de la discrimination en fonction du sexe à celle relative à l'origine sexuelle (175). Elle vise aussi l'apparence physique, ce qui pourrait permettre de remettre en cause des décisions prises en considération du physique des personnes concernées et aussi les exigences démesurées et non fondées de certaines entreprises en matière de tenue

vestimentaire, le patronyme, ce qui vise à empêcher certains comportements, que l'on a connu et qui ont été rapportés par la presse, d'entreprises qui sélectionnent les candidats sur la base de la consonance du nom de famille des intéressés, l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie une nation ou une race. Ce qui signifie que la discrimination est interdite à l'égard d'une personne qu'elle soit effectivement membre de l'une des communautés envisagées ou que bien qu'elle ne le soit pas elle soit traitée comme si elle y appartenait. Le nouveau texte (176) précise que : *"les différences de traitement fondées sur l'âge, ne constituent pas une discrimination, lesquelles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un objectif légitime, notamment par des objectifs de politique de l'emploi et, lorsque les moyens de réaliser ces objectifs sont appropriés et nécessaires"*. Cette formulation vise à permettre de ne pas considérer comme de la discrimination à l'égard des jeunes les contrats atypiques (177) qui, sous prétexte de leur permettre l'accès à l'emploi, les maintiennent dans la précarité (178). Il n'est pas certain que la CJCE se laisse facilement convaincre par le caractère justifié de ce qui se traduit par une inégalité de traitement fondée sur l'âge et sans réelle justification. La pratique montrant que les dispositifs en question mis en place au nom de l'emploi se résument à des dérogations au droit commun (exemple "emploi" jeunes (179)) qui ont comme résultat essentiel le sous emploi ou la précarité et la réduction du coût de la main d'œuvre juvénile sans permettre aux intéressés un accès réel à de vrais emplois. Ces différences ont parfois une réelle justification de protection des intéressés et peuvent notamment consister en : 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 ; la fixation d'un âge maximum pour le recrutement, fondées sur la formation requise pour le poste concerné ou la nécessité d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite. La sanction des discriminations interdites passe par une action en justice qui n'est pas toujours facile à mener par la victime elle-même et par leur preuve ce qui est bien souvent le plus difficile. C'est pourquoi le nouveau texte améliore les règles de procédure permettant d'aller de la discrimination à sa sanction.

2) Procédure

Pour permettre d'aller plus facilement du fait de discrimination à sa sanction le nouveau texte facilite les conditions de sa preuve (a) et se préoccupe aussi d'améliorer les règles de procédure permettant d'aller de la constatation de l'infraction à sa répression notamment mais pas seulement par l'augmentation du

(172) Combinaison des art. L. 122-45 C. Tr., L. 123-1 et L. 152-1-1 C. Tr.

(173) CA Versailles 9 mai 1986 D. 1987.5 Karaquillo prec.

(174) Art. L. 122-45 al. 1 C. Tr.

(175) Réf. à l'art. 13 du traité d'Amsterdam 2 oct. 1997.

(176) Art. L. 122-45-3.

(177) Marc Richevaux, La montée en puissance des contrats atypiques, dans "Culture et comportement économique" sous la direction de Roland Granier Puam 2000.

(178) Simone Ballet, La réforme de l'apprentissage : nouvelle étape vers la précarisation Dr. Ouv. 1988.493 ; Simone Ballet, TUC, SIVP : Chômage emploi en alternance pour les jeunes Dr. Ouv. 1985.417.

(179) Gilles Seraud, Le contrat jeune : l'invention du contrat de travail à durée indéterminée affecté d'un terme Dr. Ouv. 1999.179.

nombre des titulaires de l'action en justice permettant la mise en œuvre des poursuites puisque le texte autorise, dans certaines conditions, les syndicats et certaines associations à mettre en œuvre les procédures judiciaires nécessaires pour aboutir à la sanction des faits de discrimination celles-ci n'étant plus réservées à la seule victime (b).

a) Aménagement de la charge de la preuve : le déplacement de la charge de la preuve

Désormais en cas de litige il appartient au salarié qui s'estime victime de discrimination, de présenter les éléments de faits laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. L'employeur doit alors apporter la preuve que sa décision est justifiée par des éléments objectifs, étrangers à toute discrimination (180). Cette disposition s'inspire de la jurisprudence déjà dégagée par la Cour de cassation (181) à la suite de celle de la Cour de justice des communautés européennes. Elle va toutefois au-delà de la directive européenne (182) selon laquelle : *"dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établi devant une juridiction ou une autre instance compétente des faits qui permettront 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"* mais elle ne va pas jusqu'au renversement de la charge de la preuve qui en ce domaine est le seul moyen vraiment efficace d'obtenir l'application réelle du texte voté. Mais le Conseil constitutionnel aurait vraisemblablement vu dans une disposition de cette nature une atteinte au principe de la présomption d'innocence reconnu par la constitution (183). Elle se limite à déplacement de la charge de la preuve (184). Il n'en reste pas moins que les textes du Code de procédure pénale donne aux juges de grands pouvoirs qu'ils n'utilisent pas assez et qui sont de nature à leur permettre d'établir les faits de discriminations allégués. En cette matière le juge d'instruction dispose de pouvoirs d'investigations importants et efficaces (185) mais on a rarement recours à lui pour ce type d'affaires. Il est important que les victimes de ces pratiques demandent aux juges d'user de la totalité des pouvoirs dont ils disposent. Il en est de même en ce qui concerne les conseillers prud'hommes qui devraient user plus souvent qu'ils ne le font des mesures d'instruction (186) que le code les autorise à effectuer. La preuve des faits passe aussi largement par les témoignages de membres de l'entreprise mais ceux-ci par crainte de mesures de rétorsion de la part de l'employeur risquent souvent d'hésiter à les fournir c'est pourquoi, comme en matière

de harcèlement les salariés qui accepteront de témoigner en justice à propos de tels faits bénéficieront d'une protection.

– Mesures en faveur du salarié témoin

Il est prévu, par parallélisme avec la solution prévue en matière de harcèlement (187), qu'aucun salarié ne peut être sanctionné ni licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné de discrimination prohibée ou pour les avoir dénoncés (188) ; sur ce point sa situation est la même que celle du salarié licencié en raison d'une action en justice engagée contre une mesure discriminatoire, il bénéficie de la nullité du licenciement.

– Nullité du licenciement

Le texte (189) met en place un dispositif de réintégration "de droit" au profit d'un salarié licencié en raison d'une action en justice engagée par lui ou une organisation syndicale en sa faveur contre une mesure discriminatoire ou de celui qui a accepté de témoigner de tels faits. Est-on sûr qu'il la souhaitera ? En cas de refus de réintégration du salarié le Conseil de prud'hommes doit, c'est donc une obligation, lui accorder une indemnité qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois, si elle ne peut être inférieure rien n'interdit qu'elle soit supérieure.

Le préjudice moral causé par la mesure peut être évalué par la victime à un montant bien supérieur à ce chiffre (190) plus une indemnité correspondant à l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement. Ce n'est que si les tribunaux prononcent régulièrement et souvent des condamnations d'un montant largement supérieures à six mois de salaires que la loi interdisant les licenciements discriminatoires aura un sens.

b) Aménagement des règles de procédure

Pour passer des faits à leur sanction plusieurs étapes sont nécessaires ; la première est la constatation des faits, puis vient ensuite la mise en œuvre des procédures judiciaires, par le Procureur de la République (la victime, n'est pas toujours en situation de le faire elle-même), puis vient le prononcé de la sanction. La nouvelle loi donne de nouvelles prérogatives aux inspecteurs du travail qui seront ainsi mieux à même de constater les infractions de discrimination et aux syndicats et associations qui pourront efficacement seconder et/ou suppléer la victime qui souvent hésitera à agir elle-même dans le déclenchement de l'action en justice indispensable pour aboutir à la condamnation de l'auteur des faits.

(180) Art. L. 122-45 al. 4 ct.

(181) Cass. Soc. 28 mars 2000 Fluchère et autres c/ SNCF JCP 2001 IV 1900, Dr. Ouv. 2000 p. 176, Cass. soc. 20 juin 2001 Raude c/ Sté Publi-Pharm et a.

(182) Art. 8 directive de 2000/431 du 29 juin 2000.

(183) Déclaration des droits de l'homme, art. 7 ; voir B. Mathieu, Dr. Ouv. fév. 2002.

(184) M.-T. Lanquetin, Dr. Ouv. mai 2001.186.

(185) Chambon, Le juge d'instruction, Dalloz manuel de droit usuel.

(186) Marc Richevaux, Les mesures d'instruction Dr. Ouv. mai/juin 1987.

(187) Art. L. 122-46 C. Tr.

(188) Art. L. 122-45 al. 3.

(189) Art. L. 122-45-2 C. Tr.

(190) Art. 1382 Code civil.

– Constatation des infractions : nouvelles prérogatives des inspecteurs du travail

Les inspecteurs du travail ont une mission générale de constatation des infractions au droit pénal du travail (191), ce qui inclue les constatations en matière de discriminations. Les nouveaux textes (192) étendent clairement la mission des inspecteurs du travail à la constatation des infractions en matière de discrimination et leur donne des moyens juridiques leur permettant d'assumer cette tâche, puisqu'il est prévu qu'afin d'exercer leur mission les intéressés peuvent se faire communiquer, tous documents ou tout élément d'information, quel qu'en soit le support, ce qui comprend bien sur les supports classiques exemples fichiers manuels mais aussi tous ceux que permettent les nouvelles technologies (193) utiles à la constatation d'une discrimination (194). Ceci élargit considérablement leurs possibilités d'investigations puisqu'en principe, sauf dans le cas particulier de certaines infractions telles par exemple le marchandage (195), le travail dissimulé (196), ils ne peuvent se faire présenter que les seuls livres registres et documents rendus obligatoires par le Code du travail ou par une disposition légale ou réglementaire relative au régime du travail, ce qui exclut les fiches d'appréciation des salariés, or c'est bien souvent là que se trouvent les éléments susceptibles de faire apparaître les comportements de discrimination (197). Ils y auront désormais accès. Compte tenu de l'ampleur de la tâche les moyens en effectifs et en matériel suivront-ils l'extension des moyens juridiques ?

Une fois l'infraction constatée par procès-verbal, celui-ci devra être transmis au parquet (198) qui pourra poursuivre l'infraction mais n'en a aucunement l'obligation (199). Pour pallier son éventuelle inertie on pense au déclenchement de l'action par la victime elle-même, ou par d'autres, dans les cas où elle n'est pas en situation de le faire. C'est pourquoi la loi en ce domaine prévoit la possibilité d'agir pour les syndicats et associations mais pour ces dernières seulement avec l'accord de la victime qui risque en pratique d'être bien difficile à obtenir.

– Action de la victime

Certes la victime de tels agissements peut bien sur déclencher elle-même l'action civile correspondante (200).

– Action des syndicats

Les syndicats tiennent du code (201) le droit d'agir dans l'intérêt collectif de la profession (202), y compris devant les juridictions pénales ce qui présente souvent un grand intérêt dans la lutte contre les discriminations (203).

En cas d'infraction, ils bénéficient du droit de déclencher de l'action civile devant les tribunaux répressifs (204), ce qui comprend aussi le juge d'instruction. Compte tenu des pouvoirs d'investigations dont il dispose le recours à celui-ci dans ce domaine pourra souvent se révéler bien utile. La loi augmente les prérogatives des syndicats qui leur permettaient déjà d'agir en justice dans ce domaine. Désormais les syndicats représentatifs au niveau national, départemental pour ce qui concerne les départements d'outre-mer ou dans l'entreprise peuvent exercer les actions en justice en lieu et place des salariés victimes de discriminations, sans avoir à justifier d'un mandat de l'intéressé, pourvu que celui-ci ait été averti, par écrit, et ne s'y soit pas opposé dans un délai de 15 jours à compter de la date à laquelle l'organisation syndicale lui a notifié son intention (205). Des dispositions semblables existent en matière de travail temporaire (206), de contrat à durée déterminée (207), ou de licenciement économique (208). Leur efficacité est relative (209). Les condamnations prononcées à ce titre sont encore peu nombreuses. Nous ne pouvons que conseiller aux syndicats d'être plus offensifs qu'ils ne l'ont été jusque-là. Il faut aussi rappeler que l'action de substitution ne fait pas disparaître l'action propre du syndicat dans l'intérêt collectif de la profession (210) que celui-ci peut donc engager en complément de celle faite au nom du salarié ou en cas de refus de celui-ci de laisser le syndicat agir à sa place.

(191) Ph. Auvergnon, Contrôle étatique, effectivité et ineffectivité du droit du travail Dr. Soc. 1996.598 ; J. de Claussade, Communication des documents et pièces par les inspecteurs du travail concl sous CE 24 fév. 1988 Dr. Soc. 1989.326 ; D. Fabre, Les publicités obligatoires en droit du travail dr. trav. hors série 1994.27 ; J.-H. Robert, La répression Dr. Soc. 2000.953 ; B. Sihol, L'inspection du travail et le choix de l'action pénale Dr. Soc. 200.959 ; F. Zapata, L'inspection du travail dans le secteur public Dr. Soc. 1994.1002 ; Montcharmont, Mon travail est une mission Dr. Ouv. 1992.439.

(192) Combinaison des art. L. 611-1 ; L. 611-9 complété par la loi du 16 nov. 2001.

(193) Mihail Calciu, Eric Vernier, Marc Richevaux, Travail et nouvelle économie, préc.

(194) Art. L. 611-9 C. Tr. dans sa rédaction issue de la loi du 16 nov. 2001.

(195) Art. L. 125-1 et s C. Tr.

(196) Art. L. 324-9 et s C. Tr.

(197) Cass. Crim. 17 mars 1992 JCP 1993 ed E II 385 O. Godard.

(198) Art. 40 cpp.

(199) Art. 1 cpp qui pose le principe de l'opportunité des poursuites.

(200) Art. 2 cpp.

(201) Art. L. 411-11 C. Tr.

(202) Maurice Cohen, La notion d'intérêt collectif de la profession l'action en justice des syndicats RPDS 1990.177.

(203) Michel Miné obs. sous TA Besançon 7 déc 1995, CA Besançon correc. 8 fév. 1996, Dr. Ouv. 1996.209.

(204) Michel Scheidt, L'action syndicale devant les tribunaux RPDS 1995.295 ; Y. Mayaud, Les recours au juge répressifs, Dr. Soc. 1987.510.

(205) Art. L. 122-45-1 C. Tr.

(206) Art. L. 124-20.

(207) Art. L. 122-3-16 C. Tr.

(208) Art. L. 321-15.

(209) H. Peschaud, Le droit de substitution et les garanties des salariés, Dr. Ouv. 2000 p. 478.

(210) Art. L. 411-11 C. Tr.

- Action des associations

Si l'action en justice des syndicats repose sur un principe de non-opposition du salarié, celle des associations est aussi possible mais suppose son accord, qui bien souvent risque d'être fort difficile à obtenir, ce qui enlève une grande partie de son intérêt au nouveau dispositif légal. Les associations régulièrement constituées depuis 5 ans au moins pour la lutte contre les discriminations peuvent exercer toutes actions qui naissent du code (211) en vue de lutter contre les infractions de discrimination sous réserve qu'elles justifient d'un accord écrit de l'intéressé. Celui-ci peut toujours intervenir à l'instance engagée par l'association et y mettre un terme à tout moment (212). Il ne reste plus qu'à espérer que les tribunaux saisis de telles actions prononcent des peines à la hauteur de la gravité des faits. Une réponse affirmative n'est pas certaine. C'est peut être pour cela que le législateur a prévu un important dispositif destiné à prévenir la réalisation des infractions en la matière.

c) Les dispositifs préventifs

Le Code du travail (213) prévoyait déjà que le délégué du personnel, lorsqu'il constate une atteinte aux droits des personnes et aux libertés individuelles (214) qui ne serait pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnée au but recherché, doit en saisir l'employeur lequel, après enquête doit intervenir pour remédier à cette situation ; en cas de carence de l'employeur ou de désaccord de sa part le délégué peut saisir la juridiction prud'homale statuant en référé, si le salarié concerné alerté ne s'y oppose pas. Le juge peut alors ordonner toutes mesures propres à faire cesser cette atteinte et assortir sa décision d'une astreinte liquidée au profit du trésor. Ce texte a jusqu'ici donné lieu à fort peu de décisions jurisprudentielles (215). Malgré ce succès pourtant très relatif, la loi étend les pouvoirs des délégués du personnel dans le cadre de leur droit d'alerte concernant les atteintes aux droits des personnes ou aux libertés individuelles à celles résultant notamment des mesures discriminatoires (216).

- Nouvelles obligations en matière de règlement intérieur

Dans le même esprit, et par parallélisme avec les nouvelles obligations prévues au texte (217) en matière de sanction, la loi dispose que le règlement intérieur ne peut comporter de dispositions lésant les salariés en

raison de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leur apparence physique de leur patronyme (218).

- Obligation d'envisager la lutte contre les discriminations dans la négociation collective

L'objectif de la loi est ici d'intégrer la lutte contre les discriminations dans la négociation collective. Afin d'être étendue la convention collective de branche doit désormais comporter des dispositions concernant l'égalité de traitement entre salariés (219) et le nouveau texte précise que celle-ci doit s'entendre sans considération d'appartenance à une ethnie, une nation ou une race (220). La commission nationale de négociation collective est chargée de suivre l'application dans les conventions collectives du principe d'égalité de traitement (221).

- Irrecevabilité des listes présentées par une organisation politique prônant des discriminations aux élections prud'homales

Dans le même esprit de prévention, le code (222) prévoit que les candidatures déposées en préfecture pour les élections prud'homales ne sont pas recevables si elles sont présentées par un parti politique ou une organisation prônant des discriminations et poursuivant ainsi un objectif étranger à l'institution prud'homale (223). Cette disposition est à rapprocher d'un arrêt de la Cour de cassation (224) suivant lequel un syndicat ne peut poursuivre de tels objectifs. Afin de contrôler la validité des listes présentées lors des élections prud'homales le code (225) dispose que les contestations relatives à la régularité à la recevabilité des listes de candidats à l'élection de conseillers prud'hommes ainsi qu'à la régularité des opérations électorales sont portées devant le Tribunal d'instance avant ou après le scrutin par tout électeur ou mandataire d'une liste relevant du Conseil de prud'hommes pour lequel la contestation est formée, par le Préfet ou le Procureur de la République dans des conditions fixées par décret en conseil d'état. Espérons qu'il interviendra rapidement. De même pour le service téléphonique destiné à aider les victimes dont la création est prévue par la loi et dont les coordonnées devront être affichées dans les entreprises privées et administrations publiques (226).

(211) Art. L. 122-45-1 C. Tr.

(212) Art. L. 122-45-1 al. 2.

(213) Art. L. 422-1-1 C. Tr.

(214) J. Grinsnir, Les dispositions nouvelles relatives au recrutement individuel et aux libertés individuelles Dr. Ouv. 1993.328.

(215) Cass. soc. 10 déc. 1997 Dr. Ouv. 1998.224 n. F. Saramito ; Bull. civ. V n° 434 ; RJS 1998/47 n° 62 ; D. 1998 IR 28, JCP ed. E 1998 n° 112 ; CSBP 1998.41.

(216) Art. L. 422-1-1 C. Tr.

(217) Art. L. 122-45 al. 1.

(218) Art. L. 122-35 C. Tr.

(219) Art. L. 135-5 10°).

(220) Art. L. 133-5 10°) C. Tr. dans sa rédaction issue de la loi du 16 nov. 2001.

(221) Art. L. 136-2 C. Tr.

(222) Art. L. 513-3-1 C. Tr.

(223) Marie Jacek et Francis Saramito, L'échec d'une tentative de pénétration des institutions sociales à des fins politiques, Dr. Ouv. 1998.469.

(224) Cass. mixte 10 avril 1998 synd. front national de la police c/ synd. national des policiers en tenue et autres, Dr. Ouv. 98.479.

(225) Art. L. 513-11 C. Tr.

(226) Art. 11 loi du 16 nov. 2001.

– Situation des fonctionnaires au regard de la loi

Signalons enfin que le texte étend aux fonctionnaires le bénéfice de ses dispositions. Mais cela risque de ne pas toujours se faire facilement (227).

Par ailleurs il est utile de rappeler que ces dispositions s'inscrivent dans la suite logique de ce qui existait déjà. Au risque de concours d'infractions, elles doivent s'articuler avec celles destinées à lutte contre les discriminations sexistes et à protéger la femme enceinte et avec celles du Code pénal réprimant les discriminations. Ainsi, en plus du nouveau texte il faudra donc tenir compte de ceux existant déjà qui n'ont pas été abrogés et souvent pas ou peu modifiés, sauf en ce qui concerne le problème de la preuve (228) et de ceux relatifs à l'action en justice des syndicats qui sont étendus aux discriminations déjà visées par le Code du travail (229). Celui-ci connaissait déjà un principe général de non discrimination en fonction du sexe (230). Il réprimait par une sanction de 1 an d'emprisonnement et/ou 3 750 € d'amende (231) le fait de mentionner ou faire mentionner dans une offre d'emploi quels que soient les caractères du contrat de travail envisagé ou dans toute autre forme de publicité relative à une embauche le sexe ou la situation de famille du candidat, le fait de prendre, en considération du sexe, toute mesure, notamment en matière de rémunération, de formation, d'affectation de qualification, de classification, de promotion professionnelle ou de mutation. Cela sous réserve cependant des textes (232) qui réservent le cas où l'appartenance à l'un ou l'autre sexe est une condition déterminante de l'exercice de la profession. Mais cela ne concerne que les artistes mannequins et modèles. La jurisprudence offre fort peu d'application de ces principes. On notera cependant cette décision selon laquelle l'existence lors de l'embauche d'un questionnaire homme et d'un questionnaire femme suffisait à constituer le caractère discriminatoire de l'épreuve et devait entraîner l'application de la loi pénale (233). Aussi cette autre décision (234) qui a décidé à propos d'un refus opposé à la demande de mutation d'une salariée afin de rejoindre son conjoint que celui-ci constituait un refus discriminatoire au sens du code (235). Pour refuser de retenir le caractère discriminatoire les premiers juges avaient énoncé que la mutation demandée n'était pas de droit et que, en tout état de cause le registre des délégués du personnel où

la réponse avait été consignée étant une pièce interne à l'entreprise concernée, la publicité visée comme fondement de l'action n'était pas constituée. Pour la Cour de cassation c'était faire une erreur d'interprétation des dispositions du Code du travail qui ne comportent aucune condition spéciale de publicité, la trace publique ou officielle de la discrimination n'intervient que pour faciliter la preuve de l'infraction et non comme élément constitutif.

– Femme enceinte

A ces discriminations il faut ajouter celle à l'égard de la femme enceinte qu'interdit le texte (236) et aux termes duquel il est interdit à l'employeur de prendre en considération l'état de grossesse d'une femme pour refuser de l'embaucher, de rechercher ou de faire rechercher toutes informations relatives à l'état de grossesse de l'intéressée. Enfin une femme candidate un emploi n'est pas tenue de révéler son état de grossesse. La sanction du non respect de ces dispositions est une contravention de 5^e classe pour laquelle la récidive est prévue (237). On connaît peu d'applications jurisprudentielles de ces principes.

Malgré l'intervention d'une nouvelle loi l'harmonisation des dispositions destinées à lutter contre les discriminations qui se trouvent dans le Code du travail et dans le Code pénal reste encore largement à faire. En effet le législateur n'a pas estimé utile de faire l'effort d'harmonisation totale des textes qui aurait pourtant été nécessaire (238). Ainsi celle-ci a été réalisée en ce qui concerne l'élément matériel du délit qui est largement le même dans les deux codes, mais il laisse subsister des situations de possibles concours d'infractions. De plus, en ce qui concerne les personnes punissables le texte du Code du travail ne prévoit pas la possibilité de sanctionner les personnes morales pour le délit de discrimination ce qui laisse entière la question suivante : à quand dans le Code du travail un texte de portée générale prévoyant que les sanctions prévues pour les infractions au droit pénal du travail sont applicables aux personnes morales ?... Par contre en matière de discrimination cette possibilité existe dans le Code pénal (239) qui prévoit que les sanctions prévues pour le délit de discrimination sont applicables aux personnes morales.

(227) Pour un exemple de ces difficultés Francis Saramito, L'application du principe de non-discrimination en raison de l'état de santé au regard des dispositions statutaires d'une entreprise publique obs. sous CA Paris 18^e ch. 7 déc. 1999 Dr. Ouv. 2000.73.

(228) Art. L. 123-1 dans sa rédaction issue de la loi du 16 nov. 2001.

(229) Art. L 123-6 C. Tr.

(230) Art. L. 123-1 C. Tr.

(231) Art L 152-1 C. Tr.

(232) R. 123-1 C. Tr.

(233) Trib. correc. Paris 13 mars 1991 Dr. Ouv. 1993.35 note Nicolas Alvarez-Pujana.

(234) Cass. Crim. 23 oct. 1990 Bull. n° 353.

(235) Article L. 123-1 b.

(236) Art. L. 122-25 C. Tr.

(237) Art. R. 152-3 C. Tr.

(238) C. Bergeal, Savoir rédiger un texte normatif loi, décret, arrêté circulaire... Berger-Levrault 3^e ed 2000.

(239) Art. 225-4 Code pénal.

II. Discriminations réprimées par le Code pénal

Les textes donnant les définitions de l'infraction ont eux aussi été modifiés par la loi nouvelle. Pour comprendre les articulations de ces textes, il est utile de rappeler leur contenu antérieur puis de se pencher sur les modifications dont il ont fait l'objet ce qui permettra ensuite de voir les conséquences sur la répression des discriminations dans les relations de travail. Il s'agit d'une articulation pas toujours simple de textes proches mais pas toujours identiques provenant de 2 sources différentes qui malgré un début d'harmonisation (A) laisse encore subsister bien des difficultés d'articulations entre le code pénal et le code du travail (B).

A) Un début d'harmonisation

Certes le principe général du droit selon lequel le spécial déroge au général est un élément permettant de résoudre le problème de l'articulation de textes semblables mais différents et il risque de se faire au détriment de la répression et pose déjà la question de la nécessité d'une prochaine intervention d'un parlement qui trop souvent confond la loi et le marketing politique ce qui se ressent sur la qualité technique des textes obligeant à plusieurs modifications de la lettre de la loi avant que celle-ci ne soit efficace.

1) Textes du Code pénal antérieurs à la loi nouvelle

Ceux-ci prévoyaient que :

"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 état de santé, leur handicap, de leurs mœurs, 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 constitue également une discrimination toute distinction opérée entre les personnes morales à raison de l'origine du sexe de la situation de famille de l'état de santé du handicap des mœurs, des opinions politiques, des activités syndicales, de l'appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie une race ou une religion déterminée des membres ou de certains membres de ces personnes morales" (240).

"La discrimination définie à l'article 225-1 commise à l'égard d'une personne physique ou morale, est punie de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende lorsqu'elle consiste :

- 1) à refuser la fourniture d'un bien ou d'un service,
- 2) à entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque,

- 3) à refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne,
- 4) à subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1.

A subordonner une offre d'emploi à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1" (241).

"Les dispositions de l'article précédant ne sont pas applicables :

- 1) aux discriminations 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,
- 2) aux discriminations 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 livre II du Code du travail, soit dans le cadre des dispositions statutaires relatives à la fonction publique,
- 3) aux discriminations fondées, en matière d'embauche, sur le sexe lorsque l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue, conformément aux dispositions du code du travail ou aux lois portant dispositions statutaires de la fonction publique, la condition déterminante de l'exercice d'un emploi ou d'une activité professionnelle" (242).

"Les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement dans les conditions prévues à l'article 121-2 des infractions prévues à l'article 225-2 les peines encourues par les personnes morales sont :

- 1) l'amende suivant les modalités prévues à l'article 131-38,
- 2) les peines mentionnées au 2°) 3°) 4°) 5°) 8°) et 9°) de l'article 131-39

l'interdiction mentionnée au 2°) de l'article 131-39 porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'activité a été commise" (243).

"Les discriminations définies à l'article 225-1, commises à l'égard d'une personne physique ou morale par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public dans l'exercice ou à l'occasion de ses fonctions ou de sa mission est punie de 3 ans d'emprisonnement et de 300 000 F d'amende lorsqu'elle consiste :

[240] Art. 225-1 Code pénal.
[241] Art. 225-2 Code pénal.

[242] Art. 225-3 Code pénal.
[243] Art. 225-4 Code pénal.

- 1) à refuser le bénéfice d'un droit accordé par la loi,
2) à entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque" (244).

Certes ces textes visent essentiellement des discriminations qui se produisent ailleurs que dans le cadre des relations de travail mais ils peuvent parfois s'appliquer à ces dernières, les tribunaux ont d'ailleurs eu l'occasion de le préciser et de prononcer quelques condamnations à ce titre en complément ou à la place de dispositions du Code du travail qui s'avéraient insuffisantes ou inadaptées à des situations de discrimination qui s'étaient pourtant produites à l'occasion de relations de travail.

2) Modifications

Ces textes ont été complétés de manière à tenir compte de l'élargissement de la notion de discriminations interdites par la loi nouvelle. Désormais ils envisagent aussi les discriminations fondées sur l'apparence physique, le patronyme, l'orientation sexuelle, l'âge (245).

En ce qui concerne le moment où s'effectuent les discriminations punissables en plus des offres d'emploi déjà visées par l'ancien texte, les textes envisagent désormais les demandes de stages ou de formation en entreprise (246). Les textes du Code pénal relatifs à l'interdiction des discriminations sont de portée générale. Il définissent la nature des discriminations comme celles fondées sur les opinions politiques ou l'appartenance syndicale de la personne (247). Ils précisent ensuite quels sont les comportements discriminatoires incriminés en reprenant pour l'essentiel les dispositions anciennes (248). On notera cependant que deux paragraphes (249), qui intéressent plus particulièrement les relations de travail, incluent désormais la sanction disciplinaire discriminatoire parmi les comportements punissables. Enfin le nouveau Code pénal énonce dans une rédaction plus claire les hypothèses dans lesquelles ces comportements ne tombent pas sous le coup de la loi (250). Les éléments constitutifs doivent être nettement caractérisés. Ainsi, ce n'est pas le cas lorsque le responsable du recrutement d'une entreprise ayant été poursuivi pour discrimination à l'embauche en raison de la situation de famille après avoir déclaré aux délégués du personnel qu'il n'avait pas l'habitude de recruter des proches parents ou alliés du personnel sans que cette attitude apparaisse comme déterminante du refus de la demande de mutation d'une salariée dans un établissement où travaillait son mari a

été relaxé au motif que la simple déclaration d'intention faite par le prévenu ne constituait pas le refus d'embauche (251).

D'autre part, si en matière d'offre d'emploi et de publication dans la presse il appartient au chef d'entreprise de veiller personnellement à la stricte et constante application du principe de non discrimination, il peut toutefois s'exonérer de sa responsabilité en invoquant une délégation de pouvoirs donnée à l'un de ses collaborateurs dans le domaine de l'embauche du personnel (252). On trouve évidemment ici les mêmes problèmes de preuve que pour les discriminations envisagées par le Code du travail. La loi nouvelle a cherché à améliorer la situation. Elle se situe dans le droit fil de la prise de conscience des autorités de l'Etat quant à l'importance des discriminations dans le milieu professionnel et privé, dans les entreprises et la fonction publique elles-mêmes (253). Mais compte tenu des principes généraux de la procédure pénale notamment le respect de la présomption d'innocence un partage de la charge de la preuve semble plus délicat à mettre en œuvre devant les juridictions répressives.

Une évolution semble pourtant se dessiner qui s'oriente plutôt, vers un élargissement des modes d'accès à la preuve par exemple par la pratique du "testing" que la Cour de cassation a semblé récemment accepter de prendre en considération (253 bis), et l'application de règles de procédures pénales existantes mais jusqu'ici marginales comme les témoignages.

B) Articulation avec le Code du travail

S'agissant des motifs de discrimination on ne peut qu'être frappé par les multiples recoupements qui s'opèrent entre le Code pénal et le Code du travail

Cependant la liste des situations de discrimination correspondant à l'élément matériel de l'infraction semble avoir été harmonisée (au moins partiellement) par la dernière loi (254). Ce qui n'est pas encore le cas pour ce qui est des personnes punissables le Code du travail se limitant aux personnes physiques alors que le Code pénal envisage aussi les personnes morales comme personnes susceptibles d'être condamnées. Ce qui explique cette décision par laquelle un tribunal (255) dans une situation de prise en considération de l'appartenance syndicale ou de l'activité syndicale de l'intéressé par les décideurs de l'entreprise, à partir d'une analyse du refus de promotion comme une sanction disciplinaire (256) prend appui, sur le Code pénal (257), lequel fait référence aux sanctions

(244) Art. 432-7 Code pénal.

(245) Art 225-1 Code pénal dans sa rédaction issue de la loi du 16 nov. 2001.

(246) Art. 225-2 dans sa rédaction issue de la loi du 16 nov. 2001, voir aussi art. 416 et s. anc. code pen.

(247) Art. 225-1 Code pénal.

(248) Art. 225-2 Code pénal.

(249) Les paragraphes 3 et 5 de l'art. 225-2 Code pénal.

(250) Art. 225-3 Code pénal.

(251) Cass. Crim. 12 mai 1992 UD CFDT Hautes Alpes.

(252) Cass. Crim. 1^{er} déc. 1992 Bull. n° 398.

(253) Voir sur la question la lutte contre les discriminations raciales sur le marché du travail Dr. Ouv. 1998.543.

(253 bis) Cass. Crim. 11 juin 2002.

(254) Loi 16 nov. 2001 prec.

(255) Trib. correc Bastia 3 juin 1977 Rev. sc. crim. 1998.75 Y. Mayaud.

(256) Au sens de L. 122-40 C. Tr.

(257) 225-1.

disciplinaires, pour condamner sur la base du droit commun non seulement le supérieur hiérarchique de la victime mais également la personne morale employeur car les textes du Code pénal le permettent (258). Pour ce qui est des personnes punissables il s'agit bien sûr du chef d'entreprise et de ses collaborateurs munis d'une délégation de pouvoirs mais également d'autres professionnels comme les responsables des agences pour l'emploi (259); en revanche les dirigeants d'une publication contenant des offres d'emploi discriminatoires ne peuvent être poursuivies que sur le

fondement de la loi sur la presse (260) et non comme complice d'un délit de discrimination du droit commun (261).

On peut difficilement justifier cet écart qui crée des incohérences dans la répression que la loi nouvelle aurait pu faire disparaître. Les tribunaux s'en chargeront peut être par les peines qui seront effectivement prononcées. Espérons qu'ils ne feront pas une harmonisation dans le sens d'une trop grande clémence sinon l'œuvre législative aurait largement été vaine.

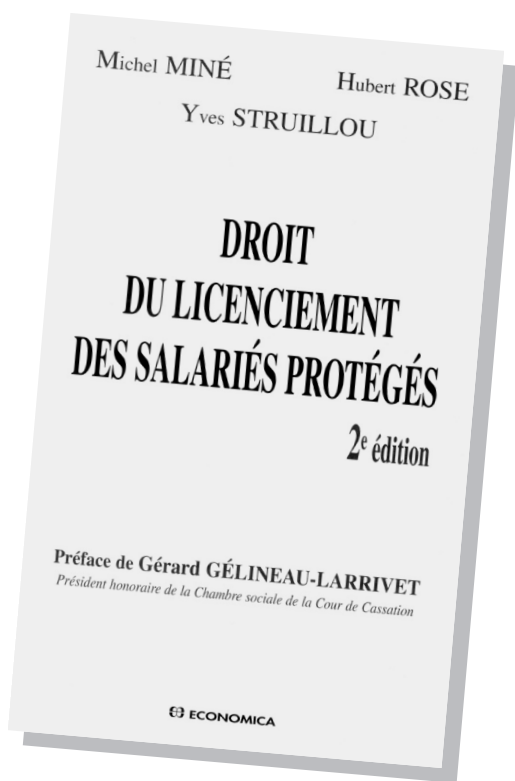
Marc Richevaux

(258) Art. 225-4 Code pénal.

(259) Cass. Crim. 30 janv. 1990 prec.

(260) Loi du 29 juill. 1881.

(261) Cass. Crim. 1^{er} déc. 1992 Bull. Crim. n° 398.



Introduction	
Première partie	Le champ de la protection
Chapitre I	Le champ d'application des dispositions légales
Chapitre II	Les salariés bénéficiaires du statut protecteur
Chapitre III	La durée de la protection
Chapitre IV	Les causes de la rupture du contrat de travail entraînant la mise en œuvre de la protection
Deuxième partie	La procédure de licenciement des salariés protégés
<i>Titre I</i>	<i>La procédure interne à l'entreprise</i>
Chapitre I	La procédure applicable aux licenciements ne reposant pas sur un motif économique
Chapitre II	La procédure de licenciement pour motif économique
<i>Titre II</i>	<i>La procédure administrative</i>
Chapitre I	L'autorité administrative compétente pour instruire la demande d'autorisation de licenciement
Chapitre II	La forme et le contenu de la demande d'autorisation de licenciement
Chapitre III	Le délai dans lequel la demande d'autorisation de licenciement doit être présentée
Chapitre IV	L'enquête contradictoire
Chapitre V	Le contrôle de l'autorité administrative sur les demandes d'autorisation de licenciement ne reposant pas sur un motif disciplinaire ou économique
Chapitre VI	Le contrôle de l'autorité administrative sur les demandes d'autorisation présentées à la suite du refus opposé par le salarié à une modification de son contrat de travail ou à un changement de ses conditions de travail
Chapitre VII	Le contrôle de l'autorité administrative sur le licenciement pour motif disciplinaire
Chapitre VIII	Le contrôle de l'autorité administrative sur le licenciement pour motif économique
Chapitre IX	Le contrôle du caractère discriminatoire de la demande d'autorisation de licenciement
Chapitre X	Le contrôle de l'autorité administrative sur le motif d'intérêt général
Chapitre XI	La décision de l'inspecteur du travail
Chapitre XII	Les effets de la décision de l'inspecteur du travail
Chapitre I	Les compétences du juge administratif
Chapitre II	Les compétences du juge judiciaire
<i>Titre II</i>	<i>Les voies de recours ouvertes au salarié licencié ou transféré sans autorisation</i>
<i>Titre III</i>	<i>Les recours ouverts devant l'administration</i>
Chapitre I	Le recours gracieux et le retrait
Chapitre II	Le recours hiérarchique
<i>Titre IV</i>	<i>Les recours contentieux devant la juridiction administrative</i>
Chapitre I	Le recours devant le tribunal administratif
Chapitre II	Le recours en appel contre les jugements des tribunaux administratifs
Chapitre III	Le recours en cassation
<i>Titre V</i>	<i>Le contentieux de la réintégration et de l'indemnisation en cas d'annulation de l'autorisation de licenciement ou de l'autorisation de transfert</i>
<i>Titre VI</i>	<i>La mise en cause de la responsabilité de l'administration</i>
Chapitre I	La mise en cause de la responsabilité de l'État par l'employeur
Chapitre II	La mise en cause de la responsabilité de l'État par le salarié
Chapitre III	Les règles contentieuses relatives à la mise en cause de la responsabilité de l'État
<i>Titre VII</i>	<i>Les voies de recours ouvertes au salarié pour lequel l'autorisation de licenciement est définitive</i>
<i>Titre VIII</i>	<i>Les voies de recours ouvertes au salarié licencié à l'issue de la période de protection</i>
Quatrième partie	Question particulière
Chapitre I	L'application des lois d'amnistie
Conclusion	
Annexes	