

UNIVERSITE DE LILLE II
Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales

BAVENCOFFE Carine

L'ARTICLE L. 122-45
DU
CODE DU TRAVAIL

Mémoire de DEA Droit Privé
sous la direction de M. BOSSU
Droit social

Année Universitaire 1999-2000

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PREMIERE PARTIE LE CHAMP D'APPLICATION

Chapitre I - UN PRINCIPE D'ORDRE PUBLIC

Section 1- Les motifs illégitimes

Section 2- Le domaine protégé

Chapitre II - LES EXCEPTIONS AU PRINCIPE

Section 1- Les exceptions visées par l'article L. 122-45

Section 2- Les exceptions liées à l'intérêt de l'entreprise

DEUXIEME PARTIE LE REGIME JURIDIQUE

Chapitre I - LE REGIME PROBATOIRE

Section 1- Un régime probatoire à deux vitesses

Section 2- Vers une harmonisation du régime probatoire

Chapitre II - LE REGIME DES SANCTIONS

Section 1- La remise en l'état antérieur

Section 2- L'indemnisation du salarié

CONCLUSION

TABLE DES ABREVIATIONS

Action Juridique CFDT	AJ/CFDT
Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)	Bull. civ.
Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)	Bull. crim.
Cahiers sociaux du barreau de Paris	CSBP
Chronique	chron.
Conclusions	concl.
Conseil constitutionnel	Cons. constit.
Conseil de prud'hommes	Cons. prud'h.
Cour d'appel	CA
Cour de cassation, assemblée plénière	Cass. ass. plén.
Cour de cassation, chambre criminelle	Cass. crim.
Cour de cassation, chambre sociale	Cass. soc.
Cour européenne des droits de l'homme	CEDH
Cour de justice des Communautés européennes	CJCE
Dalloz-Sirey (Recueil)	D.
Doctrine	doctr.
Droit ouvrier	Dr. ouvrier
Droit social	Dr. soc.
Gazette du Palais	Gaz. Pal.
Informations rapides	IR
Juris-Classeur Périodique	JCP
Observation	obs.
Page	p.
Panorama	pan.
Précité	préc.
Recueil	Rec.

Revue de jurisprudence sociale
Revue trimestrielle de droit européen
Sommaire
Travail et protection sociale

RJS
RTD eur.
somm.
TPS

Article L. 122-45 du Code du travail :

« Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement, aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié en raison de son 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. »

INTRODUCTION

L'aspiration à l'égalité, fort lointaine par ses origines et même par ses manifestations, est revenue en force depuis quelques années aussi bien en droit international qu'en droit français. Le principe d'égalité, principe à valeur constitutionnelle qui domine l'ensemble du droit français¹, a trouvé sa consécration dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 dans son article 1^{er} : « Les hommes naissent libres et égaux en droits, les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune » et dans son article 6 : « La loi doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ». Cette répugnance à admettre les inégalités s'est notamment illustrée à travers la lutte contre les discriminations. Ainsi, une des premières manifestations est l'égalité dans la loi. Cependant, le plus souvent, afin de remédier à des inégalités de faits, la loi est elle-même génératrice d'inégalités. Il s'agit donc plutôt d'établir une égalité de tous devant la loi et implique selon le Conseil Constitutionnel « qu'à des situations semblables soient appliquées les mêmes règles »². Or, si on assimile, le principe d'égalité à celui de non-discrimination, toute différence de traitement n'est pas constitutive d'une discrimination. En effet, opter pour un principe d'égalité absolue reviendrait à proscrire toute distinction. Le principe de non-discrimination revêt un objectif plus précis. Il condamne une différence de traitement fondée sur un critère illégitime.

Un problème se pose lorsque la discrimination provient non pas d'une règle de droit mais d'un comportement émanant d'une personne publique ou privée. En effet, un autre principe fondamental du droit vient alors se heurter à la règle de non-discrimination, il s'agit de la liberté. Il existe une certaine contradiction entre le principe de liberté qui assure à chacun le libre choix de son comportement et le principe de non-discrimination qui, a contrario, impose ou prohibe certains comportements. Pourtant, la non-discrimination vise

¹ SUPIOT (A.), *Critique du droit du travail*, Les voies du droit, PUF, 1994, p. 114

² Cons. Constit. 21 janv. 1981, *RDP* 1981, p. 649

également à protéger l'exercice des libertés en interdisant toute distinction de traitement fondée sur l'exercice de libertés individuelles telles que la vie privée ou de libertés collectives telles que la liberté d'opinion ou de religion. Ainsi, deux des principes fondamentaux régissant le droit français : l'égalité et la liberté encadrent la notion de discrimination illégitime.

Or le monde du travail est plus particulièrement exposé à cette confrontation entre le principe d'égalité et celui de liberté. Le cadre de l'entreprise est particulièrement propice à la manifestation d'un comportement discriminatoire de la part de l'employeur envers le salarié. La liberté de l'employeur dans le cadre de son entreprise aboutit ainsi «aux conséquences les plus choquantes»³. En effet, le rapport employeur/salariés se traduisant par un lien de subordination, la liberté de l'employeur est opposée à l'égalité entre tous les salariés à l'occasion de chaque décision ou mesure prononcées par l'employeur. Chaque mesure prise par l'employeur à l'intérieur de son entreprise est l'expression de son pouvoir de direction et en vertu de ce pouvoir, il sera amené à donner des ordres, faire des choix, édicter des sanctions ou, mesure extrême, licencier un salarié. Ainsi au cours des pourparlers précédents l'embauche mais également au cours de la vie professionnelle, l'employeur peut fonder ses décisions sur des motifs étrangers à l'exécution du contrat de travail⁴. La liberté de l'employeur n'est cependant pas illimitée, elle est de plus en plus encadrée par le législateur afin d'éviter les abus. Or, au titre de ces abus de pouvoir, peuvent figurer les discriminations. Si une telle attitude est parfois adoptée ouvertement par l'employeur, la plupart du temps, il dissimulera son comportement derrière des «motifs légitimes». Bien que de tels comportements discriminatoires existent depuis de nombreuses années, leur mise à jour et leur condamnation sont plutôt récentes.

C'est pourquoi, le législateur s'est employé à lutter contre de tels comportements répréhensibles. En effet, l'intérêt d'une législation anti-discriminatoire apparaît plus que jamais essentielle à une époque où la sauvegarde des droits et libertés fondamentales des

³ LOCHAK (D.), « Réflexions sur la notion de discrimination », *Dr. soc.* 1987, p. 789.

⁴ GULPHE (P.), « De la non-interférence de la vie privée sur la vie professionnelle du salarié en droit

salariés constitue une priorité en droit français. Dans le cadre du dispositif anti-discriminatoire en droit du travail, c'est l'article L. 122-45 du Code du travail qui fera l'objet de notre étude. Ce texte, considéré comme le plus généraliste du droit du travail en matière de discrimination, reflète parfaitement l'évolution législative, jurisprudentielle et doctrinale en la matière. Appelé à être sans cesse modifié et interprété selon l'évolution sociale, l'article L. 122-45 du Code du travail a trouvé toute sa portée au fil du temps. Il démontre ainsi toute l'importance que revêt la lutte contre les discriminations en droit du travail. Dans le contexte actuel de sauvegarde des droits des salariés et parmi les nombreux textes prohibant les discriminations, l'article L. 122-45 du Code du travail s'est ainsi vu conférer un rôle prépondérant.

La lutte contre les discriminations apparaît, en effet, dans un ensemble de règles de droit internationales aussi bien que nationales. Au niveau du droit international, le principe de non-discrimination constitue un principe fondamental. Ainsi la Déclaration universelle de 1948 aussi bien que le Pacte des Nations-Unies de 1966, sur les droits civils et politiques, art. 2 et 26, sur les droits économiques, sociaux et culturels, art. 2, en font un principe général garantissant l'application sans distinction possible des droits et libertés contenues dans ces conventions. Dans le domaine plus spécifique du travail, la Convention O.I.T. n°111 interdit toute discrimination illégitime dans le domaine de l'emploi. Quant au droit européen, l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme interdit toute distinction fondée sur des critères énumérés dans l'application des droits et libertés qu'elle garantit. A ce sujet, la Commission européenne a précisé que seules les discriminations qui ne reposent pas sur des justifications objectives et raisonnables sont illégitimes. Plus précis, l'article 119 du Traité de Rome exclut toute discrimination salariale entre hommes et femmes.

Quant au droit français, plutôt qu'un principe général, il consacre un ensemble de

français », *JCP Ent.* 1990, II, 15736, p. 220.

règles de non-discrimination⁵. Son expression la plus solennelle, dans le domaine de l'emploi, est située dans le Préambule de la Constitution de 1946 : « Nul ne peut être lésé dans son travail ou dans son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances ». Selon M. A. LYON-CAEN⁶, une règle explicite de non-discrimination peut avoir différentes significations. D'abord, elle vise à garantir l'exercice d'un droit, mais elle constitue également un moyen de protéger un groupe ou une catégorie fragile. Ainsi, la multiplication des interventions législatives afin d'élargir le domaine et d'assurer les sanctions des règles de non-discrimination démontre l'intérêt actuel pour la question. C'est une loi du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise, introduisant l'article L. 122-45 au Code du travail, qui constitue la première règle posant des sanctions explicites dans le domaine du droit du travail. Le législateur a ensuite élargi le champ d'application de ces règles au droit pénal en 1985. Les dispositions figurant dans le Code du travail et le Code pénal ont évolué parallèlement assurant à la fois un rôle dissuasif et répressif ainsi qu'une protection spéciale visant les salariés victimes de discrimination.

En effet, le domaine du droit du travail se trouve particulièrement exposé à ce genre d'attitudes discriminatoires. Le lien de subordination inhérent à toute relation professionnelle entraîne une position d'autorité de l'employeur sur le salarié. En vertu de cette subordination, l'employeur exerce un pouvoir disciplinaire et un pouvoir de contrainte sur ses salariés à l'intérieur de l'entreprise. Or la tentation est grande de détourner ce lien de subordination et d'en abuser en adoptant un comportement discriminatoire. La difficulté réside dans la conciliation de l'autorité indispensable au bon fonctionnement de l'entreprise avec la protection des libertés des salariés. Il a donc fallu poser certaines règles encadrant le pouvoir de l'employeur sans pourtant porter atteinte à l'intérêt de l'entreprise. Ces règles visent avant tout la protection des salariés comme le démontre l'intitulé de la loi du 4 août 1982 relative «aux libertés des travailleurs dans l'entreprise ». Mais le législateur n'a pas perdu de vue le bon fonctionnement de l'entreprise, c'est pourquoi il a apporté certaines restrictions et a strictement défini les discriminations prohibées.

⁵ LYON-CAEN (A.), « L'égalité et la loi en droit du travail », *Dr. soc.* 1990, p. 74

⁶ LYON-CAEN (A.), « L'égalité et la loi en droit du travail », *Dr. soc.* 1990, p. 74.

L'article L. 122-45 intégré au chapitre II du titre II du livre I du Code du travail est donc issu d'une loi du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise. Aux termes de cet article :

« Aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié en raison de son origine, de son sexe, 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 de ses convictions religieuses. Toute disposition contraire est nulle de plein droit. »

Cette première version de l'article L. 122-45 est vite apparue comme incomplète du point de vue des motifs illégitimes d'une part, mais également du domaine protégé d'autre part. C'est pourquoi, une loi du 3 janvier 1985 suivie d'une loi du 25 juillet 1985 sont venues compléter les dispositions de l'article L. 122-45. Tout d'abord, la loi du 3 janvier 1985 est venue compléter le second alinéa de l'article qui dispose désormais : « Toute disposition ou tout acte contraire est nul de plein droit ». Il s'est avéré que la référence à une «disposition » limitait considérablement le champ d'application de l'article L.122-45 en n'englobant uniquement le pouvoir normatif de l'employeur à travers les dispositions du règlement intérieur. Cette première rédaction a ainsi fait l'objet de critiques puisqu'elle n'avait aucune incidence sur l'essentiel du pouvoir de l'employeur : son pouvoir de direction. Ainsi en ajoutant le terme «acte », le législateur élargit le champ d'application du texte qui vise désormais l'ensemble des mesures prises par l'employeur envers le salarié.

Une seconde modification a été apportée par une loi du 25 juillet 1985 ajoutant parmi les motifs illégitimes «l'exercice normal du droit de grève ». A cette occasion, non seulement le législateur comble une lacune mais il apporte une première exception au

principe de non-discrimination. En effet, si la première version du texte protégeait les activités syndicales du salarié, aucune référence à l'exercice du droit de grève qui constitue pourtant un droit reconnu par la Constitution ne figurait dans le texte. De plus, on peut déduire de l'expression «exercice normal du droit de grève» qu'à contrario l'exercice anormal du droit de grève n'entre pas dans le champ d'application de l'article L. 122-45 du Code du travail. L'exercice anormal du droit de grève constitue donc la première exception textuelle au principe contenu dans le même texte.

L'autre exception textuelle est issue de la loi du 12 juillet 1990 relative à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap. Cette loi a complété la liste des motifs illégitimes par «l'état de santé ou handicap du salarié sauf inaptitude constatée par le médecin du travail dans le titre IV du livre II du présent code» ainsi que par les mœurs. Cette nouvelle modification reflète parfaitement l'adaptation de l'article L. 122-45 face aux phénomènes sociaux. M. RONGERE explique ainsi qu'«à travers l'élargissement progressif de l'éventail des facteurs de discriminations précisés par les sources étatiques, se manifestent une intention de défense de catégories particulières perçues, à divers moments de l'histoire sociale, comme en danger de discrimination, voire d'exclusion»⁷. En effet, les motifs illégitimes tels que l'état de santé et les mœurs du salarié ont été adoptés afin de protéger les salariés séropositifs ou homosexuels qui représentaient une nouvelle catégorie de victimes de discriminations.

Enfin, la dernière modification de l'article L. 122-45 date de la loi du 31 juillet 1992⁸ issue du Rapport Lyon-Caen⁹. Le rapport avait en effet mis en lumière l'absence de dispositions protégeant les candidats à l'emploi. Le développement de nouvelles technologies telles que les tests génétiques ainsi que les procédés subjectifs tels que

⁷ RONGERE (P.), « A la recherche de la discrimination introuvable : l'extension de l'exigence d'égalité entre salariés », *Dr. soc.* 1990, p. 100.

⁸ Loi du 31 décembre 1992, « Dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles »

⁹ LYON-CAEN (G.), Rapport Officiel *Libertés publiques et emploi*, La documentation Française, 1992.

l'astrologie, la numérologie ou la graphologie afin de recruter les salariés laissent apparaître un vide juridique important. C'est pourquoi le domaine des discriminations à l'embauche a été intégré au principe énoncé à l'article L. 122-45. Désormais, « aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement... » en raison de motifs illégitimes.

Ces modifications successives de l'article L. 122-45 du Code du travail tendant à l'élargissement du champ d'application du texte illustrent parfaitement la volonté du législateur d'atteindre l'égalité entre tous les salariés. De nombreux auteurs voient dans l'article L. 122-45 du Code du travail l'expression d'un principe fondamental protégeant les droits et libertés des salariés¹⁰. Cette valeur de principe d'ordre public conféré au texte de l'article L. 122-45 a d'ailleurs été reconnue en jurisprudence dans un arrêt rendu le 10 avril 1998 par la chambre mixte¹¹ qui vise « les dispositions de l'article L. 122-45 du Code du travail et les principes contenus dans la Constitution ». Un arrêt rendu le 8 avril 1992¹² avait déjà affirmé au visa du préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 et de l'article L. 122-45 du Code du travail : « Attendu qu'il résulte de ces textes que nul ne peut faire l'objet de mesures discriminatoires en raison de son origine ». La jurisprudence, en plaçant l'article L. 122-45 du Code du travail au même niveau que les principes constitutionnels, a ainsi érigé le texte en principe supérieur d'ordre public. Ce principe, également reconnu en jurisprudence, a pour objectif de lutter contre les discriminations dans le cadre de l'entreprise.

Prohiber des comportements discriminatoires revient à interdire toute distinction illégitime. La reconnaissance d'une discrimination requiert la réunion de trois éléments selon la doctrine. D'abord, un motif de distinction illégitime c'est à dire prohibé par la loi. Le second critère est le domaine dans lequel la distinction intervient. Certains domaines empêchent a priori toute discrimination : c'est le cas pour les droits fondamentaux inhérents à la personne humaine. A contrario, il existe d'autres domaines dans lesquels les

¹⁰ WAQUET (P.), *RJS* 5/00, p. 338.

¹¹ Cass. soc. 10 avr. 1998, *RJS* 6/98, n°754 ; *Dr. soc.* 1998, p. 565, rapport J. MERLIN

discriminations sont spécialement prohibées par le législateur. Enfin, un dernier critère consiste dans l'absence de justifications légitimes. Les distinctions de traitement qui seraient justifiées ne constitueraient donc plus une discrimination, ces justifications permettant d'effacer le caractère arbitraire de la distinction. Mme LOCHAK¹³ appréhende ces critères de manière différente puisque si les critères du domaine de la distinction et de l'absence de justifications légitimes sont repris à l'identique, l'auteur considère que le premier critère ajoute un élément préalable : les personnes ou les groupes qui font l'objet d'une différence de traitement. Il s'agit en fait de savoir si les personnes concernées sont effectivement dans une situation identique ce qui rendrait la distinction illégitime.

Le législateur s'en est tenu au schéma classique de la discrimination dans la rédaction de l'article L. 122-45 du Code du travail. Il s'est attaché à déterminer les motifs de distinction illégitimes ainsi que les domaines concernés afin de dégager un principe supérieur d'ordre public. Cependant, ce principe connaît certains tempéraments. En effet, le législateur et la jurisprudence ont admis des atteintes au principe dans certains cas strictement définis. A côté des distinctions prohibées par l'article L. 122-45, figurent dès lors les distinctions justifiées. Le champ d'application de l'article L. 122-45 est ainsi strictement délimité puisqu'il définit le principe et ses exceptions. Si le champ d'application est plutôt clairement défini, un problème se pose quant à son régime juridique. En effet, si le législateur a été relativement précis concernant le champ d'application de l'article L. 122-45, il a été beaucoup plus concis concernant le régime probatoire ainsi que le régime des sanctions de l'article L. 122-45 : aucune disposition sur la preuve et un seul alinéa concernant les sanctions. Or le régime juridique revêt une importance considérable puisqu'il va conférer toute sa portée au principe de l'article L. 122-45. Seul un régime juridique efficace permettra à l'article L. 122-45 d'atteindre sa portée de principe d'ordre public. C'est pourquoi, la Communauté européenne, la doctrine et la jurisprudence ont œuvré à l'élaboration d'un régime juridique à la portée du principe supérieur d'ordre public que constitue l'article L. 122-45 du Code du travail.

¹² Cass. soc. 8 avr. 1992, *Bull. civ.* V, n°256.

La découverte des comportements prohibés par l'article L. 122-45 du Code du travail passe donc par la définition de son champ d'application constitué, d'une part, par un principe supérieur d'ordre public à travers les motifs illégitimes ainsi que le domaine concerné et d'autre part, des exceptions à ce principe.

Cependant, la portée d'un texte découle forcément de son régime juridique. Or un régime probatoire en partie élaboré par la Communauté européenne ainsi qu'un régime des sanctions en pleine évolution constituent les éléments-clé du régime juridique de l'article L. 122-45 du Code du travail.

L'étude de l'article L. 122-45 du Code du travail peut ainsi être découpée en deux parties : une **Première Partie** sera consacrée à l'étude de son champ d'application alors que l'analyse de son régime juridique fera l'objet d'une **Deuxième Partie**.

¹³ LOCHAK (D.), « Réflexions sur la notion de discrimination », *Dr. soc.* 1987, p. 779.

PREMIERE PARTIE

LE CHAMP D'APPLICATION DE L'ARTICLE L. 122-45

Les trois premiers alinéas de l'article L. 122-45 du Code du travail sont entièrement consacrés à la définition des comportements prohibés par le texte ainsi qu'aux justifications possibles de tels comportements. Conformément à la structure classique, une discrimination illégitime n'est constituée que lorsqu'il existe un comportement discriminatoire mais également en l'absence de toute justification d'un tel comportement. Le champ d'application de L. 122-45 du Code du travail se divise ainsi en deux parties : d'une part, un principe d'ordre public (Chapitre I) définissant les comportements prohibés et d'autre part, des causes justificatives constituant des exceptions au principe (Chapitre II).

CHAPITRE I

UN PRINCIPE D'ORDRE PUBLIC

L'article L. 122-45 apparaît comme un principe d'ordre public. Ainsi toute atteinte telle qu'elle est définie par le texte devra être sanctionnée. La mise en œuvre de l'article L. 122-45 repose sur deux critères cumulatifs : il faut que la différence de traitement s'appuie sur des motifs illégitimes (Section I) mais également qu'elle intervienne dans un domaine déterminé par le législateur (Section II).

Section I - Les motifs illégitimes

L'article L. 122-45 énumère une liste de motifs qui ne peuvent fonder une distinction de traitement. Cependant, si ces motifs sont spécialement visés par l'article L. 122-45 (§1), leur caractère exhaustif peut être remis en question (§2).

1§ Des motifs visés à l'article L. 122-45

Parmi tous les motifs figurant à l'article L. 122-45, une distinction peut être opérée entre les motifs liés à l'identité physique du salarié (A) et les motifs liés à son identité morale (B).

A- Les motifs liés à l'identité physique

L'identité physique du salarié est certainement le fondement de nombreuses discriminations à l'embauche. En effet, le choix d'un candidat est subjectif et même si ce n'est qu'inconsciemment, une part du jugement de l'employeur est fondée sur l'apparence physique. C'est cette identité physique qui apparaît en premier lieu chez toute personne. Or selon l'article L. 122-45, l'identité physique à travers l'origine, l'appartenance à une race,

ethnie ou nation (1), le sexe (2) mais également l'état de santé ou le handicap (3) constitue un motif illégitime de distinction.

1. L'origine ou l'appartenance à une ethnie, nation ou une race

Ces éléments sont souvent regroupés sous la dénomination commune de discrimination raciale, leurs définitions précises demeurant relativement proches et incertaines. La discrimination raciale semble être la discrimination la plus inquiétante actuellement. De nombreuses initiatives européennes et nationales visent, en effet, à réduire ce phénomène de racisme au travail. Ainsi, la Commission européenne a fait de l'année 1997 «l'année européenne contre le racisme». De même, le Conseil d'Etat précise que «les indices de l'existence d'une discrimination ethnique à l'embauche constituent le recul le plus grave du principe d'égalité»¹⁴. Or cette discrimination raciale qui peut intervenir aussi bien au stade de l'embauche qu'au niveau du licenciement concerne non seulement les étrangers vivant en France que les français «d'apparence étrangère». Elle englobe donc l'ensemble des personnes d'origine étrangère. Le constat alarmant de M. MINE¹⁵ révèle une «ethnisation ou racialisation de l'organisation du travail, qui se traduit par des embauchages ou des affectations selon des critères ethniques».

Or le nombre de condamnations sanctionnant ce genre de comportement répandu est relativement faible. Deux arrêts de la Cour de cassation censurent cependant des juges du fond qui avaient rejeté la discrimination. Dans un arrêt du 8 avril 1992¹⁶, la chambre sociale, visant le Préambule de la Constitution de 1958 et l'article L. 122-45, précise que, dans un licenciement économique, l'ordre des licenciements ne peut prendre en compte la charge de la famille nombreuse en distinguant entre l'origine européenne et l'origine maghrébine et turque. Les faits sont similaires dans le second arrêt rendu le 10 février 1998¹⁷ et la Haute juridiction rappelle dans son attendu que «nul ne peut faire l'objet de

¹⁴ Conseil d'Etat, rapport 1996, *Sur le principe d'égalité*, La Documentation française, 1997, p. 363.

¹⁵ MINE (M), « Approche juridique de la discrimination raciale au travail : une comparaison France - Royaume-Uni », *Travail et emploi n°80*, sept 1999, p. 91.

¹⁶ Cass. Soc. 8 avr. 1992, *JCP E* 1992, pan., p. 258.

¹⁷ Cass. Soc. 10 fév. 1998, *CSBP n°99*, B. 67, p. 97.

mesures discriminatoires en raison de son origine ». La discrimination raciale demeure très courante mais difficile à découvrir et donc rarement sanctionnée. C'est pourquoi des progrès sont souhaitables tant au niveau de l'employeur qu'au niveau des pouvoirs publics afin de faciliter la reconnaissance de telles discriminations.

2. *Le sexe*

Le principe d'égalité entre les hommes et les femmes a été consacré constitutionnellement par le Préambule de la Constitution de 1946 : « La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux des hommes » (art. 46). Ce principe a été repris par de nombreux textes internationaux, communautaires et nationaux. Ainsi une Directive CEE du 9 février 1976 relative à l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles et des conditions de travail affirme le principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes. En vertu de ce principe, aucune discrimination dans l'emploi ne peut être fondée sur le sexe du salarié. Or, il apparaît que la prise en compte du motif sexuel comme motif illégitime de discrimination en droit du travail est liée à « la libération de la femme » réalisée dans les autres branches du droit¹⁸.

Si l'article L. 122-45 énonce un principe général, de nombreuses autres dispositions du Code du travail garantissent cette égalité dans divers domaines tels que la rémunération, la formation professionnelle... L'article L. 122-45 condamne quant à lui toute différence de traitement entre les hommes et les femmes lors de la formation du contrat, de son exécution et jusqu'à la rupture. Ainsi, la chambre sociale a affirmé, dans un arrêt rendu le 9 juin 1998, « qu'il résulte de l'article L. 122-45 du Code du travail qu'aucun salarié ne peut être licencié en raison de son sexe »¹⁹.

Cependant, l'interdiction de discrimination fondée sur le sexe ne protège pas uniquement les femmes, elle concerne également les discriminations envers les hommes. Les discriminations envers les femmes sont plus courantes car l'employeur peut tenir

¹⁸ DEKEUWER DEFOSSEZ (F.), *L'égalité des sexes*, coll. Connaissance du droit, Dalloz, 1998

¹⁹ Cass. soc. 9 juin 1998, *RJS* 7/98, n°834, p.541.

compte d'une possible maternité, des différents congés accordés afin de prendre soin des enfants mais également de la dureté ou de la pénibilité de certains travaux, cependant, elle peut exister également à l'égard des hommes. Mais, une autre discrimination relative au sexe a été reconnue en droit communautaire. L'Assemblée plénière de la CJCE a, en effet, rendu un arrêt le 30 avril 1996 concernant un transsexuel qui avait été licencié après son changement d'homme en femme²⁰. La CJCE a, à cette occasion, précisé que l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe pouvait s'appliquer aux discriminations trouvant leur origine dans la conversion sexuelle. En droit communautaire les discriminations en raison du sexe comprennent donc les discriminations à l'égard des femmes, des hommes et des transsexuels. En droit français, la question ne s'est jamais posée par rapport à l'application de l'article L. 122-45. Le cas échéant, on peut se demander si les juges suivront la jurisprudence communautaire.

3. L'état de santé et le handicap

Les motifs de discrimination fondés sur l'état de santé ou le handicap sont ceux qui génèrent certainement la jurisprudence la plus abondante. Ces motifs illégitimes ne figuraient pas dans la version initiale de l'article L. 122-45. Ils ont été ajoutés par une loi du 12 juillet 1990 dans son article 9 grâce à un amendement proposé par le groupe communiste. Le législateur interdit toute discrimination fondée sur l'état de santé ou handicap du salarié sauf inaptitude constatée par le médecin du travail. Cependant, le législateur n'a défini aucun des termes.

Quant au handicap, l'article L. 323-10 du Code du travail issu de la loi du 10 juillet 1987 considère comme travailleur handicapé «... toute personne dont les possibilités d'obtenir ou de préserver un emploi sont effectivement réduites par suite d'une insuffisance ou d'une diminution de ses capacités physiques ou mentales». Cette définition large permet d'englober une multitude de situations dès lors qu'il existe une déficience physique ou mentale chez le salarié. Cependant, la jurisprudence est essentiellement relative à l'état de santé étant donné que le travailleur handicapé est

²⁰ CJCE 30 avr. 1996, aff. 13/94 P... c/ S&Cornwall Country Council, *JCP E* 1996, pan., p. 593.

protégé par une législation spécifique.

Concernant l'état de santé, le législateur a employé volontairement un terme large qui permet d'englober de nombreux cas notamment le virus HIV. En fait, la loi de 1990 a essentiellement été votée dans l'optique de protéger les salariés atteints par le virus HIV. Lors des débats parlementaires, il a été surtout question des discriminations liées au virus du SIDA²¹. Un des objectifs de la loi visait à lutter contre l'exclusion sociale dont les personnes atteintes du virus étaient victimes. La protection de l'emploi constitue une première étape permettant de freiner le phénomène de rejet de la société. Le handicap ou état de santé, s'il n'empêche pas l'exécution de la tâche qui incombe au salarié, ne doit pas être pris en compte par l'employeur. Or la séropositivité n'est pas une cause d'incapacité en soi. En effet, seule la dernière phase de la maladie empêche véritablement l'exercice d'une profession. D'ailleurs, une jurisprudence sanctionnant les discriminations envers des salariés séropositifs s'est développée²². Toute mesure qui semble uniquement fondée sur l'état de santé ou le handicap du salarié encourt la sanction des juges²³. De même, aucune information concernant l'état de santé ne peut être réclamée au candidat à l'embauche. Ainsi « l'état de santé ou le handicap, dès lors du moins qu'ils ne sont pas susceptibles de porter atteinte à la prestation professionnelle, n'ont plus de titre à figurer dans le champ contractuel »²⁴.

Ainsi l'identité physique du salarié composée de tous les éléments inhérents à sa personne constitue un motif illégitime de discrimination. Mais les libertés des salariés ne s'arrêtent pas là. Elles peuvent revêtir un autre aspect : l'identité morale. A travers la protection de libertés individuelles telles que la liberté d'expression, d'opinion ou de conscience mais aussi de libertés collectives telles que le droit de grève, liberté syndicale,

²¹ « Enfin, bien que le projet de loi ne mentionne pas explicitement le sida, il est évident que les discriminations liées à cette pathologie ont été déterminantes... », M. CALMAT, rapporteur pour avis de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales, *J.O.A.N.* Séance du 17 avril 1990

²² Cons. prud. Paris 10 fév. 1995, *Dr. ouvrier* 1997, p. 374; CA Paris 1^{er} juin 1995, *Dr. ouvrier* 1996, p. 417.

²³ Cass. soc. 28 janv. 1998, *Dr. soc.* 1998, p. 406, obs. A. MAZEAUD; Cass. soc. 13 janv. 1998, *JCP E* 1998, p. 352.

²⁴ LABORDE (J-P.), « Quelques observations à propos de la loi du 12 juillet 1990 relative à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap », *Dr. soc.* 1991, p. 615.

le législateur trace une frontière entre la vie professionnelle et la vie personnelle du salarié.

B- Les motifs liés à l'identité morale

Afin d'éliminer toute intrusion de l'employeur dans la vie personnelle du salarié, le législateur a également érigé en motifs illégitimes les composantes de l'identité morale du salarié à savoir la situation familiale et les mœurs (1), les activités syndicales ou mutualistes et l'exercice du droit de grève (2) ainsi que les opinions politiques ou religieuses (3).

1. La situation familiale et les mœurs

Ces deux critères tendent à préserver le mode de vie du salarié de toute incursion de l'employeur. La vie familiale ou les mœurs d'une personne ne doivent avoir aucune incidence sur sa vie professionnelle et a contrario, l'employeur, hormis des cas précis qui seront étudiés ultérieurement (entreprises de tendance), ne peut imposer un mode de vie à ses salariés.

La situation de famille, élément de la vie privée, était protégée par différents textes notamment l'article 9 du Code civil. De même, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales proclame «le droit de toute personne au respect de sa vie privée et familiale » ou encore le principe général du droit consacré par le Conseil d'Etat «du droit de mener une vie familiale normale»²⁵. Cependant des difficultés quant à l'interprétation de «la situation de famille » ont été mises en évidence. Dans les débats parlementaires, avaient été évoquées les mères célibataires et les concubins mais devait-on se limiter à l'état matrimonial et exclure le lien de filiation ? La jurisprudence a répondu par la négative en adoptant une conception large de la situation de famille. Ainsi, la Cour d'appel de Chambéry, dans un arrêt rendu le 21 mai 1996, a sanctionné le licenciement d'un salarié fondé sur le lien de filiation l'unissant à une autre salariée de l'entreprise. En l'espèce, une banque avait clairement affirmé écarter les enfants

des membres du personnel des procédures normales de recrutement et ne leur offrait que des emplois à durée déterminée²⁶. La chambre sociale a confirmé cette interprétation dans un arrêt du 1er juin 1999 en affirmant que «l'article L. 122-45 du Code du travail (...) ne distingue pas selon le lien matrimonial ou le lien familial »²⁷. Mais comme le suggère M. Miné, la situation inverse pourrait se présenter. En effet, c'est le cas dans lequel un employeur sélectionne les candidats à l'embauche selon le critère du lien de famille et pourrait ainsi écarter des candidats de nationalité française mais dont les parents sont étrangers²⁸.

Quant au lien matrimonial, une salariée ne peut être sanctionnée au motif que son mari vient de créer une entreprise concurrente à celle l'employant²⁹. Par son interprétation large mais cohérente, la jurisprudence donne ainsi toute sa portée à l'article L. 122-45.

A l'instar de l'état de santé et du handicap, les mœurs sont considérées comme un motif illégitime depuis la loi du 12 juillet 1990. Si la jurisprudence est moins conséquente, elle a donné lieu à un arrêt parmi les plus connus en la matière : l'arrêt Painsecq. Dans cette affaire, un aide-sacristain employé par une association religieuse avait été licencié en raison de son homosexualité. Or la chambre sociale, au visa des articles L. 122-35 et L. 122-45, a rappelé qu'un salarié ne peut être licencié «pour le seul motif tiré de ses mœurs ou de ses convictions religieuses »³⁰. Même si seuls les mœurs étaient ici en jeu, la Cour de cassation tient à rappeler que tout ce qui relève de la vie privée demeure hors du champ contractuel.

2. Les activités syndicales ou mutualistes et l'exercice du droit de grève

L'activité syndicale et le droit de grève sont garantis par de nombreux textes internationaux : la Convention internationale du travail n°87 et n°98, la Charte sociale

²⁵ CE 8 déc 1978, aff. Gisti, *Rec.*, p. 493.

²⁶ CA Chambéry 21 mai 1996, *Dr. ouvrier* 1996, p. 415, obs. P. DARVES BORNOZ

²⁷ Cass. soc. 1^{er} juin 1999, *JCP E* 1999, p. 1929, obs. M. MINE

²⁸ MINE (M.), sous Cass. soc. 1^{er} juin 1999, *JCP E* 1999, p. 1929.

²⁹ Cass. soc. 10 fév. 1999, *Dr. soc.* 1999, p. 410, obs. M. BONNECHERE

³⁰ Cass. soc. 17 avr. 1991, *Dr. soc.* 1991, p. 485, note J. SAVATIER; *Dr. ouvrier* 1991, p. 201, note P. BOUAZIZ

européenne. Au niveau national, ils sont consacrés dans le Préambule de la Constitution de 1946 et dans le Code du travail, plusieurs articles ont pour objet d'interdire les discriminations syndicales. L'article L. 122-45 qui est le plus généraliste concernant les discriminations sanctionne ainsi toute mesure qui serait fondée sur l'activité syndicale ou l'exercice du droit de grève par le salarié.

L'activité syndicale s'entend aussi bien de la vie syndicale dans l'entreprise (distribution de tracts, participation à des réunions, création de nouvelles sections syndicales) que de la simple appartenance à un syndicat. Dernière illustration d'une jurisprudence peu abondante, la Chambre sociale, dans un arrêt rendu le 17 mars 1999, a ordonné la réintégration dans une entreprise d'une salariée licenciée en raison de son activité syndicale au motif qu' «aucune personne ne peut être licenciée en raison de ses activités syndicales »³¹.

Quant à la grève, elle consiste dans «la cessation collective et concertée du travail, afin d'exercer une pression sur le chef d'entreprise ou les pouvoirs publics à l'appui de revendications »³². La protection du droit de grève s'applique non seulement à la grève en elle-même³³, mais également aux faits s'étant déroulés au cours de celle-ci. Ainsi, dans un arrêt en date du 22 janvier 1992, la Cour de cassation a énoncé que «la nullité du licenciement d'un salarié gréviste n'est pas limitée au cas où le licenciement est prononcé pour avoir participé à une grève ; elle s'étend à tout licenciement à raison d'un fait commis au cours de la grève »³⁴.

L'intérêt de la protection de l'article L. 122-45 au regard des nombreux autres textes du Code du travail est qu'il vise à la fois la grève et les activités syndicales. Il permet ainsi une protection non seulement étendue mais également efficace en raison de ses sanctions.

³¹ Cass. soc. 17 mars 1999, *AJ/CFDT* mai 1999, p. 18.

³² LYON-CAEN (G.), PELISSIER (J.), SUPIOT (A.), *Droit du travail*, Précis Dalloz, 17^e édition, 1994, n°974.

³³ Cons. prud. Fort-de-France 27 nov. 1997, *Dr. ouvrier* 1998, p. 279.

3. Les opinions politiques et les convictions religieuses

La jurisprudence en la matière s'avère plutôt rare. Quant aux convictions religieuses, elles semblent regrouper non seulement la liberté de conscience et d'opinion mais également la pratique du culte. M. SAVATIER affirme que la liberté religieuse loin de se limiter à une «liberté intérieure de croyance» implique également «la possibilité concrète, pour ceux qui adhèrent à une foi religieuse, d'accomplir les rites et de respecter les interdits édictés par la communauté religieuse à laquelle ils appartiennent»³⁵. Or un problème survient lorsque cette liberté de croyance et de pratique du culte entre en conflit avec la tâche à accomplir par le salarié dans le cadre de sa profession. Ainsi, dans un arrêt en date du 24 mars 1998, un employé musulman d'un magasin d'alimentation refusait d'être en contact avec de la viande de porc³⁶. La chambre sociale a considéré que les convictions religieuses du salarié n'entrant pas dans le cadre du contrat de travail, l'employeur est en droit d'exiger que le salarié exécute la tâche pour laquelle il a été embauché et en cas de refus, de licencier ce salarié. Comme, la prise en compte par l'employeur des croyances religieuses est interdite, il n'y a aucune raison pour que le salarié puisse s'en prévaloir. Selon M. SAVATIER, un salarié ne peut donc invoquer ses croyances pour suspendre son travail en fonction des rituels propres à chaque religion.

La liberté religieuse peut cependant être limitée dans le cadre particulier des entreprises de tendance que nous étudierons dans une seconde section. L'arrêt de principe consacrant ces possibles limites à la liberté religieuse est l'arrêt Dame Fischer en date du 20 novembre 1986 dans lequel la chambre sociale reconnaît dans certains cas la possibilité pour l'employeur de licencier un salarié qui n'est pas «en communion de pensée et de foi» avec l'entreprise³⁷. Cette jurisprudence a d'ailleurs été confirmée dans un arrêt rendu le 17 août 1995 par la Cour d'appel de Toulouse affirmant que «les dispositions de l'article L. 122-45 (...) ne font pas obstacle au licenciement d'un surveillant rituel de confession juive ayant méconnu, dans le cadre de sa vie privée, les prescriptions de la religion juive»³⁸.

³⁴ Cass. soc. 22 janv. 1992, *Dr. soc.* 1992, p. 271.

³⁵ SAVATIER (J.), obs. sous Cass. soc. 24 mars 1998, *Dr. soc.* 1998, p. 615.

³⁶ Cass. soc. 24 mars 1998, *Dr. soc.* 1998, p. 615, obs. J. SAVATIER

³⁷ Cass. soc. 20 nov. 1986, *Dr. soc.* 1987, p. 379.

Concernant les opinions politiques qui comprennent de la même façon l'appartenance ou non à un parti politique ainsi que la liberté d'exprimer ses convictions politiques, elles suivent le même régime. Ainsi, la Cour d'appel de Versailles, dans un arrêt rendu le 4 décembre 1995, a précisé que la distribution de tracts incitant à voter «non » au référendum sur le Traité de Maastricht à un nombre limité de salariés sur lesquels il n'exerce aucune autorité professionnelle ne justifie pas le licenciement d'un salarié³⁹. Comme la liberté religieuse, la liberté d'opinion, en tant que liberté fondamentale, doit être protégée dans le monde du travail et figure à juste titre parmi les motifs illégitimes de l'article L. 122-45. Cependant, d'autres libertés toutes aussi fondamentales telles que la liberté d'expression ne sont pas citées par le texte.

Le champ d'application de l'article L. 122-45 du Code du travail quant aux critères illégitimes est donc vaste mais il ne saurait être complet. Or, s'agissant d'un principe supérieur d'ordre public, on peut s'interroger sur le caractère exhaustif des motifs énoncés. Considérer que le texte est limitatif reviendrait à en réduire sa portée. Une question se pose donc : la portée de l'article L. 122-45 et a fortiori du dispositif anti-discriminatoire s'étend-elle au-delà des termes du texte ?

2§ Des motifs non exhaustifs

A la lecture de l'article L. 122-45 du Code du travail, on ne peut que s'interroger sur le caractère exhaustif ou non des motifs illégitimes. Cette interrogation est d'ailleurs étroitement liée avec le problème de la portée exacte du texte. Face à une énumération de motifs tels qu'ils figurent dans le texte, deux voies sont ouvertes : soit se limiter aux motifs énoncés en les interprétant largement (A) soit se fonder sur l'article L. 122-45 afin de découvrir un principe général (B).

³⁸ CA Toulouse 17 août 1995, *RJS* 3/96, n°247, p. 147.

³⁹ CA Versailles 4 déc. 1995, *Gaz. Pal.* 1996, pan., p. 119, n°373.

A- L'article L. 122-45 : un texte à vocation extensive

En ajoutant peu à peu de nouveaux motifs à ceux qui existaient à l'origine, le législateur a fait de l'article L. 122-45 un texte en constante évolution (1). Ainsi, la jurisprudence a pu adopter une interprétation large des motifs en anticipant même sur le législateur (2).

1. Une évolution législative constante

Issu à l'origine de la loi du 4 août 1982, l'article L. 122-45 a su s'adapter aux différentes évolutions de la société en érigeant peu à peu de nouvelles attitudes en discriminations. En effet, ne figuraient dans la version initiale de l'article L. 122-45 que les motifs liés à la race, aux opinions politiques et religieuses, à la situation de famille, au sexe et à l'activité syndicale. Ensuite, une loi du 25 juillet 1985 est venue ajouter l'exercice normal du droit de grève. Enfin, la loi du 12 juillet 1990 a complété la liste par l'état de santé, le handicap et les mœurs. Ces ajouts successifs de motifs démontrent la prise en compte par le législateur de la progression sociale. La loi de 1990 a ainsi été votée dans un contexte de revendications de la part des associations de lutte contre le Sida mais aussi de la reconnaissance du concubinage ou de l'homosexualité. En effet, les motifs figurant à l'article L. 122-45 doivent, avant d'être érigés en motifs illégitimes, être reconnus comme susceptibles de fonder des différences de traitement illégitimes.

Le processus anti-discriminatoire implique ainsi la reconnaissance par le législateur d'un droit, sa conscience que l'exercice de ce droit pourrait faire l'objet de discriminations et enfin, son admission en tant que motif illégitime dans les textes interdisant les discriminations⁴⁰. Ce processus, s'il s'avère long et complexe, révèle une certaine «adaptation sociale» de l'article L. 122-45. Il représente en quelque sorte un reflet des évolutions du droit par rapport à la société. Le texte de l'article L. 122-45 est donc loin d'être figé et s'il constitue le texte le plus généraliste du droit du travail concernant les

⁴⁰ PERU-PIROTTE (L.), *La lutte contre les discriminations en droit du travail. Approche critique.*, Thèse Lille II, janvier 2000.

discriminations, il est néanmoins susceptible de modifications futures. Ces modifications sont d'ailleurs immédiatement prises en compte par la jurisprudence à tel point que les juges se permettent des anticipations sur le législateur.

2. Une interprétation large de la jurisprudence

La jurisprudence a adopté une interprétation relativement large du texte de l'article L. 122-45 à deux égards. Tout d'abord, elle entend largement les termes employés par le législateur, ensuite, elle a une faculté d'anticipation sur le législateur.

D'une part, les motifs évoqués à l'article L. 122-45 semblent assez larges et génériques pour permettre aux juges de les appliquer à une multitude de situations. Ainsi concernant la situation de famille, la jurisprudence a considéré qu'il pouvait aussi bien comprendre le lien matrimonial que le lien familial plus précisément le lien de filiation⁴¹. Dans le domaine de l'exercice du droit de grève, les faits s'étant déroulés lors de la grève sont assimilés à la grève elle-même. De même que l'activité syndicale s'entend également de l'appartenance à un syndicat. Aussi, le terme «état de santé» moins réducteur que celui de «maladie» permet entre autres d'englober le Sida, les troubles mentaux... Il paraît évident que le législateur a voulu laisser à la jurisprudence une marge de manœuvre suffisante. Au risque de se répéter, il emploie, par exemple, sans les définir les termes de race, d'ethnie, de nation ou d'origine.

D'autre part, la jurisprudence a, à plusieurs reprises, anticipé sur l'évolution législative. En effet, la loi du 12 juillet 1990 a démontré cette faculté d'anticipation de la jurisprudence. La loi de 1990 a ajouté les motifs liés aux mœurs et à l'état de santé du salarié. Or, à l'occasion de deux décisions, les juges ont appliqué le texte dans sa nouvelle rédaction alors qu'il n'était pas en vigueur au moment des faits. D'abord, la Cour d'appel de Paris sanctionne le licenciement d'un salarié en raison de sa séropositivité⁴². Ensuite,

⁴¹ Cass. soc. 1er juin 1999, *JCP Ent.* 1999, p. 1929, obs. MINE (M.)

⁴² CA Paris, 10 avr. 1991, *JCP Ent.* 1991, II, 225.

c'est la Cour de cassation qui dans l'arrêt Painsecq du 17 avril 1991 annule le licenciement d'un aide-sacristain homosexuel aux vises des articles L.122-35 et L. 122-45 du Code du travail affirmant : «il est interdit à un employeur de congédier un salarié pour le seul motif tiré de ses mœurs»⁴³. Dans les deux cas, l'article L. 122-45 ne pouvait s'appliquer, pourtant la jurisprudence s'appuyant sur les éléments qui venaient d'être ajoutés par le législateur a permis une application anticipée du texte.

Une autre affaire entraîne plus d'incertitudes quant à l'interprétation des juges. Il s'agit de l'affaire Clavaud. En l'espèce, un salarié avait été licencié après la publication de ses déclarations sur ses conditions de travail dans un journal. La chambre sociale, dans un arrêt rendu le 28 avril 1998 annule le licenciement au motif «que l'exercice du droit d'expression dans l'entreprise étant, en principe, dépourvu de sanction, il ne pouvait en être autrement hors de l'entreprise où il s'exerce, sauf abus, dans toute sa plénitude»⁴⁴. Même si elle ne vise pas expressément l'article L. 122-45, elle confirme la décision des juges du fond. Or dans la décision rendue par le conseil des prud'hommes Montluçon le 24 novembre 1986, les juges se fondent sur les articles L.122-45 et L. 461-1 du Code du travail⁴⁵.

L'attitude combinée des juges et du législateur démontre ainsi clairement que l'article L. 122-45 a une vocation extensive. Il semble que les motifs visés sont assez larges afin de les adapter dans la plupart des cas. Pourtant, une autre interprétation du texte lui confère une autorité d'ordre public. En fait, l'article L. 122-45 servirait de fondement à un principe beaucoup plus général.

B- Vers un principe général sous-jacent

De nombreux auteurs décèlent dans l'énumération de l'article L. 122-45 du Code du travail un principe sous-jacent plus général. Mais ce principe consiste-t-il en un principe

⁴³ Cass. soc. 17 avr. 1991, *Dr. soc.* 1991, p. 485, note SAVATIER (J.)

⁴⁴ Cass. soc. 28 avr. 1988, *Dr. soc.* 1988, p. 428, obs. COUTURIER (G.); *Dr. ouvrier* 1988, p. 249, note JEAMMAUD (A.) et LE FRIANT (M.)

⁴⁵ Cons. prud'h. 24 nov. 1986, *Dr. ouvrier* 1987, p. 1, note HENRY (M.)

général de non-discrimination (1) ou s'agit-il plus généralement d'un principe d'ordre public protégeant les droits fondamentaux des salariés (2) ?

1. Un principe général de non-discrimination

Certains auteurs, face à l'interprétation extensive de la jurisprudence, y décèlent un principe général de non-discrimination. Selon M. SAVATIER, «pour prendre des décisions à l'égard du salarié, l'employeur ne doit prendre en considération que des faits ou comportements ayant un rapport avec l'exécution de la prestation de travail »⁴⁶. Serait ainsi exclu du pouvoir de l'employeur tout ce qui relève de la vie privée et même de la vie personnelle du salarié sauf troubles causés au bon fonctionnement de l'entreprise.

M. LABORDE pousse plus loin son raisonnement puisqu'il critique l'attitude du législateur qui, au lieu de définir un concept général de non-discrimination, ne cesse d'ajouter des éléments nouveaux à la liste des discriminations illicites. Or, une définition d'ensemble des discriminations illicites permettrait d'unifier les matières pénales et sociales pour une répression plus cohérente. Ainsi «toute différence de traitement entre les salariés, qui n'est pas fondée sur une différence objective dans la prestation de travail, est constitutive d'une discrimination, sauf exceptions, illicite »⁴⁷. Plus modéré, M. LYON-CAEN s'interroge sur l'existence d'un tel principe qui interdirait toutes les distinctions sauf raisons objectives. Un tel principe, même s'il semble émerger en droit du travail, demeure difficile à mettre en œuvre notamment en matière de rémunérations⁴⁸.

En effet, cette interprétation est controversée. Mme LOCHAK considère que si un principe général de non-discrimination s'impose aux autorités publiques, il en va différemment des personnes privées. Pour les personnes privées notamment l'employeur, l'interdiction de pratiquer des discriminations illicites ne peut résulter que d'un texte légal. « Pour qu'il y ait discrimination illicite, il faut qu'il y ait violation d'une règle

⁴⁶ SAVATIER (J.), note sous Cass. soc. 17 avr. 1991, *Dr. soc.* 1991, p. 487

⁴⁷ LABORDE (J.P.), « Quelques observations à propos de la loi du 12 juillet 1990 relative à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap », *Dr. soc.* 1991, p. 617

⁴⁸ LYON-CAEN (G.), « L'égalité et la loi en droit du travail », *Dr. soc.* 1990, p. 74

particulière »⁴⁹. Un principe général de non-discrimination ne serait donc utile qu'à l'encontre des personnes publiques, il serait inopérant à l'égard des personnes privées et donc a fortiori dans l'entreprise.

Si la reconnaissance d'un principe général de non-discrimination demeure controversée, une autre théorie plus poussée a été avancée : l'article L. 122-45 ne serait qu'une des applications d'un principe d'ordre public.

2. Un principe de protection des libertés fondamentales

Le premier défenseur de cette thèse est sans aucun doute M. Couturier qui dès l'affaire Clavaud a découvert un principe d'ordre public sanctionnant les atteintes portées aux droits fondamentaux⁵⁰. Ce principe découlerait d'une interprétation «par induction suivie de déduction » de l'article L. 122-45. L'article L. 122-45 ne serait qu'une des applications d'un principe plus général et dont les autres applications resteraient à découvrir. En effet, l'article L. 122-45 sanctionne par la nullité certains comportements portant atteinte aux droits et libertés fondamentales du salarié. Mais il n'est que l'expression d'un principe d'ordre public selon lequel toute atteinte à des valeurs fondamentales c'est à dire tout acte illicite débouche sur «la mise à néant de l'acte juridique ». La liste énumérative de l'article L. 122-45 serait, selon l'auteur, à la fois trop complète et trop circonstancielle pour qu'elle soit limitative. Elle ne reflète que des opportunités législatives et a donc vocation à s'étendre aux autres libertés fondamentales.

Les applications de ce principe paraissent moins certaines. Tout licenciement serait nul dès lors qu'il porte atteinte, par exemple, à la liberté d'expression. On appliquerait par analogie la solution de l'affaire Clavaud à toutes les autres libertés fondamentales des salariés : libertés d'opinion, d'expression... En fait, ce qui détermine l'annulation des

⁴⁹ LOCHAK (D.), « Réflexions sur la notion de discrimination », *Dr. soc.* 1987, p. 789

⁵⁰ COUTURIER (G.), « Annuler les actes illicites, la réintégration obligatoire », *Dr. ouvrier* 1988, p. 133

mesures prises serait l'atteinte à des valeurs d'ordre public, fondamentales. Cependant, M. COUTURIER reconnaît que les motifs visés à l'article L. 122-45 sont suffisamment larges pour englober la plupart des cas d'atteinte à des valeurs fondamentales.

Pourtant, depuis la loi du 31 décembre 1992 qui a introduit l'article L. 120-2 au Code du travail, le débat semble clos. En effet, l'article L.120-2 dispose que «nul ne peut porter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ». Il apparaît, en outre, que la sanction préconisée est la même que celle de l'article L. 122-45 à savoir la nullité de l'acte juridique contraire. Ce principe se distingue donc de l'article L. 122-45 et renforce la protection des salariés puisqu'elle est aujourd'hui assurée par deux textes distincts. Tout ce qui était exclu du champ de l'application de l'article L. 122-45 entre désormais dans celui de l'article L. 120-2.

L'article L. 120-2 semble donc plus approprié comme fondement d'un principe d'ordre public puisqu'il prohibe explicitement toute atteinte aux valeurs fondamentales du salarié. S'il existe un principe sous-jacent à l'article L. 122-45, il s'agirait plutôt d'un principe général de non-discrimination. Pourtant, l'émergence de ce principe est trop récente pour pouvoir s'imposer. De plus, la jurisprudence, même si elle interprète largement les motifs visés par le texte, ne semble pas vouloir s'en écarter d'autant plus qu'elle dispose aujourd'hui d'une nouvelle arme : l'article L. 120-2.

Les motifs illégitimes énumérés à l'article L. 122-45 font l'objet d'une interprétation extensive qui confère au texte une portée d'ordre public. Une discrimination illégitime doit ainsi être fondée sur un motif illégitime. Ce motif illégitime est nécessaire mais insuffisant, la discrimination doit, en outre, être opérée dans un domaine prédéterminé par le législateur. L'article L. 122-45 du Code du travail a, en effet, déterminé le domaine dans lequel le comportement ou la mesure adoptée par l'employeur et fondée sur un motif illégitime devenait discriminatoire.

Section 2 - Le domaine protégé

La difficulté de la tâche du législateur en droit du travail consiste à concilier l'intérêt de l'entreprise avec les droits et les libertés des salariés. Or l'article L. 122-45 constitue un parfait exemple puisque tout en interdisant des distinctions fondées sur des motifs illégitimes dans un domaine le plus large que possible, il préserve le pouvoir de l'employeur indispensable au bon fonctionnement de l'entreprise. La limitation des pouvoirs de l'employeur se manifeste ainsi quant à l'existence de son contrat de travail (§1) mais également dans l'exécution de ce contrat (§2).

1§ L'existence du contrat de travail

La protection de l'article L. 122-45 s'avère extrêmement vaste puisqu'elle s'étend de la conclusion du contrat de travail jusqu'à sa rupture. Ainsi, les pouvoirs de l'employeur sont limités dans la phase de conclusion (A), mais également dans le cadre de la rupture du contrat (B).

A- La conclusion du contrat de travail

Du XIX^e siècle à la première moitié du XX^e siècle, la sélection à l'embauche ne posait que le problème de la qualification professionnelle par rapport au poste occupé dans l'entreprise. Mais la reconnaissance du lien de subordination existant entre les salariés et l'employeur entraîna la volonté de faire respecter la dignité et la liberté des salariés. Or si le salarié met à disposition de l'entreprise non pas sa personne mais sa force de travail, il ne doit pas aliéner sa personnalité au moment de l'embauche. Dans la phase délicate du choix d'un candidat, il s'agit en fait de séparer la vie privée de la vie professionnelle. Le recrutement d'un candidat ne doit être effectué que sur des considérations professionnelles et non personnelles. Depuis la loi du 31 décembre 1992 résultant du rapport de M. G. LYON-CAEN relatif aux libertés publiques et à l'emploi⁵¹, le champ d'application de l'article L. 122-45 a été élargi à la phase de recrutement du salarié. En effet, a été intégré

⁵¹ LYON-CAEN (G.), Rapport Officiel *Libertés publiques et emploi*, Documentation Française, 1992

au texte, «aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement... ». Or, si même avant la loi du 31 décembre 1992, il est admis que l'article L. 122-45 s'appliquait au recrutement du salarié⁵², cette nouvelle protection textuelle rappelle avec force l'égalité des candidats à l'emploi. Ainsi l'article L. 122-45 interdit la prise en compte de critères sans rapport avec l'exercice d'un emploi.

La circulaire DRT du 15 mars 1993 précise que l'article L. 122-45 vise désormais toute personne candidate à un emploi dès lors qu'elle a postulé pour un emploi déterminé et que sa candidature a été rejetée pour des raisons discriminatoires. Concernant les personnes chargées de recruter, l'article L. 122-45 s'applique non seulement à l'employeur ou son délégué mais également aux intermédiaires en recrutement tels que les cabinets de recrutement. Outre la procédure de recrutement en elle-même, le champ d'application du texte s'étend au questionnaire d'embauche.

La première illustration jurisprudentielle remonte à un arrêt rendu le 17 octobre 1973 dans lequel un salarié avait été licencié pour avoir omis de mentionner sa qualité de prêtre dans le questionnaire d'embauche. La Cour de cassation a estimé que le licenciement était abusif au motif que les renseignements demandés lors de l'embauche ne peuvent concerner «des domaines sans lien direct avec l'activité professionnelle»⁵³. De même, une décision du Conseil de prud'hommes de Paris en date du 30 mars 1999, se fondant sur l'article L. 122-45 du Code du travail, a sanctionné une société qui avait sélectionné les candidats selon les critères de l'exercice d'une activité syndicale et la participation à des mouvements de grève⁵⁴. Ainsi, lors de l'entretien d'embauche ont été posées des questions sur la grève telles que «pourquoi faites-vous grève ? » ou « Fréquentez-vous les non-grévistes ? ». Selon M. LYON-CAEN, l'article L. 122-45 a pour fondement juridique la laïcité de l'entreprise. L'entreprise, au moment du recrutement, ne doit s'intéresser qu'à ce qui la concerne et doivent être écartés tous les renseignements relatifs à la vie personnelle du salarié.

⁵² LYON-CAEN (G.), Rapport Officiel préc., n°69; RAY (J.E), « Une loi macédonienne ? Etude critique du titre V de la loi du 31 décembre 1992 », *Dr. soc.* 1993, p. 103

⁵³ Cass. soc. 17 oct. 1973, *JCP* 1974, II, 17698, note ST JOURS

⁵⁴ Cons. prud'h. Paris 30 mars 1999, *Dr. ouvrier* 1999, p. 466, obs. P.M.

Si l'employeur ne peut décider un recrutement à partir de critères illégitimes, il est cependant totalement libre dans le choix du candidat à embaucher. Ainsi une décision du Conseil Constitutionnel en date du 20 juillet 1988 a constitutionnaliser la liberté de choisir ses collaborateurs⁵⁵. De plus, il faut souligner que le législateur a exclu un critère illégitime du domaine du recrutement. Lors du vote de la loi de 1985 qui a introduit l'exercice normal du droit de grève à la liste des motifs prohibés, ce critère a été ajouté dans un 2^e alinéa... Or la loi du 31 décembre 1992 qui est venue ajouter la phase de recrutement au domaine d'application de l'article L. 122-45 n'a complété que le 1^{er} alinéa. On peut se demander s'il s'agit là d'un oubli du législateur ou si cela traduit la volonté de distinguer le droit de grève des autres critères. Le législateur a, en effet, pu estimer que l'exercice du droit de grève ne peut être pris en compte dans la phase de recrutement puisque le candidat n'appartenant pas encore à l'entreprise n'a pu exercer son droit de grève à l'intérieur de celle-ci. Par contre, lors de l'exécution de son contrat de travail, il peut tout à fait exercer «normalement son droit de grève » sans faire l'objet d'une quelconque sanction. Pourtant, il paraît illusoire de penser qu'un chef d'entreprise ne se renseignera pas sur les éventuelles participations à des grèves antérieures des candidats à l'embauche. L'employeur dans le choix du candidat à l'embauche pourrait légalement écarter un candidat en raison de précédentes grèves. C'est pourquoi, la jurisprudence n'a pas tenu compte de la rédaction de l'article L. 122-45 et a ainsi pu sanctionner une société qui avait fondé la sélection des candidats à l'embauche sur leur participation à des grèves antérieures⁵⁶.

Hormis ces comportements discriminatoires interdits, l'employeur dispose d'une large liberté concernant le choix des futurs salariés de son entreprise. En fait, le libre choix des candidats à l'embauche apparaît comme le principe alors que l'application de l'article L. 122-45 dans ce domaine ne représente qu'une exception. Cependant, depuis la loi de 1992, les exceptions tendent cependant à se multiplier dans ce domaine. En effet, avant 1992, aucune règle ne venait réglementer la phase de recrutement, seule était protégée la phase de licenciement du salarié.

⁵⁵ D.C. 244-88 du 20 juil. 1988, *Dr.soc.* 1988, p. 762

⁵⁶ Cons. prud'h. Paris 30 mars 1999, *Dr. ouvrier* 1999, p. 466, obs. P.M.

B- La rupture du contrat de travail

L'article L. 122-45 protège explicitement la phase de rupture du contrat de travail en prohibant tout licenciement fondé sur des critères illégitimes (1), cependant le doute subsiste quant à la protection des autres modes de rupture du contrat de travail (2).

1. Le licenciement

Le licenciement constitue sans aucun doute la principale source de contentieux en la matière. En effet, la décision de rompre du contrat de travail amène davantage de contestations de la part des salariés. La preuve est également plus facile à rapporter car le droit du travail impose à l'employeur non seulement de respecter une procédure de licenciement mais également de motiver ce licenciement par une cause réelle et sérieuse. Le licenciement qui peut être défini comme la résiliation du contrat de travail sur l'initiative de l'employeur comporte deux variantes : il est soit économique ou pour motif personnel.

En matière de licenciement économique, de nombreuses obligations d'ordre procédural pèsent sur l'employeur. Mais le licenciement doit absolument être fondé sur un motif économique sur lequel les juges opèrent un contrôle très strict. Un motif économique ne doit pas cacher un motif illégitime. Parmi les obligations incombant à l'employeur, le choix des salariés à licencier ne doit pas être discrétionnaire. Il est, en effet, fondé sur des critères prédéterminés tels que les charges de famille, l'ancienneté, les qualités professionnelles ou encore les caractéristiques sociales du salarié. Or sous ces critères, l'employeur ne doit pas dissimuler un motif illégitime. L'ordre des licenciements ne peut ainsi être déterminé selon le critère de la charge de la famille nombreuse en distinguant selon l'origine européenne et maghrébine ou turque. Cette distinction cache une discrimination en raison de l'origine dénoncée par la Cour de cassation⁵⁷. Cette solution a

⁵⁷ Cass. soc. 8 avr. 1992, *JCP Ent.* 1992, pan., p. 258, n°797

d'ailleurs été réaffirmée en matière de discrimination raciale⁵⁸ mais également de discrimination à raison du sexe⁵⁹. Il est très tentant pour un employeur d'utiliser les critères de l'ordre des licenciements afin de dissimuler des motifs illégitimes de licenciement et ainsi de traiter différemment les salariés selon des critères prohibés.

Concernant les licenciements pour motif personnel, ils sont subordonnés à l'existence d'une cause réelle et sérieuse. Ainsi, un motif illégitime au sens de l'article L. 122-45 ne peut constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement. La difficulté pour les juges consiste à rechercher si un licenciement apparemment fondé ne dissimule pas un licenciement motivé par un critère illégitime. Il appartient donc aux juges du fond, dans l'exercice de leur pouvoir souverain d'appréciation, de rechercher le véritable motif du licenciement. Dans un arrêt rendu le 28 octobre 1997 par la Cour d'appel de Rennes, l'analyse des faits a permis aux juges du fond de démontrer que le véritable motif du licenciement était l'activité syndicale de la salariée. Cette appréciation a d'ailleurs été confirmée par la Chambre sociale qui a affirmé la nullité d'un tel licenciement au visa de l'article L. 122-45⁶⁰.

Le licenciement constitue donc un domaine particulièrement protégé et encadré par le législateur. Outre ces procédures contraignantes pour l'employeur, le salarié a la possibilité de s'appuyer sur les règles de l'article L. 122-45 du Code du travail afin de contester son licenciement. C'est pourquoi la jurisprudence est abondante en la matière. Cependant, si le licenciement discriminatoire est prohibé en tant que tel, l'article L. 122-45 ne mentionne aucun autre mode de rupture possible du contrat de travail.

2. Les autres modes de rupture

Bien que le licenciement constitue le mode de rupture du contrat de travail le plus courant, il existe d'autres modes de rupture au cours desquels peuvent intervenir des critères illégitimes. Ces modes de rupture, même s'ils ne revêtent pas la qualification de

⁵⁸ Cass. soc. 10 fév. 1998, *CSBP* n°99, p. 97, B. 67

⁵⁹ Cass. soc. 9 juin 1998, *RJS* 07/98, p. 542, n° 834

licenciement, émanant de l'employeur et donc imposés au salarié. Ainsi les mises à la retraite peuvent être fondées sur un critère illégitime sans que le salarié ne puisse invoquer l'article L. 122-45. Sur ce point, il faut distinguer les mises à la retraite qui seront considérées comme des licenciements en raison de leur irrégularité légale ou conventionnelle⁶¹. Ces mises à la retraite puisqu'elles sont requalifiées en licenciement entrent dans le champ d'application de l'article L. 122-45. A contrario, les mises à la retraite respectant les conditions légales ou conventionnelles seront exclues de ce champ d'application de même que les démissions ou les départs anticipés...

Si ces différentes mesures sont exclues du domaine de l'article L. 122-45, elles entrent dans le domaine d'autres articles du Code du travail mais concernant des critères spécifiques. Ainsi, l'article L. 123-1 et L. 122-25-2 concernent la discrimination à raison du sexe. L'article L. 412-2 vise les activités syndicales. L'article L. 521-1 prohibe quant à lui les discriminations pour fait de grève. Il est à cet égard regrettable de constater que la protection n'est assurée que partiellement et ponctuellement par des articles éparpillés dans le Code du travail. La matière gagnerait à être unifiée à travers l'article L. 122-45 qui remplirait alors parfaitement son rôle de texte généraliste. A défaut d'intervention législative, la jurisprudence devrait se prononcer. Il faudrait alors, à l'instar des motifs visés à l'article L. 122-45, adopter une conception extensive des comportements prohibés. Le licenciement engloberait ainsi tout mode de rupture sur l'initiative de l'employeur.

Ainsi de la conclusion à la rupture du contrat de travail, l'article L. 122-45 offre une protection étendue mais inégale au salarié. L'article L. 122-45 constitue, en effet, le texte le plus général du Code du travail à côté d'autres articles plus précis mais couvrant un domaine beaucoup plus réduit. Cependant, si les motifs illégitimes énoncés dans l'article bénéficient d'une application extensive, il semble que les comportements prohibés soient strictement entendus. En effet, seuls les comportements expressément visés entrent dans le champ d'application de l'article L. 122-45. Cette remarque est, d'ailleurs, tout aussi valable quant à la phase intermédiaire entre la conclusion et la rupture du contrat. L'article

⁶⁰ Cass. soc. 17 mars 1999, *AJCFDT* n° 136, mai 1999, p. 18

⁶¹ Cass. soc. 7 déc. 1993, *D.* 1994, IR p. 37

L. 122-45 étend, en effet, sa protection à une période importante pendant laquelle le salarié est directement soumis au pouvoir disciplinaire de l'employeur : l'exécution du contrat de travail.

2§ L'exécution du contrat de travail

Le second domaine d'application de l'article L. 122-45 consiste dans l'exécution du contrat de travail. Ce domaine intermédiaire situé entre la conclusion et la rupture du contrat de travail est la période pendant laquelle le salarié travaille dans l'entreprise. Or l'exécution d'un travail suppose un lien de subordination entre le salarié et l'employeur. Ce lien de subordination est étroitement encadré puisqu'il ne devra pas servir de fondement à un comportement discriminatoire tout en permettant à l'employeur d'exercer un certain pouvoir de contrainte. L'article L. 122-45 pose ainsi une limite à l'exercice du pouvoir disciplinaire de l'employeur (A) sans pour autant porter atteinte au droit d'individualisation de la sanction (B).

A- Un pouvoir disciplinaire limité

L'article L. 122-45 a été inséré dans le Code du travail à l'occasion d'une loi du 4 août 1982 destinée à réorganiser le pouvoir disciplinaire dans l'entreprise. Outre les articles définissant la faute disciplinaire, la sanction disciplinaire et organisant leurs modalités, le législateur a tenu à organiser un système de garanties protégeant les salariés contre les abus de ce pouvoir. Il a donc entre autres introduit l'article L. 122-45 dans une sous-section II relative à la protection des salariés et au droit disciplinaire. Le premier objectif de cet article consistait à limiter le pouvoir disciplinaire de l'employeur en prohibant toute sanction fondée sur un motif illégitime. Aux termes de l'article L. 122-45 du Code du travail, «aucun salarié ne peut être sanctionné... » à raison des motifs illégitimes cités dans le texte. La sanction disciplinaire est définie à l'article L. 122-40 du Code du travail. Il s'agit de «toute mesure, autre que les observations verbales, prise par l'employeur à la suite des agissements du salarié, considéré par lui comme fautif, que cette mesure soit de nature à affecter immédiatement ou non la présence du salarié dans

l'entreprise, sa fonction, sa carrière, sa rémunération ». Une telle sanction fait partie du pouvoir de l'employeur mais elle doit être fondée sur une faute réelle du salarié. Si la sanction disciplinaire est, au contraire, fondée sur un motif illégitime, elle encourt la nullité.

Ainsi dans un arrêt du 10 février 1999, une salariée avait fait l'objet d'un déclassé professionnel afin d'éviter tout risque d'espionnage industriel au profit de son époux. Or la Chambre sociale a affirmé au visa de l'article L. 122-45 qu' « un salarié ne peut être sanctionné en raison de sa situation de famille »⁶². L'employeur ne doit à aucun moment prendre en compte des éléments subjectifs inhérents à la personne du salarié pour motiver une sanction disciplinaire. En l'espèce, l'employeur avait motivé sa sanction sur la situation familiale de la salariée donc sur des éléments inhérents à sa personne. De même, des faits en rapport avec l'état de santé d'une salariée ne peuvent constituer une faute grave motivant un licenciement⁶³.

En fait, il suffit que le comportement reproché au salarié ait un lien avec un motif illégitime pour que la sanction soit considérée comme discriminatoire. En revanche, l'employeur conserve certaines libertés quant à l'exercice de son pouvoir disciplinaire notamment à travers le droit d'individualisation de la sanction.

B- Un droit d'individualisation de la sanction

L'employeur, dans l'exercice de son pouvoir disciplinaire bien que limité, conserve certaines libertés quant aux sanctions des salariés. S'est posée la question de savoir si la même sanction devait être obligatoirement appliquée aux auteurs d'une même faute. Selon M. WAQUET⁶⁴, même si le concept de discrimination a pour origine la notion d'égalité, le droit du travail est loin d'imposer une stricte égalité entre tous les salariés. Toute distinction n'est pas une discrimination, elle doit pour cela être fondée sur des motifs

⁶² Cass. soc. 10 fév. 1999, *Dr. soc.* 1999, p. 410, obs. BONNECHERE (M.)

⁶³ Cass. soc. 28 janv. 1998, *Dr. soc.* 1998, p. 406, obs. MAZEAUD (A.)

⁶⁴ WAQUET (P.), note sous Cass. soc. 15 mai 1991, « La sanction doit-elle être la même pour tous les auteurs d'une même faute ? », *Dr. soc.* 1991, p. 619.

illégitimes. Ainsi, il peut exister des différenciations licites dans l'exercice du pouvoir disciplinaire. Cette analyse est d'ailleurs partagée par M. RAY⁶⁵. En fait, le juge au lieu de rechercher l'égalité des sanctions opère son contrôle sous l'angle de la proportion ou disproportion de la sanction par rapport à la faute. En recherchant cette proportion, il pourra, en effet, déceler une discrimination. Les sanctions pourront être différentes à condition qu'elles soient justifiées.

Quant à la jurisprudence, elle a tardé à se prononcer. Dans un arrêt rendu le 16 décembre 1986⁶⁶, la Chambre sociale avait affirmé que l'employeur «n'est pas tenu d'appliquer la même sanction aux deux antagonistes s'il estime de l'intérêt de l'entreprise de ne pas se priver de la collaboration de l'un d'entre d'eux ». Ainsi, l'employeur, dès qu'il justifiait sa décision par l'intérêt de l'entreprise, pouvait sanctionner différemment les participants à une même faute. Cependant, la Chambre sociale a modifié sa position dans un arrêt en date du 1^{er} décembre 1988⁶⁷. Elle a, en effet, considéré qu'était discriminatoire le licenciement d'un salarié pour faute grave alors que les autres salariés auteurs de la même faute n'avait été que mis à pied.

Cet arrêt a suscité de nombreuses interrogations. Pour certains, il constituait un revirement de jurisprudence et interdisait ainsi toute différenciation dans la sanction. Selon M. WAQUET ou M. FRANCK⁶⁸, cet arrêt sanctionne l'absence de faute lourde du salarié licencié qui serait seule de nature à justifier son licenciement.

Le problème du droit à l'individualisation de la sanction a finalement été résolu par la Chambre sociale qui a affirmé sa position à l'occasion de deux arrêts rendus le 15 mai 1991⁶⁹. Les faits sont sensiblement identiques dans les deux affaires. Dans la première, des fautes lourdes ont été commises par plusieurs salariés à l'occasion d'une grève. Or quatre salariés ont été licenciés alors que les autres ont été mis à pied ou n'ont pas du tout été sanctionnés. Dans la seconde espèce, des fautes graves sont reprochées à des salariés qui

⁶⁵ RAY (J.E.), « L'égalité et la décision patronale », *Dr. soc.* 1990, p.83.

⁶⁶ Cass. soc. 16 déc. 1986, *B. civ.V*, n°489, p. 590.

⁶⁷ Cass. soc. 1^{er} déc. 1988, non publié mais cité au *Dr. soc.* 1990, p. 107.

⁶⁸ Cass. soc. 15 mai 1991, (note sous) « La sanction doit-elle être la même pour tous les auteurs d'une même faute ? », WAQUET (P.), concl. FRANCK (P.), *Dr. soc.* 1991, p. 619.

⁶⁹ Cass. soc. 15 mai 1991, note préc.

ont commis une fraude sur leurs horaires de travail. De la même façon, l'employeur ne licenciera qu'un seul salarié. Les Cours d'appel ont confirmé ces décisions et dans les deux cas, les salariés licenciés invoquent, dans leur pourvoi, une discrimination dans la sanction.

Cependant, dans ses conclusions, l'avocat général M. FRANCK rappelle que l'employeur dispose d'un pouvoir d'individualisation dans la sanction qu'il compare au pouvoir d'individualisation de la peine reconnu au juge répressif⁷⁰. En fait, il trace deux limites à ce pouvoir. D'abord, cette individualisation dans la sanction doit être exercée en dehors de toute discrimination. Ensuite, elle doit avoir pour seul objectif l'intérêt de l'entreprise. Le principe demeure la libre appréciation par l'employeur de l'exercice de son pouvoir disciplinaire. Mais cette liberté de l'employeur est strictement encadrée et ne peut faire l'objet d'abus. La jurisprudence adhère à cette analyse puisque dans ses attendus identiques pour les deux affaires, elle affirme : «s'il est interdit à l'employeur, à peine de nullité de la mesure, de pratiquer une discrimination, au sens de l'article L. 122-45 du Code du travail, 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 la même faute... »

Trois notions clefs se dégagent de cette jurisprudence : le pouvoir d'individualisation de la sanction conféré à l'employeur, la justification par l'intérêt de l'entreprise et la nécessaire absence de discriminations. La jurisprudence tend ainsi à imposer « une utilisation neutre »⁷¹ du pouvoir de direction de l'employeur. Cette utilisation neutre est orientée vers l'intérêt de l'entreprise et non vers l'intérêt personnel de l'employeur. Une différence de sanctions entre les salariés doit ainsi être justifiée uniquement par l'intérêt de l'entreprise. Or il incombe au juge de s'assurer de l'existence de cette justification car la défense des droits et libertés fondamentales du salarié en dépend.

⁷⁰ FRANCK (P.), concl. sur Cass. soc. 15 mai 1991, *Dr. soc.* 1991, p. 619.

⁷¹ BOSSU (B.), « Droits de l'homme et pouvoirs du chef d'entreprise : vers un nouvel équilibre », *Dr. soc.*

Si l'article L. 122-45 du Code du travail quant à la définition des comportements discriminatoires semble encore receler quelques lacunes tant au niveau des motifs illégitimes qu'au niveau du domaine de protection, les récentes interventions législatives démontrent une volonté de combler ces lacunes de la part du législateur. L'article L. 122-45 remplira parfaitement son rôle de texte généraliste du Code du travail dès lors qu'il tendra à uniformiser le dispositif anti-discriminatoire en droit du travail. Cependant, aussi bien le domaine visé par l'article L. 122-45 du Code du travail, qui s'étend de la conclusion à la rupture du contrat de travail, que les motifs illégitimes, dont la liste du texte a été complétée par la jurisprudence, ont conduit à ériger l'article L. 122-45 en principe d'ordre public. Ce principe connaît cependant des exceptions. En effet, les comportements définis comme discriminatoires peuvent dans certains cas être légitimés. L'existence d'un motif légitime prévu par le législateur ou élaboré par la jurisprudence efface la discrimination⁷².

1994, p. 754.

⁷² LOCHAK (D.), *Dr. soc.* 1987, p. 788.

CHAPITRE II

LES EXCEPTIONS AU PRINCIPE

Les exceptions au principe de non-discrimination de l'article L. 122-45 du Code du travail sont de deux sortes : certaines exceptions ont été expressément prévues par le législateur dans le cadre de l'article (Section 1), les autres d'origine jurisprudentielle sont entièrement liées à l'intérêt de l'entreprise (Section 2).

Section 1 - Les exceptions textuelles

Si l'article L. 122-45 du Code du travail édicte bien un principe d'ordre public, il prévoit également des exceptions à ce principe. Ainsi selon certaines conditions établies par le législateur, l'employeur pourra motiver un licenciement par l'exercice du droit de grève par le salarié (§1) ou par l'état de santé (§2) de celui-ci.

1§ L'exercice du droit de grève

L'application de l'article L. 122-45 pourra être écartée en raison de l'exercice anormal du droit de grève par le salarié (A). Cependant, la jurisprudence substituer à cette exception la faute lourde du salarié (B) visée par l'article L. 521-1 du Code du travail.

A- L'exercice anormal du droit de grève

Dans son deuxième alinéa, l'article L. 122-45 du Code du travail dispose «aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié en raison de l'exercice normal du droit de grève ». Interprété a contrario, cet alinéa signifie que l'article L. 122-45 ne protège pas les salariés ayant exercé anormalement leur droit de grève. L'exercice anormal du droit de

grève constitue dès lors une exception au principe de non-discrimination. Des problèmes se sont cependant posés quant à l'interprétation de l'expression «exercice normal du droit de grève ». Quelle distinction existe-t-il entre l'exercice normal et anormal du droit de grève ? Comme le souligne M. RAY, l'adjectif «normal », issu d'un sous-amendement parlementaire, ne simplifie pas la tâche des juges notamment celle du juge des référés⁷³.

Pour être normal, l'exercice du droit de grève doit se dérouler dans le cadre d'un mouvement licite et donc répondre à la définition de la jurisprudence. L'arrêt du 16 mai 1989 a clairement défini la grève : il s'agit «d'un arrêt de travail concerté en vue d'appuyer des revendications professionnelles »⁷⁴. En effet, en présence d'un mouvement illicite, la jurisprudence a souvent parlé de «l'exercice anormal du droit de grève »⁷⁵. Que le mouvement soit licite ne suffit pourtant pas, encore faut-il que l'exercice du droit de grève ne revête pas un caractère abusif. La jurisprudence étant plutôt floue en la matière, la doctrine notamment M. WAQUET⁷⁶ a tenté de mettre en évidence les critères distinguant l'exercice normal du droit de grève de son abus. Parmi les critères traditionnels utilisés, figure l'intention de nuire mise en évidence dans un arrêt du 16 février 1989⁷⁷. Ce critère s'avère insuffisant puisque la grève est par essence destinée à nuire à l'employeur et à l'entreprise. Le critère de responsabilité civile n'est pas plus convaincant car la seule faute de quelques grévistes ne permet pas de modifier la nature du mouvement⁷⁸. Enfin, le critère de détournement du droit de sa finalité sociale, s'il demeure le mieux adapté au droit de grève, semble difficilement applicable.

C'est pourquoi l'auteur leur préfère le principe de proportionnalité. Issu du droit communautaire et de la CEDH dans ses articles 8, 9, 10 et 11, ce principe reconnaît que tout droit peut être soumis à des restrictions en fonction d'autres impératifs. Ainsi, le droit de grève, considéré de par ses manifestations violentes comme un droit extraordinaire, doit

⁷³ RAY (J.E), « La réintégration du gréviste illégalement licencié », *Dr. soc.* 1989, p. 351.

⁷⁴ Cass. soc. 16 mai 1989, *RJS* 6/89, n°536.

⁷⁵ Cass. soc. 19 mars 1953, *JCP* 1953, II, 7681, obs. G.B. ; Cass. soc. 31 mai 1967, *Dr. soc.* 1967, p. 361, obs. J. SAVATIER

⁷⁶ WAQUET (P.), « La grève, les mouvements illicites et l'abus du droit de grève », *RJS* 3/95, p. 139.

⁷⁷ Cass. soc. 16 fév. 1989, *RJS* 4/89, n°380.

⁷⁸ Cass. soc. 18 janv. 1995, *RJS* 3/95, n°289.

être tempéré afin d'éviter les abus tels que l'atteinte aux droits et libertés d'autrui. Ces différents abus du droit de grève peuvent être illustrés à différents moments de la grève. Au stade de la revendication, seule une revendication illicite, destinée par exemple à organiser une discrimination prohibée dans l'entreprise⁷⁹, pourrait constituer un abus. Mais à l'image des abus constatés lors du déclenchement de la grève, ils demeurent cependant exceptionnels. En fait, c'est surtout dans le cadre de la conduite de la grève que les abus interviennent. Une grève peut en effet devenir intolérable pour l'entreprise. La jurisprudence retient le critère de la désorganisation de l'entreprise. Ainsi l'arrêt précité du 18 janvier 1995 précise : « ce n'est qu'au cas où la grève entraîne ou risque d'entraîner la désorganisation de l'entreprise qu'elle dégénère en abus ». Différents événements peuvent entraîner une désorganisation de l'entreprise notamment des actes illicites. Mais une poursuite de la grève qui porterait atteinte à l'outil de production ou à la qualité de cette production pourrait également être qualifiée d'abus.

L'exercice normal du droit de grève est donc le principe, l'exercice anormal à travers les mouvements illicites ou les abus demeure une exception. En présence d'un droit de grève exercé anormalement, le juge devra alors écarter l'application de l'article L. 122-45 du Code du travail et le licenciement ou la sanction prononcée par l'employeur sera alors justifiée. Une autre hypothèse permet également de justifier un licenciement ou une sanction fondée sur l'exercice du droit de grève : la faute lourde du salarié. Cependant, cette hypothèse n'est pas envisagée par l'article L. 122-45, texte généraliste en matière de discriminations, mais par l'article L. 521-1 du Code du travail, texte spécifique à l'activité syndicale et au droit de grève.

B- La faute lourde du salarié

Bien que les articles L. 122-45 et L. 521-1 du Code du travail protègent tous deux l'exercice du droit de grève du salarié, ils envisagent chacun une exception particulière à cette protection. En effet, aux termes du premier alinéa de l'article L. 521-1 du Code du travail, la faute lourde du salarié à l'occasion de la grève justifie son licenciement.

⁷⁹ Cass. soc. 25 oct. 1979, *Bull. civ.* V, n°786, p. 582.

L'articulation de ces deux articles semble particulièrement incohérente. Ces incohérences s'expliquent par les ajouts successifs de dispositions anti-discriminatoires par différentes lois sans rapport les unes avec les autres. Ainsi si le deuxième alinéa de l'article L. 122-45 du Code du travail est issu d'une loi datant du 25 juillet 1985, le premier alinéa de l'article L. 521-1 aux termes duquel «la grève ne rompt pas le contrat de travail, sauf faute lourde imputable au salarié » date d'une loi du 11 février 1950. La faute lourde constitue la faute la plus grave qui puisse être commise par un salarié. Elle est parfois caractérisée par l'intention de nuire du salarié, mais cette notion fait l'objet d'une controverse doctrinale. Dans tous les cas, il s'agira d'une faute individuelle commise par un salarié lors de sa participation à un mouvement de grève sans pour autant nécessiter un quelconque préjudice envers l'employeur. Elle pourra survenir soit à lors d'un mouvement licite à l'occasion duquel des actes abusifs seront commis soit lors d'un mouvement illicite pour lequel une simple participation du salarié suffit à caractériser la faute lourde.

Ainsi la faute lourde tout comme l'exercice anormal du droit de grève constituent des motifs légitimes de discrimination. Cependant quels rapports existent-ils entre ces deux notions. Le législateur a-t-il voulu désigner sous deux expressions différentes le même comportement ? L'exercice normal du droit de grève consisterait en une grève exempte de toute faute lourde de la part du salarié ou alors le licenciement discriminatoire fondé sur l'exercice du droit de grève bénéficierait d'une protection spécifique à travers l'article L. 521-1 du Code du travail et l'article L. 122-45 couvrirait les autres domaines de protection.

Les interprétations de la doctrine sont divergentes sur le sujet. Certains auteurs, notamment M. RAY⁸⁰, considèrent que les deux exceptions sont alternatives : le salarié pourrait ainsi invoquer l'un ou l'autre article. En l'occurrence, le salarié licencié pour fait de grève aurait tout intérêt à invoquer l'article L. 521-1 plus protecteur. L'article L. 122-45 aurait, en effet, une vocation plus collective alors que l'article L. 521-1 tendrait à s'appliquer aux agissements individuels du salarié. D'autres auteurs, a contrario, estiment que ces deux conditions sont cumulatives⁸¹. Le salarié ne pourrait recevoir la protection

⁸⁰ RAY (J.E.), « La réintégration du gréviste illégalement licencié », *Dr. soc.* 1989, p. 349.

⁸¹ Anonyme, note sous CA Versailles 21 mars 1986, *AJ/CFDT* 1986, p. 19.

législative qu'en l'absence de faute lourde de sa part et dans le cadre de l'exercice normal du droit de grève. Si l'une des deux conditions n'est pas réalisée, le licenciement du salarié est alors justifié. Une autre solution reviendrait à appliquer le principe selon lequel le texte spécial prime sur le texte général. On privilégierait alors l'application de l'article L. 521-1 spécifique au droit de grève plutôt que celle de l'article L. 122-45 beaucoup plus général.

La jurisprudence a tranché la controverse à l'occasion de deux arrêts du 16 décembre 1992 et 7 juin 1995. Dans le premier, la chambre sociale affirme qu' «un salarié gréviste ne peut être licencié ou sanctionné à raison d'un fait commis à l'occasion de la grève que si ce fait est constitutif d'une faute lourde»⁸². Cet arrêt consacre la primauté de l'article L. 521-1 sur l'article L. 122-45 en matière de grève. Un second arrêt en date du 7 juin 1995⁸³ est venu confirmer cette jurisprudence faisant référence à l'absence de faute lourde du salarié. M. TILLIE en déduit que la seule exception au droit à réintégration, qui constitue la sanction encourue pour un licenciement discriminatoire, se trouve dans la commission de la faute lourde⁸⁴.

Cependant, cette interprétation revient à écarter l'exception figurant à l'article L. 122-45 à savoir l'exercice anormal du droit de grève pour tout licenciement ou toute sanction fondée sur l'exercice du droit de grève. Selon Mme PERU-PIROTTE, l'application de l'article L. 122-45 ne serait écartée uniquement concernant des comportements discriminatoires pouvant s'analyser en licenciements, les autres comportements entrant dans le domaine du texte⁸⁵. Ainsi, selon le comportement adopté par l'employeur en réponse à l'exercice du droit de grève, l'exception à la protection du salarié relèvera soit de la faute lourde imputable au salarié soit de l'exercice anormal du droit de grève. Cette interprétation présente l'avantage de concilier les termes de l'article L. 521-1 qui parle de rupture du contrat de travail et de la jurisprudence qui évoque le licenciement ou la sanction du salarié.

⁸² Cass. soc. 16 déc. 1992, *Dr. soc.* 1993, p. 391, obs. J. SAVATIER

⁸³ Cass. soc. 7 juin 1995, *Bull. civ.* V, n°181.

⁸⁴ TILLIE (P.), « Les nullités textuelles », *Dr. ouvrier* 1999, p. 105.

⁸⁵ PERU-PIROTTE (L.), *La lutte contre les discriminations en droit du travail. Approche critique.*, Thèse

Outre l'exercice du droit de grève, un autre motif illégitime fait l'objet de dérogations quant à son application. Il s'agit de l'état de santé du salarié qui, dans certains cas, deviendra un motif légitime de licenciement.

2§ L'état de santé du salarié

Le législateur n'ayant prévu que l'avis d'inaptitude médicalement constatée (A) en tant qu'exception à l'interdiction de licencier un salarié en raison de son état de santé, la jurisprudence a envisagé l'hypothèse où les absences prolongées ou répétées du salarié portent gravement atteinte au fonctionnement de l'entreprise (B).

A- L'exception textuelle : l'avis médical d'inaptitude

Aux termes de l'article L. 122-45 du Code du travail, aucun salarié ne peut faire l'objet d'une distinction fondée sur son état de santé «sauf inaptitude constatée par le médecin du travail dans le cadre du titre IV du livre II du présent code ». L'inaptitude médicalement constatée constitue donc une exception légale au principe énoncé à l'article L. 122-45. Le texte prévoit ainsi une exception fondée sur un critère subjectif : l'état de santé du salarié. Cependant, l'intervention d'un tiers, en l'occurrence le médecin du travail, présente une garantie pour le salarié. Ce n'est pas à l'employeur de déterminer si le salarié est apte à accomplir son travail, seul le médecin du travail au terme d'une procédure stricte possède ce pouvoir, ce qui a d'ailleurs suscité des controverses sur l'étendue du pouvoir conféré au médecin du travail. C'est pourquoi la Cour de cassation opère un contrôle strict sur le respect de la procédure prévue.

Les pouvoirs du médecin du travail ont été affirmés par la jurisprudence qui a rendu obligatoire l'avis d'inaptitude pour tout licenciement lié à l'état de santé du salarié. Dans un arrêt du 13 janvier 1998, la chambre sociale a ainsi condamné le licenciement d'un salarié en l'absence d'avis médical⁸⁶. Ce salarié, même classé en invalidité deuxième

Lille II, janvier 2000, p. 382.

⁸⁶ Cass. soc. 13 janv. 1998, *JCP Ent.* 1998, pan., p. 352.

catégorie, devait auparavant être déclaré inapte par le médecin du travail. Cet arrêt rendant obligatoire un avis médical pour tout licenciement lié à l'état de santé du salarié s'est vu confirmé par un arrêt du 15 juillet 1998⁸⁷. La jurisprudence s'est prononcée de la même manière dans l'hypothèse de troubles psychiques. Ainsi, dans les arrêts du 9 juillet 1997⁸⁸ et du 28 janvier 1998⁸⁹ des salariés souffrant de troubles psychologiques ont été licenciés sans avis médical. Si dans la première espèce, la Cour d'appel annule le licenciement, dans le second cas, la Cour d'appel estime que le licenciement est fondé sur une cause réelle et sérieuse au motif que l'état d'excitation de la salariée était incompatible avec ses fonctions de vendeuse. Pourtant, la Cour de cassation censure les juges du fond considérant que «les faits reprochés au salarié étant en rapport avec sa maladie, l'employeur ne pouvait la licencier sans avoir fait au préalable constaté son inaptitude par le médecin du travail». Le principe posé est clair : tout licenciement ayant un quelconque rapport avec l'état de santé du salarié doit être précédé d'un avis médical. Cette jurisprudence confirme le tout nouveau pouvoir conféré au médecin du travail. M. MAZEAUD⁹⁰ parle de «personnage-clé» dont la mission s'avère singulièrement compliquée puisque le maintien du salarié à son poste de travail dépend entièrement de l'avis médical.

Outre l'avis du médecin qui s'avère obligatoire, l'employeur est tenu de respecter à la lettre la procédure prescrite. La constatation par le médecin de l'inaptitude du salarié obéit à des règles précises posées à l'article R. 241-51-1 du Code du travail. L'inaptitude ne peut être constatée qu'à l'issue de deux examens médicaux espacés de deux semaines. Excepté en cas de danger immédiat, le premier avis doit être confirmé par un second avis afin d'autoriser le licenciement. La méconnaissance de cette procédure entraîne la nullité du licenciement. C'est ce qui a été mis en évidence dans un arrêt du 16 juillet 1998. Ainsi l'arrêt du 16 juillet 1998 rappelle qu'un double examen du salarié par le médecin du travail est obligatoire avant tout licenciement⁹¹. La Cour de cassation affirme clairement «qu'il appartient à l'employeur, lorsque l'inaptitude n'a pas été constatée dans les conditions prévues à l'article R. 241-51-1 du Code du travail, notamment si le salarié n'a subi qu'un

⁸⁷ Cass. soc. 15 juil. 1998, *RJS* 10/98, n°1201, p. 730.

⁸⁸ Cass. soc. 9 juil. 1997, *RJS* 10/97, n°1083.

⁸⁹ Cass. soc. 28 janv. 1998, *Dr. soc.* 1998, p. 406, note A. MAZEAUD

⁹⁰ MAZEAUD (A.), note sous Cass. soc. 28 janv. 1998, *Dr. soc.* 1998, p. 407.

seul examen médical, de faire passer à l'intéressé, dans le délai de quinze jours, le second examen médical prévu par ce texte». Cet arrêt a d'ailleurs été confirmé par la jurisprudence postérieure notamment un arrêt en date du 16 février 1999⁹². Selon la jurisprudence, non seulement le non-respect de la procédure prévue entraîne la nullité du licenciement mais encore la charge du respect ou non de cette procédure pèse sur l'employeur. En effet, la Cour de cassation veut éviter de transférer la responsabilité de l'employeur sur le médecin du travail. Il appartient donc à l'employeur d'exiger les deux examens médicaux avant de prononcer tout licenciement.

Cette exception d'origine législative est donc interprétée strictement par la jurisprudence qui s'en tient aux termes du texte. Cependant, des questions restent en suspens telles que la sanction applicable en cas de non-reclassement du salarié dont l'inaptitude a été médicalement constatée. Toutefois, la jurisprudence a tranché une autre question permettant d'écarter l'application de l'article L. 122-45 en cas d'absences prolongées ou répétées du salarié nuisant gravement au fonctionnement de l'entreprise.

B- L'exception jurisprudentielle : les absences prolongées ou répétées

Une controverse est apparue sur la possibilité de licencier un salarié en dehors de l'hypothèse d'un avis d'inaptitude médical depuis l'intégration de l'état de santé dans l'article L. 122-45 du Code du travail. En effet, l'état de santé du salarié peut avoir des conséquences sur l'organisation d'ensemble de l'entreprise notamment en cas d'absences prolongées ou répétées du salarié. Or la jurisprudence antérieure à la loi du 12 juillet 1990 acceptait de tels licenciements motivés par la situation objective de l'entreprise⁹³. Au lendemain de l'adoption de la loi de 1990, deux thèses s'opposaient : selon la première seule l'inaptitude médicalement constatée permettrait à l'employeur de licencier un salarié en raison de son état de santé, plus libérale, la seconde thèse admettait que l'état de santé du salarié puisse l'empêcher de travailler et ainsi provoquer son licenciement. En faveur de la seconde thèse, M. LABORDE distingue le licenciement discriminatoire directement

⁹¹ Cass. soc. 16 juil. 1998, *RJS* 10/98, n°1203, p. 732.

⁹² Cass. soc. 16 fév. 1999, *Dr. soc.* 1999, p. 526, obs. J. SAVATIER

fondé sur l'état de santé du salarié et le licenciement pour motif personnel motivé par la désorganisation de l'entreprise⁹⁴. D'autres auteurs tels que M. PELISSIER ou M. MAZEAUD considèrent que dans l'hypothèse où le motif du licenciement n'est pas l'état de santé du salarié mais la perturbation au bon fonctionnement de l'entreprise, le licenciement est licite⁹⁵.

Quant à la jurisprudence, c'est l'arrêt rendu le 16 juillet 1998 par la chambre sociale qui fait figure d'arrêt de principe dans le domaine⁹⁶. Auparavant, les juges du fond étaient plutôt hésitants quant à la position à adopter et ils tendaient à annuler tout licenciement fondé sur la désorganisation de l'entreprise due aux absences prolongées ou répétées du salarié en l'absence d'inaptitude médicalement constatée⁹⁷. Mais la Cour de cassation a provoqué un infléchissement de la jurisprudence antérieure avec l'arrêt Parisienne-assurances du 16 juillet 1998. Elle a posé en principe que « l'article L. 122-45 du Code du travail ne s'oppose pas au licenciement motivé non par l'état de santé du salarié mais par la situation objective de l'entreprise qui se trouve dans la nécessité de pourvoir durablement au remplacement définitif d'un salarié dont l'absence prolongée ou les absences répétées perturbent son fonctionnement ». Elle distingue ainsi conformément à la thèse doctrinale dominante le licenciement fondé sur l'état de santé du salarié soumis à l'article L. 122-45 du Code du travail et le licenciement motivé par la perturbation apportée au bon fonctionnement de l'entreprise en raison des effets de l'état de santé du salarié sur ses obligations contractuelles⁹⁸. Cette seconde hypothèse n'est pas soumise aux prescriptions de l'article L. 122-45 puisqu'il n'est pas directement motivé par l'état de santé du salarié. Par conséquent, nul n'est besoin pour l'employeur de recourir au médecin du travail afin de valider le licenciement.

⁹³ Cass. soc. 3 oct. 1989 et 10 oct. 1989, *Dr. ouvrier* 1990, p. 325 ; Cass. soc. 5 janv. 1999, *RJS* 2/99, n°191.

⁹⁴ LABORDE (J-P.), « Quelques observations à propos de la loi du 12 juillet 1990 », *Dr. soc.* 1991, p. 616.

⁹⁵ PELISSIER (J.), *D.* 1991, somm. comm., p. 149. et MAZEAUD (A.), « Le licenciement en cas de maladie prolongée ou d'inaptitude physique d'origine non professionnelle, la loi, le juge et les partenaires sociaux », *Dr. soc.* 1992

⁹⁶ Cass. soc. 16 juil. 1998, *RJS* 10/98, n°1200, p. 729 ; *JCP G* 1999, I, 183, obs. F. BOUSEZ ; *AJ/CFDT* n°134, janvier 1999, p. 19.

⁹⁷ Cons. prud'h. Versailles 29 nov. 1994, *Dr. ouvrier* 1995, p. 190 ; CA Paris 28 fév. 1997, *Dr. ouvrier* 1997, p. 350.

Selon la jurisprudence, deux conditions sont requises. Tout d'abord, la lettre de licenciement doit être motivée non pas par l'état de santé du salarié mais par la situation objective de l'entreprise. La Cour de cassation oriente ainsi l'employeur dans sa manière de motiver le licenciement. Alors que le licenciement d'un salarié motivé directement par son état de santé sera considéré comme nul, le licenciement du même salarié motivé par l'atteinte au bon fonctionnement de l'entreprise sera licite. M. SAVATIER perçoit dans ce raisonnement une certaine hypocrisie de la part de la Haute cour⁹⁹. En effet, la distinction entre le licite et l'illicite relève d'une simple différence de rédaction de la lettre de licenciement. Cette distinction entre l'état de santé du salarié et ses conséquences sur le fonctionnement de l'entreprise tendrait même selon M. LABORDE à exposer l'article L. 122-45 à un «risque d'insignifiance»¹⁰⁰. En effet, l'employeur sait désormais qu'il a tout intérêt à motiver un licenciement par l'atteinte au bon fonctionnement de son entreprise plutôt que par l'état de santé du salarié.

Ensuite, l'atteinte au fonctionnement de l'entreprise doit être telle qu'elle entraîne la nécessité de pourvoir au remplacement définitif du salarié. La Cour de cassation exclut par-là le remplacement simplement temporaire du salarié. Cette précision a d'ailleurs été critiquée car un remplacement temporaire peut tout à fait déboucher, après un certain temps, sur un remplacement définitif¹⁰¹. La Cour de cassation est revenue sur ce point dans un arrêt rendu le 5 janvier 1999 dans lequel elle a affirmé que «les absences prolongées ou répétées [...] constituent une cause de licenciement, même en l'absence de nécessité de procéder à un remplacement définitif, si elles apportent de graves perturbations dans le fonctionnement de l'entreprise»¹⁰². Cependant, dans d'autres arrêts, la Cour de cassation insiste sur la nécessité de pourvoir au remplacement définitif du salarié¹⁰³. Cette exigence renverse d'ailleurs la charge de la preuve puisqu'il incombe à l'employeur de démontrer que la rupture du contrat de travail est motivée par la nécessité de pourvoir au remplacement définitif du salarié.

⁹⁸ SAVATIER (J.), « Le licenciement d'un salarié en raison de son état de santé », *RJS* 10/98, chron., p. 708.

⁹⁹ SAVATIER (J.), « Le licenciement d'un salarié en raison de son état de santé », *RJS* 10/98, chron., p. 709.

¹⁰⁰ LABORDE (J.P.), « Quelques observations à propos de la loi du 12 juillet 1990... », *Dr. soc.* 1991, p. 616.

¹⁰¹ BLAISE (H.), « Maladie et inaptitude physique, causes de rupture du contrat de travail », *RJS* 6/90, p. 319.

¹⁰² Cass. soc. 5 janv. 1999, *CSBP* n° 108, S146, p. 107.

¹⁰³ Cass. soc. 10 nov. 1998, *D.* 1998, IR, p. 252 ; Cass. soc. 17 fév. 1999, *CSBP* n°110, S249, p. 187 ; Cass. soc. 23 mars 1999, *Semaine soc. Lamy* n°928, p. 13.

La jurisprudence joue ainsi un rôle primordial quant aux exceptions visées par l'article L. 122-45 tantôt en interprétant restrictivement le texte tantôt en ajoutant une exception non prévue par le législateur. L'intervention jurisprudentielle va revêtir une importance considérable concernant les exceptions liées à l'intérêt de l'entreprise. L'intérêt de l'entreprise n'est, en effet, pas mentionné à l'article L. 122-45 du Code du travail. Ces exceptions sont donc totalement d'origine prétorienne.

Section 2 - Les exceptions liées à l'intérêt de l'entreprise

L'intérêt de l'entreprise exige parfois de porter atteinte aux droits et libertés des salariés à l'intérieur de l'entreprise. La reconnaissance de droits fondamentaux en faveur du salarié n'implique pas forcément une complète disparition du pouvoir de l'employeur. Ainsi, la finalité de l'entreprise (§1) mais également la nature de la fonction exercée par le salarié (§2) justifient la mise à l'écart des dispositions de l'article L. 122-45 du Code du travail.

1§ La finalité de l'entreprise

La prise en compte de la finalité de l'entreprise en tant qu'exception au principe de non-discrimination a débuté par la reconnaissance de la spécificité des entreprises de tendance qui entraînait un devoir de loyauté de la part de leurs salariés (A). La jurisprudence a ensuite évolué vers plus d'objectivité et l'exigence d'un trouble caractérisé apporté au sein de l'entreprise (B).

A- L'exigence d'un devoir de loyauté

Les exceptions au principe de non-discrimination fondées sur la finalité de l'entreprise ont principalement trait aux «entreprises de tendance». Cette notion désignant

un type particulier d'entreprise, défini par M. WAQUET comme des entreprises dont l'activité est « la défense et la promotion d'une doctrine ou d'une éthique »¹⁰⁴, est issue du droit allemand et a été introduite en France par le Doyen CARBONNIER¹⁰⁵. Ces entreprises regroupent ainsi des associations, des syndicats ou des groupements politiques ou religieux prônant une certaine idéologie. En Allemagne, ces entreprises sont désignées sous la dénomination de « tendenzbetrieb » et constituent une catégorie spéciale d'entreprise. En France, les entreprises de tendance sont issues de la doctrine et de la jurisprudence. Ainsi, même si les illustrations jurisprudentielles les concernant sont relativement peu nombreuses, elles ont frappé les esprits : on parle de l'arrêt Dame Roy, Fisher ou encore de l'arrêt Painsecq...

La jurisprudence a ainsi affirmé pour la première fois que les salariés d'une entreprise de tendance étaient tenus par une clause de loyauté dans un arrêt de l'Assemblée plénière en date du 19 mai 1978¹⁰⁶. Il s'agit de l'affaire Dame Roy dans laquelle une institutrice d'un établissement catholique a été licenciée en raison de son remariage après divorce. Bien que la Cour de cassation ait refusé d'y voir une violation de ses obligations contractuelles de la part de l'institutrice, l'Assemblée plénière a considéré que les convictions religieuses de la salariée constituaient un élément déterminant mais implicite du contrat de travail. Ainsi, la salariée ne pouvait méconnaître les obligations découlant de ces convictions religieuses. Or son remariage après divorce contrevenait totalement à l'idéologie enseignée dans son établissement et pouvait légitimement motiver son licenciement. Pour la première fois, les juges mettent en évidence une exception au principe de non-discrimination. Certaines distinctions fondées sur la situation de famille ou les convictions religieuses peuvent être légitimées par la finalité propre de l'entreprise. Bien que l'article L. 122-45 du Code du travail ne soit pas encore applicable, on peut découvrir les prémices d'une jurisprudence admettant des causes légitimes de discrimination concernant les entreprises de tendance. Les motifs de licenciement considérés comme illégitimes dans les entreprises classiques deviennent légitimes dans le

¹⁰⁴ WAQUET (P.), « La loyauté du salarié dans les entreprises de tendance », *Gaz. Pal.* 1996, 3, doctr., p. 1427.

¹⁰⁵ CARBONNIER (J.), note sous Cass. civ. 5 juil. 1950, *JCP* 1950, II, 6439.

¹⁰⁶ Cass. ass. plén. 19 mai 1978, *D.* 1978, p. 541, concl. SCHMELCK, note ARDENT ; *Gaz. Pal.* 1978, 1,

cadre d'une entreprise de tendance pour lesquelles ces motifs constituent un élément déterminant du contrat de travail.

Le second arrêt rendu en la matière va encore plus loin puisqu'il impose aux salariés des entreprises de tendance «une communion de pensée et de foi» avec l'employeur. En l'espèce, un professeur de théologie enseignant dans une faculté avait été licencié pour avoir exprimé son désaccord avec l'idéologie de l'établissement. Or, l'arrêt Fisher rendu le 20 novembre 1986 par la chambre sociale affirme clairement que «l'article L.122-45 du Code du travail qui dispose qu'aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié en raison de ses convictions religieuses n'est pas applicable lorsque le salarié, qui a été engagé pour accomplir une tâche impliquant qu'il soit en communion de pensée et de foi avec son employeur, méconnaît les obligations résultant de son engagement»¹⁰⁷. La jurisprudence consacre ainsi une exception au principe de non-discrimination de l'article L. 122-45 en posant en principe que la finalité propre de l'entreprise constitue un motif légitime de discrimination.

Cependant cette jurisprudence a fait l'objet de critiques. Non seulement les juges écartent l'application de l'article L. 122-45 dans un cas non prévu par le législateur mais ils violent par la même occasion un principe figurant dans la Constitution de 1946 : «Nul ne peut être lésé dans son travail ou son emploi à raison de ses opinions ou de ses croyances». La jurisprudence administrative a ainsi pu affirmer à diverses reprises la primauté de la liberté de conscience sur le devoir de réserve incombant aux enseignants d'établissements privés. M. WAQUET conteste ainsi en dehors d'une clause explicite une suppression ou limitation de liberté des salariés découlant de l'objet social de l'entreprise qui les emploie¹⁰⁸. Il approuve cependant l'évolution de la jurisprudence qui tend à rechercher l'objectivité ainsi que la proportionnalité afin de légitimer les distinctions en principe prohibées. Les juges vont s'attacher à des éléments objectifs et proportionnés au but recherché afin d'écartier l'application de l'article L. 122-45 du Code du travail.

somm., p. 245.

¹⁰⁷ Cass. soc. 20 nov. 1986, *Dr. soc.* 1987, p. 379.

¹⁰⁸ WAQUET (P.), « La loyauté du salarié dans les entreprises de tendance », *Gaz. Pal.* 1996, 3, doct., p. 1429.

L'exigence d'un devoir de loyauté laisse place à la nécessité d'un trouble objectif à l'entreprise.

B- L'exigence d'un trouble caractérisé au sein de l'entreprise

L'arrêt Painsecq en date du 17 avril 1991 marque un véritable tournant dans le cheminement jurisprudentiel¹⁰⁹. Après avoir rappelé sous le visa des articles L. 122-35 et L. 122-45 du Code du travail que «il est interdit à un employeur de congédier un salarié pour le seul motif tiré de ses mœurs ou de ses convictions religieuses », la chambre sociale pose un tempérament «il peut être procédé à un licenciement dont la cause objective est fondée sur le comportement du salarié qui, compte tenu de la nature de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, a créé un trouble caractérisé au sein de cette dernière ». Si la solution est sensiblement similaire à celles de 1978 ou 1986 c'est à dire qu'une entreprise de tendance peut licencier un salarié en raison de motifs en principe illégitimes, les motivations sont différentes. Les juges s'appuient sur la cause objective du licenciement qui est issue du trouble caractérisé au sein de l'entreprise. Une fois de plus c'est la finalité propre de l'entreprise qui va légitimer le licenciement.

En effet, l'association « Fraternité Saint Pie X », association catholique s'occupant de l'église de Saint Nicolas du Chardonnet, avait engagé un aide-sacristain dont les fonctions consistaient à préparer les offices ainsi qu'à remplir le rôle de cérémoniaire. Même s'il n'exerçait aucun ministère, son employeur exigeait une conduite en conformité avec l'idéologie que prônait l'association. Or après avoir appris que l'aide-sacristain était homosexuel et seropositif, l'employeur l'a licencié. La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt rendu le 30 mars 1990, déboute le salarié de son action en rupture abusive du contrat de travail au motif que «la bonne exécution du contrat de travail requérait nécessairement que l'attitude extérieure (du salarié) correspondent aux dispositions intérieures dont elle n'était que le reflet ». Ainsi, l'homosexualité de l'aide-sacristain, même si elle n'était connue que par un nombre minime de personnes, contrevenait aux obligations nées du contrat de travail et était susceptible de fonder le licenciement. Plus que la solution, c'est la

motivation des juges du fond qui sera censurée par la Cour de cassation. La chambre sociale reproche, en effet, aux juges du fond de ne pas avoir recherché si le comportement du salarié avait causé un trouble caractérisé au sein de l'entreprise. Le licenciement aurait pu être justifié par les mœurs du salarié uniquement si compte tenu de la nature de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, il avait causé un trouble caractérisé au sein de l'entreprise.

Ainsi, la Cour de cassation a précisé dans quelles circonstances un licenciement à raison des mœurs mais également tout autre motif considéré comme illégitime pouvait être justifié. D'une part, la référence à la nature des fonctions et à la finalité de l'entreprise implique une appréciation *in concreto* des motifs justifiant le licenciement¹¹⁰. Tout d'abord, cette restriction aux libertés des salariés ne peut avoir lieu que dans le cadre d'entreprises à tendance idéologique. L'employeur est en droit d'exiger de certains salariés un comportement ne gênant pas cette finalité, même si cela restreint leurs libertés¹¹¹. De plus, la nature de la tâche accomplie par le salarié doit impliquer une certaine communion de pensée et de foi avec l'employeur. Ce qui peut être exigée d'un professeur de théologie ne peut l'être d'un aide-sacristain. Il est compréhensible qu'une institution religieuse puisse imposer à ses professeurs engagés pour enseigner certaines valeurs morales une attitude en conformité avec ses valeurs mais il est moins acceptable que ces mêmes institutions imposent de tels comportements aux femmes de ménage ou aide-sacristain n'ayant aucune influence sur leurs membres. Enfin, ce comportement doit causer un trouble caractérisé au sein de l'entreprise. Par cette expression, les juges semblent exiger que le trouble causé à l'entreprise soit bien réel et non hypothétique. Assurément, ces éléments n'étaient pas réunis dans l'affaire Painsecq. Si l'aide-sacristain était bien employé par une entreprise de tendance, la nature de ses fonctions ne permettait pas de mettre en évidence un trouble caractérisé au sein de l'entreprise.

D'autre part, cette nouvelle référence au trouble caractérisé causé à l'entreprise permet à la Cour de cassation de contrôler la qualification des motifs par les juges du fond.

¹⁰⁹ Cass. soc. 17 avr. 1991, *Dr. soc.* 1991, p. 485, note J. SAVATIER

¹¹⁰ SAVATIER (J.), « Le licenciement, à raison de ses mœurs, d'un salarié d'une association à caractère religieux », note sur Cass. soc. 17 avr. 1991, *Dr. soc.* 1991, p. 488.

¹¹¹ RIVERO (J.) et SAVATIER (J.), *Droit du travail*, 12^e édition, p. 173.

Les juges du fond sont tenus de découvrir en quoi le salarié, par son comportement, a pu nuire à l'entreprise ce qui permet de concilier à la fois les libertés des salariés et l'intérêt de l'entreprise de tendance.

Ainsi, l'arrêt Fischer imposant une communion de pensée et de foi avec l'employeur paraît révolu. Cependant, si l'employeur ne peut exiger une totale adhésion de ses salariés à son idéologie, il est en droit, en revanche, d'imposer le respect d'un devoir de réserve. En vertu de ce devoir de réserve, un salarié ne peut dénigrer publiquement l'idéologie de l'entreprise dans laquelle il travaille. Un arrêt de la Cour d'appel de Toulouse en date du 17 août 1995 révèle d'ailleurs la nature exacte de ce devoir de réserve¹¹². Dans les faits, un salarié d'une association culturelle israélite assurant la fonction de surveillant rituel a été licencié en raison d'une liaison adultère. Les juges du fond ont considéré que «les dispositions de l'article L. 122-45 du Code du travail [...] ne font pas obstacle au licenciement d'un surveillant rituel de confession juive ayant méconnu, dans le cadre de sa vie privée, les prescriptions de la religion juive ». Les juges ont pu relever que le salarié avait librement consenti à adhérer à la religion juive et devait ainsi se conformer à ses règles sous peine de perdre «toute crédibilité et la qualification qui a conduit à lui confier cet emploi ». C'est donc bien la finalité de l'entreprise mais également la nature de la tâche confiée au salarié qui justifient le licenciement.

La jurisprudence tend donc à rechercher une plus grande objectivité dans les motifs légitimant une atteinte au principe de non-discrimination s'en tenant aux critères de la finalité de l'entreprise et de la nature de la tâche accomplie par le salarié. Ces critères ont d'ailleurs été consacrés par le législateur dans l'article L. 120-2 du Code du travail qui sera désormais applicable aux cas particuliers des entreprises de tendance. Les exceptions fondées sur la finalité de l'entreprise bénéficient donc d'un cadre légal destiné à limiter les abus et tout licenciement fondé sur un critère réputé illégitime devra être réellement motivé.

La jurisprudence, dans un objectif de conciliation des intérêts de l'entreprise avec

les libertés des salariés, a permis de mettre à jour une hypothèse dans laquelle le principe de non-discrimination de l'article L. 122-45 du Code du travail ne s'appliquera pas. Mais à côté de la finalité de l'entreprise, les juges suivis par le législateur ont envisagé une seconde exception : la nature de la tâche accomplie par le salarié.

2§ La nature de la fonction

La liberté du salarié entre souvent en conflit avec l'intérêt de l'entreprise notamment lors de l'exécution de la tâche à accomplir. En effet, si la liberté du salarié ne peut faire l'objet de limitation en dehors de l'entreprise, à l'intérieur de celle-ci la barrière entre vie personnelle et vie professionnelle est plus floue. L'intérêt de l'entreprise à travers le pouvoir de direction de l'entreprise nécessite également la protection de la jurisprudence. Des restrictions aux libertés des salariés, en principe prohibées, seront admises en raison de la nature particulière de la fonction occupée par le salarié.

Ainsi, dans l'exercice de certaines fonctions, notamment celles qui ont un rapport avec la clientèle, le salarié peut être limité dans l'exercice de certaines libertés. Selon la doctrine, la nature de la fonction occupée par le salarié permet à l'employeur d'apporter des restrictions à la liberté de s'habiller¹¹³. Un salarié représentant son entreprise auprès de ses clients et fournisseurs est tenu d'en donner une image positive. Ainsi, la liberté religieuse protégée par l'article L. 122-45 du Code du travail est susceptible d'être restreinte en raison de l'intérêt de l'entreprise. Un arrêt rendu le 9 septembre 1997 par la Cour d'appel de St-Denis-de-la-Réunion illustre parfaitement le conflit opposant la liberté religieuse d'une part et l'intérêt de l'entreprise d'autre part¹¹⁴. En l'espèce, une salariée d'un magasin de prêt-à-porter, refusant de se conformer à la tenue vestimentaire imposée par l'employeur, avait été licenciée. Annulé par le conseil des prud'hommes, le

¹¹² CA Toulouse 17 août 1995, *RJS* 3/96, n°247, p. 147.

¹¹³ BOSSU (B.), « Droits de l'homme et pouvoirs du chef d'entreprise : vers un nouvel équilibre », *Dr. soc.* 1994, p. 752.

¹¹⁴ FARNOCCHIA (S.), note sous CA St-Denis-de-la-Réunion 9 sept. 1997, *D.* 1998, jsp., p. 546.

licenciement a été considéré comme fondé par les juges de la Cour d'appel¹¹⁵. Les juges, visant l'article L. 122-45 du Code du travail, ont considéré que l'exigence pour une «vendeuse en contact permanent avec la clientèle d'un magasin de mode d'articles féminins d'adopter à nouveau, comme l'ensemble du personnel, une tenue vestimentaire correspondant à ce type d'établissement n'est pas de nature à constituer un excès ou un détournement de pouvoirs et de discipline... ». La salariée devant ici représenter un certain style de vêtements vendus dans le magasin se voit donc imposer une certaine tenue vestimentaire.

Cette restriction apportée à la liberté religieuse en raison de l'intérêt de l'entreprise a d'ailleurs été confirmée par la Cour de cassation. Dans un arrêt rendu le 24 mars 1998, la chambre sociale affirme que si l'employeur est tenu de respecter les convictions religieuses de ses salariés, «il ne commet aucune faute en demandant au salarié d'exécuter la tâche pour laquelle il a été embauché dès l'instant que celle-ci n'est pas contraire à une disposition d'ordre public»¹¹⁶. En l'espèce, il s'agissait d'un boucher de religion musulmane qui refusait d'être en contact avec la viande de porc. La chambre sociale fait donc primer l'intérêt de l'entreprise sur la liberté de religion.

Cette jurisprudence prend sa source dans les arrêts rendus en matière de vie personnelle du salarié. En principe absolue, la vie personnelle du salarié connaît des restrictions selon la nature de la fonction occupée par le salarié. Ainsi, dans un arrêt datant du 18 février 1998, la chambre sociale, s'appuyant sur l'article L. 122-35 du Code du travail, a considéré que «le refus de porter une blouse blanche pendant le travail ne pouvait être constitutif d'une faute qu'autant que l'obligation de port de ce vêtement était justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché...»¹¹⁷.

L'article L. 122-35 du Code du travail reprend, en effet, les motifs illégitimes de discrimination énoncés par l'article L. 122-45 mais dans un domaine différent : le règlement intérieur. Ces deux articles du Code du travail sont, en fait, complémentaires.

¹¹⁵ CA St-Denis-de-la-Réunion 9 sept. 1997, *D.* 1998, jsp., p. 546, note S. FARNOCCHIA

¹¹⁶ Cass. soc. 24 mars 1998, *Dr. soc.* 1998, p. 614, obs. J. SAVATIER

Cependant, l'article L. 122-35 précise que le règlement intérieur «ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché ». Les restrictions aux droits et libertés fondamentales ont ainsi été consacrées dans le domaine du règlement intérieur depuis la loi du 4 août 1982. L'article L. 122-45 du Code du travail qui est issue de cette même loi ne comporte aucune mention d'une restriction possible au principe de non-discrimination fondée sur l'intérêt général de l'entreprise. Mais la loi du 31 décembre 1992, insérant l'article L. 120-2 au Code du travail, a comblé cette lacune en consacrant les restrictions aux droits et libertés fondamentales des salariés dans un domaine très général puisqu'il recouvre aussi bien la conclusion et l'exécution du contrat de travail que le pouvoir réglementaire de l'employeur. Ces restrictions sont donc légitimement applicables au principe énoncé à l'article L. 122-45.

La jurisprudence tend ainsi à «objectiver»¹¹⁸ les conditions de restrictions des droits fondamentaux des salariés parmi lesquels figure l'article L. 122-45 du Code du travail. Ces exceptions ayant pour conséquence de légitimer un comportement discriminatoire sont, en effet, strictement encadrées par la jurisprudence. Seul l'intérêt de l'entreprise ne suffit désormais plus à justifier une atteinte aux droits des salariés. L'atteinte aux libertés doit être nécessairement proportionnée au but recherché et justifiée par l'intérêt de l'entreprise. Ainsi, les juges ont su au fil du temps concilier l'intérêt de l'entreprise et droits fondamentaux des salariés. Les exceptions au principe énoncé à l'article L. 122-45 constituent, en effet, pour une grande part une construction jurisprudentielle. Si le motif légitime de la discrimination apparaît comme un des éléments déterminants de la lutte contre les discriminations, un autre de ces éléments d'une importance considérable consiste dans la preuve de la discrimination¹¹⁹. Le régime probatoire comme le régime des sanctions fait partie du régime juridique de l'article L. 122-45 du Code du travail. Or le principe d'ordre de public qu'énonce l'article exige un

¹¹⁷ Cass. soc. 18 fév. 1998, *RJS* 4/98, n°461.

¹¹⁸ TISSOT (O. de), « Droits fondamentaux du salarié et nécessités de son emploi », *Gaz. Pal.* 1996, 3, doct., p. 1425.

¹¹⁹ LOCHAK (D.), *Dr. soc.* 1987, p. 788.

régime juridique à la mesure du principe : la portée du texte repose essentiellement sur son régime juridique. C'est pourquoi, à l'image d'un champ d'application sans cesse remanié, le régime de l'article L. 122-45 est en pleine évolution.

DEUXIEME PARTIE

LE REGIME JURIDIQUE

Un principe d'ordre public, tel qu'il est énoncé dans l'article L. 122-45, ne peut exister qu'à travers un régime juridique fort. En effet, seule une mise en œuvre efficace du principe est susceptible de démontrer sa portée. Ainsi à l'image d'un champ d'application adapté aux évolutions sociales, le régime juridique de l'article L. 122-45 est en pleine mutation. Aussi bien le régime probatoire (Chapitre I) sous l'influence du droit communautaire que le régime des sanctions (Chapitre II) orienté par la doctrine ont amorcé une évolution en faveur du salarié. Quant au régime des preuves, il tend à s'équilibrer grâce à un partage de la charge de la preuve entre l'employeur et le salarié alors que concernant les sanctions, la remise en l'état antérieur semble de plus en plus appliquée par la jurisprudence.

CHAPITRE I - LE REGIME PROBATOIRE

« Une discrimination qui ne peut être prouvée n'existe pas »¹²⁰. Cette affirmation résume parfaitement la place prépondérante de la preuve dans la reconnaissance de la discrimination. Les difficultés de preuve sont inhérentes à toutes les discriminations. Cependant, l'article L. 122-45 totalement muet sur le sujet reflète parfaitement l'insuffisance du droit français en la matière. C'est pourquoi le droit communautaire, conscient de cette difficulté, met tout en œuvre afin voir évoluer les législations nationales. Cette évolution s'est réalisée en deux étapes. Tout d'abord, la jurisprudence communautaire a élaboré des concepts novateurs qui se sont heurtés à la réticence du droit interne ce qui a donné naissance à un régime probatoire à deux vitesses (section 1). Cependant, en adoptant une directive dont l'intégration est obligatoire en droit interne, le droit communautaire a pu exercer son influence sur le droit interne poussant ainsi à une harmonisation du régime probatoire en matière de discriminations (section 2).

Section 1 - Un régime probatoire à deux vitesses

Face à un système français inadapté (§1) car trop attaché aux règles traditionnelles en matière de preuve, le droit communautaire novateur (§2) a élaboré un schéma probatoire propre aux discriminations, prenant ainsi en compte toutes leurs spécificités.

1§ Un système français inadapté

Le système probatoire français s'avère particulièrement inadapté en la matière pour deux raisons. D'abord, la règle applicable, issue de la matière civile, se révèle défavorable

au salarié en lui imposant la charge de la preuve (B) ; ensuite, elle ne tient pas compte des divers aspects que peut revêtir le comportement discriminatoire (A).

A- Les différents aspects de la discrimination

Deux hypothèses peuvent se présenter à l'occasion d'un litige portant sur le non-respect de l'article L. 122-45 du Code du travail : soit la discrimination à l'égard du salarié est apparente, soit elle est dissimulée. Or, si dans le premier cas de figure, la preuve était aisée à rapporter, dans la seconde hypothèse, il en sera autrement.

Ainsi, dans de rares cas, l'employeur adopte expressément une attitude discriminatoire c'est à dire qu'il traitera différemment deux salariés en se fondant sur des motifs illégitimes, M. RAY parle alors de «discrimination avouée»¹²¹. Ces discriminations avouées peuvent revêtir différentes formes. On peut citer par exemple les déclarations d'un employeur : « Je ne veux pas de syndicat dans mon entreprise. Je préfère payer ou fermer, et M. X servira d'exemple »¹²² ou encore «vous feriez mieux de dire la messe plutôt que de faire de l'agitation dans mon entreprise»¹²³. Ces propos qui ne laissent aucun doute de l'intention de l'auteur allège fortement le fardeau de la preuve incombant aux salariés.

Pourtant, le plus souvent, le comportement discriminatoire de l'employeur sera dissimulé sous l'apparence d'une décision légitime. Or l'employeur est tenu de motiver sa décision aux termes de l'article L. 122-14-2 du Code du travail. Le motif illégitime inavoué prendra l'apparence d'un motif «avouable» c'est à dire licite. Le salarié sera alors confronté à un obstacle de taille afin de voir reconnaître dans ce comportement une discrimination. De plus, à l'intérieur de cette catégorie de discrimination dissimulée, une autre distinction peut être effectuée entre les discriminations à l'égard des salariés et les discriminations vis-à-vis des candidats à l'embauche. Dans ce dernier cas, la victime de la distinction illégitime ne fait pas partie de l'entreprise et n'est pas soumise au pouvoir de direction de l'employeur. Or aux prétendues discriminations dans le choix du candidat,

¹²⁰ RAY (J.E.), « L'égalité et la décision patronale », *Dr. soc.* 1990, p. 83.

¹²¹ RAY (J.E.), *Dr. soc.* 1990, p. 89.

¹²² Cons. prud'h. Tours 5 déc. 1984, *Dr. soc.* 1990, note préc. p.90.

¹²³ CA Douai 3 déc. 1982, cité par JE RAY, *Dr. soc.* 1990, p. 85.

l'employeur pourra opposer la liberté dans le choix de ses collaborateurs, principe consacré par le Conseil constitutionnel¹²⁴, ainsi que l'absence de motifs illégitimes dans la lettre de refus d'embauche. En effet, la lettre de refus n'ayant pas à être motivée, l'employeur n'a aucun intérêt à invoquer des motifs pouvant être illégitimes et donc sanctionnables.

Les moyens à la disposition du salarié et a fortiori du candidat à l'embauche afin de démontrer une différence de traitement illégitime sont donc très faibles face à un employeur averti et assez habile pour dissimuler ses véritables motivations. Or le système probatoire en droit social ne fait qu'accroître ses difficultés. Il fait, en effet, reposer l'ensemble de la charge de la preuve sur le demandeur à l'action à savoir, en matière de discrimination, sur le salarié victime. L'obstacle à franchir par le salarié paraît désormais insurmontable.

B- La charge de la preuve

Le droit du travail, en l'absence de règles spécifiques en matière de preuves, a adopté les règles applicables en matière civile. La matière est ainsi régie par le principe posé à l'article 1315 du Code civil aux termes duquel «celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver». Or, dans la plupart des cas, cette charge de la preuve incombera au salarié. En effet, le lien de subordination inhérent à toute relation de travail place le salarié en position d'infériorité vis-à-vis de l'employeur. En conséquence, à l'occasion d'un litige, le salarié contestant une décision de l'employeur deviendra le demandeur à l'action. Bien que la règle figurant à l'article 1782 du Code civil selon laquelle le Maître «est cru sur son affirmation pour la quotité des gages, pour le paiement des salaires de l'année échue et pour les acomptes donnés pour l'année courante» ne soit plus d'actualité, l'article 1315 confère aux décisions prises par l'employeur une présomption de légitimité que le salarié doit renverser¹²⁵.

C'est pourquoi, la jurisprudence mais également le législateur ont tenté d'assouplir ce principe défavorable aux salariés et donc inadapté au droit du travail. L'article 1315 du

¹²⁴ Cons. constit. 20 juil. 1988, *Dr. soc.* 1988, p. 762.

¹²⁵ FAVENNEC HERY (F.), « La preuve face aux pouvoirs de l'employeur », *Dr. soc.* 1985, p. 172.

Code civil se situe, en effet, dans une optique de protection de l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de direction. Il bénéficie ainsi d'une présomption de bonne foi dans ses décisions, présomption que le salarié doit renverser. Cependant, les moyens mis à la disposition du salarié sont faibles : les documents appartenant à l'entreprise peuvent être utilisés par le salarié depuis un revirement de jurisprudence de la chambre sociale¹²⁶ mais cette pratique est réprimée par la chambre criminelle sous la qualification de vol¹²⁷. De plus, les témoignages s'avèrent plutôt rares notamment par crainte de représailles.

Une loi du 13 juillet 1973 est donc venue améliorer le sort du salarié. Inscrite dans un courant général destiné à favoriser la protection des salariés, elle vise à alléger le fardeau de la preuve incombant au salarié. En matière de rupture du contrat de travail, elle impose ainsi à l'employeur de motiver sa décision. Les juges peuvent dès lors opérer un contrôle sur la cause réelle et sérieuse du licenciement.

De plus, une loi du 4 août 1989 confirme l'évolution en faveur du salarié puisqu'elle introduit dans le Code du travail l'article L. 122-14-3 du Code du travail aux termes duquel «si un doute subsiste, il profite au salarié». Cette réforme a permis de répartir plus équitablement la charge de la preuve mais s'est rapidement révélée insuffisante notamment face à l'inexistence des mesures d'instruction ordonnées par les juridictions. Ainsi, en matière d'égalité des rémunérations entre hommes et femmes, le législateur¹²⁸ a posé une présomption légale sur l'employeur. Selon l'article L. 140-8 du Code du travail, dès lors que le salarié établit une différence de rémunération avec un salarié de sexe différent occupant un emploi de même catégorie, il incombe à l'employeur de démontrer que cette inégalité est justifiée par des raisons objectives¹²⁹. Cette disposition directement issue de l'article 119 du traité C.E.E. et de la jurisprudence de la CJCE n'a cependant pas été étendue aux autres discriminations et notamment celles de l'article L. 122-45 du Code du travail.

Les juges sont donc contraints d'utiliser d'autres techniques de preuve telles que la

¹²⁶ Cass. soc. 2 déc. 1998, *Bull. civ.* V, n°535.

¹²⁷ Cass. Crim. 8 déc. 1998, *Juris-Data* n° 005122.

¹²⁸ Loi du 13 juillet 1983 relative à l'égalité professionnelle

¹²⁹ CHAUVET (B.), « La charge de la preuve en droit du travail : Une constante évolution en faveur du

concomitance et la comparaison dans le cadre de l'article L. 122-45. Quant à la concomitance, elle consiste à faire le rapprochement entre la mesure discriminatoire et un événement directement lié au critère illicite¹³⁰. Cette technique a notamment été utilisée en matière de discrimination fondée sur l'état de santé du salarié. Ainsi, une décision du Tribunal de Grande Instance de Pontoise fondée sur l'article L.122-45 énonce «force est de constater que juste après une visite médicale qui aurait pu déboucher sur une inaptitude à l'emploi est engagée une procédure de licenciement»¹³¹. Une autre méthode employée par les juges est la comparaison dont les manifestations recouvrent deux techniques. La première revient à examiner le fonctionnement de l'entreprise à un moment précis puis seront confrontées les situations des salariés victimes de discrimination par rapport à la situation des autres salariés. Cette méthode est intéressante pour le salarié qui peut produire à l'appui de sa demande des tableaux comparatifs de l'évolution de sa carrière par rapport à celle d'autres salariés occupant le même poste¹³². La seconde démarche consiste à remonter «le temps à partir de la mesure incriminée» et à procéder «à une rétrospective de la condition faite aux personnes concernées»¹³³. Les juges peuvent ainsi constater qu'à partir d'un événement donné, tel que la participation à une grève, la situation du salarié a connu des modifications imputables à l'employeur. Ces diverses méthodes utilisées par les juges du fond, dans l'exercice de leur pouvoir souverain d'appréciation, démontrent l'insuffisance du système français qui fait peser la charge de la preuve sur le salarié. Certains auteurs s'interrogent d'ailleurs sur le respect de la règle posée à l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme exigeant un procès équitable¹³⁴ pour tous les ressortissants de la Communauté.

Ainsi le droit communautaire va constituer un «modèle» en terme de régime probatoire. Des directives successives ainsi que la jurisprudence se sont employées à édifier un système de preuve adapté aux problèmes que posent les discriminations. Le droit

salarié», *Gaz. Pal.* 1994, 2, doct., p. 792.

¹³⁰ PERU-PIROTTE (L.), *La lutte contre les discriminations en droit du travail. Approche critique*, Thèse soutenue à Lille II, janvier 2000

¹³¹ T.G.I. Pontoise 13 déc. 1995, *Dr. ouvrier* 1997, p. 375.

¹³² COEURET (A.), «Entrave contre discrimination», *Dr. ouvrier* 1987, p. 407.

¹³³ COEURET (A.), *op. cit.*, p. 450.

¹³⁴ PAGNON (M.), «L'équilibre de la charge de la preuve dans le procès prud'homal», *TPS* 2000, p. 6.

communautaire a permis de corriger les deux principaux écueils relevés dans le système français. Il a tenté, en effet, d'inclure tous les types de discriminations quelles que soient leurs formes mais a également élaboré un régime de preuves plus adapté aux objectifs du droit social.

2§ Un droit communautaire novateur

Un des objectifs affichés par la Communauté européenne en matière sociale consiste dans la lutte contre les discriminations. Depuis le Traité de Rome qui, dans son article 119, préconisait l'égalité des rémunérations, la Communauté n'a cessé, par l'intermédiaire de directives mais également de sa jurisprudence, d'enjoindre les Etats membres à protéger les droits fondamentaux des salariés parmi lesquels la non-discrimination. Un des apports les plus importants du droit communautaire est constitué par l'émergence du concept de discrimination indirecte (A) relayé par un aménagement de la charge de la preuve (B).

A- L'émergence du concept de discrimination indirecte

Ce nouveau concept de discrimination indirecte trouve son origine dans la politique sociale de la CJCE (1) puis a été progressivement mis en œuvre par la jurisprudence (2).

1. L'origine du concept

La lutte contre les discriminations apparaît comme un des principaux objectifs de la Communauté en matière sociale. La règle de non-discrimination fait, en effet, partie du «noyau dur» de l'harmonisation européenne qui peut être défini comme un socle ou une base de droits fondamentaux pour tout travailleur européen. Ce principe est ainsi considéré comme un principe élémentaire devant être défendu par les législations de tous les pays membres. La Communauté, souhaitant une harmonisation dans le progrès et non un nivellement par le bas, a pris l'initiative en la matière par l'intermédiaire de directives appuyées sur la jurisprudence de la CJCE. Le droit communautaire s'est ainsi révélé

particulièrement novateur notamment en recourant au concept de discrimination indirecte. Cette notion a été mise à jour au sujet de discriminations à raison du sexe et de la nationalité. Dans ces deux domaines, la mention explicite de la nationalité ou du sexe en tant que critères de distinction est devenue rare. Ce qui ne signifie pas qu'il n'existe aucune discrimination mais les auteurs de tels comportements vont utiliser des critères apparemment neutres aboutissant à un résultat identique. Ainsi, les critères de résidence, de taille, de temps de travail ou encore de force physique entraînent une discrimination indirecte.

L'émergence du concept de discrimination indirecte a été l'œuvre de la jurisprudence de la CJCE puisque de nombreux arrêts ont été rendus notamment en matière d'égalité des rémunérations. L'arrêt de principe en matière de discrimination indirecte est l'arrêt *Bilka*¹³⁵ dans lequel une salariée à temps partiel d'un magasin allemand invoquait le caractère discriminatoire du régime de pensions d'entreprise. Afin de bénéficier de ce régime, les salariés à temps partiels devaient avoir travaillé à temps plein au moins quinze ans sur une période de vingt ans. La CJCE est alors interrogée, par l'intermédiaire de la question préjudicielle, sur le point de savoir s'il s'agissait d'une discrimination indirecte, les salariés concernés par cette mesure étant majoritairement des femmes. Cette jurisprudence est, en fait, une confirmation de l'arrêt *Jenkins*¹³⁶ dans lequel la CJCE énonçait « l'article 119 est violé lorsqu'une mesure frappe un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes, à moins que l'entreprise n'établisse que la dite mesure s'explique par des facteurs objectivement justifiés et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe » (att. 31). A partir de cette jurisprudence, a été élaboré une théorie de la discrimination indirecte qui a été mise en œuvre par la jurisprudence de la CJCE.

2. La mise en œuvre du concept

Deux conditions sont requises afin d'établir une discrimination indirecte : tout

¹³⁵ CJCE 13 mai 1986, aff. 170/84 BILKA, *Rec.* 1986, p. 1607.

¹³⁶ CJCE 31 mars 1981, aff. 96/80 JENKINS, *Rec.* 1981, p. 911.

d'abord une situation suspecte fondée sur les statistiques, ensuite l'absence de justifications objectives¹³⁷.

Concernant la situation suspecte, elle est découverte au cas par cas par la jurisprudence. Pourtant, les situations suspectes découvertes sont sensiblement identiques. En matière de discrimination fondée sur la nationalité, l'emploi du critère de résidence semble a priori suspect. En matière de discrimination sexuelle, ce sont les mesures distinguant les travailleurs à temps partiel par rapport aux autres salariés qui apparaissent suspectes. En effet, ces mesures concernent en grande majorité les femmes qui sont beaucoup plus nombreuses à travailler à temps partiel. Mais la prise en compte de la force physique ou de la pénibilité physique d'un poste peut également révéler une discrimination indirecte.

Hormis les critères apparemment suspects, peuvent également être révélatrices d'une discrimination indirecte des observations statistiques objectives. Ainsi une entreprise dans laquelle la rémunération moyenne des salariés féminins est inférieure à celle des salariés masculins devra démontrer par des justifications objectives l'absence de discrimination¹³⁸. La CJCE a donc forgé une théorie des discriminations indirectes fondée sur la « démonstration d'un effet statistique et sociologique de la norme apparemment non discriminatoire » mais dont l'application désavantagerait un certain groupe de travailleurs par rapport aux autres¹³⁹. Une fois cette situation suspecte découverte, c'est alors à l'employeur de démontrer l'absence de discrimination par des justifications objectives.

Selon M. GARRONE, une distinction indirecte résultant d'une situation suspecte ne devient une discrimination indirecte qu'en l'absence de justifications objectives de la part de l'auteur de cette distinction¹⁴⁰. Si la distinction est justifiée, il n'y a pas de discrimination, a contrario, l'absence de justifications démontrera l'existence de la discrimination indirecte. Ainsi, dans l'arrêt Jenkins, la Cour précise ce qu'elle entend par

¹³⁷ GARRONE (P.), « La discrimination indirecte en droit communautaire : vers une théorie générale », *RTD eur.* 1994, p. 425.

¹³⁸ CJCE 17 oct. 1989, aff. 109/88 Handels, *Rec.* 1989, p. 3199.

¹³⁹ MARTIN (P.), « Droit social et discriminations sexuelles : à propos des discriminations générées par la loi », *Dr. soc.* 1996, p. 562.

¹⁴⁰ GARRONE (P.), « La discrimination indirecte en droit communautaire : vers une théorie générale », *RTD eur.* 1994, p. 425.

justifications objectives : « Si la juridiction nationale constate que les moyens choisis répondent à un véritable besoin de l'entreprise, sont aptes à atteindre l'objectif poursuivi, sont nécessaires à cet effet, la circonstance que les mesures en question frappent un nombre beaucoup plus élevé de travailleurs féminins que de travailleurs masculins n'est pas suffisante pour conclure qu'elle comporte une violation de l'article 119 » (att. 36)¹⁴¹. Une constatation s'impose : la CJCE fait référence au juge national à qui il appartiendra d'apprécier ces justifications. Les justifications seront appréciées par les juges nationaux par un examen attentif des faits. Différentes justifications sont reconnues comme objectives ou légitimes. Il en est ainsi des objectifs de politique sociale ou encore de la réalisation d'objectifs économiques. Ces justifications doivent, en plus répondre à un critère de proportionnalité. La CJCE a ainsi admis la distinction selon le critère de pénibilité physique du travail lorsque « compte tenu de la nature des tâches, le travail à accomplir exige effectivement un certain développement de force physique, à condition que, par la prise en considération d'autres critères, il parvienne à exclure, dans son ensemble toute discrimination fondée sur le sexe »¹⁴². Le principe de proportionnalité revêt donc divers aspects : les moyens choisis pour atteindre l'objectif légitime doivent répondre à un véritable besoin (subsidiarité), être aptes à l'atteindre (adéquation) et être nécessaires à cet effet (nécessité).

L'émergence du concept de discrimination indirecte tant du point de vue de son origine que de sa mise en œuvre doit donc beaucoup à la jurisprudence de la CJCE. Cette jurisprudence novatrice a fortement influé sur le régime probatoire des discriminations. Elle a mis à jour un système plus équilibré pour le salarié : le partage de la charge de la preuve.

B- L'impact sur le régime des preuves

La prise en compte des discriminations indirectes ainsi que l'élaboration d'un processus permettant leur découverte aura permis de renouveler le système probatoire en

¹⁴¹ CJCE 31 mars 1981, aff. 96/80 Jenkins, *Rec.* 1981, p. 911.

¹⁴² CJCE 1er juil. 1986, aff. 237/85 Gisela Rummler, *Rec.* 1986, p. 2101.

matière de discriminations. La jurisprudence a, en effet, mis au point un processus particulièrement novateur aboutissant à un partage de la charge de la preuve (1). Cette théorie pourtant très favorable au salarié a été pratiquement ignorée des juges nationaux ce qui pose la question de son effectivité (2).

1. Le partage de la charge de la preuve

Comme il a été précédemment énoncé, la découverte d'une discrimination indirecte passe par deux étapes : d'abord, le salarié doit démontrer qu'il existe une situation suspecte, ensuite, il appartient à l'employeur de justifier cette situation par des raisons objectives. La prise en compte des données statistiques et sociologiques par le juge a pour effet d'alléger considérablement la charge de la preuve incombant au salarié. De simples indices découverts à partir d'un examen attentif des faits conduisent ainsi à faire peser une présomption à l'encontre de l'employeur. La charge de la preuve est alors inversée puisqu'il appartient dès lors à l'employeur de démontrer l'absence de discrimination. Il s'agit donc d'une présomption simple de discrimination indirecte. Cette présomption de discrimination essentiellement utilisée en matière de discriminations sexuelles pourra alors être étendue à l'ensemble des discriminations. Se pose alors le problème inhérent à la généralisation de la théorie des discriminations indirectes. Un tel concept peut-il être mis en œuvre pour toute discrimination ?

D'après M. GARRONE¹⁴³, la jurisprudence élaborée par la CJCE a une portée générale. Elle est, en effet, similaire en matière de discriminations sexuelles et de discriminations à raison de la nationalité. Ainsi, une définition générale peut être élaborée. Une mesure affectant davantage les personnes du groupe défavorisé que celles de l'autre groupe serait discriminatoire en l'absence de justifications objectives. Quant aux justifications, elles sont sensiblement identiques pour les deux types de discriminations : une différence de situations, les justifications liées à l'intérêt général mais également les justifications fondées sur l'intérêt de l'entreprise seront admises.

¹⁴³ GARRONE (P.), « La discrimination indirecte en droit communautaire : vers une théorie générale », *RTD eur.* 1994, p. 433.

Concernant l'appréciation des juges, elle semble être objective étant donné que les juges ne recherchent pas l'intention discriminatoire de l'auteur mais se reportent plutôt aux conséquences concrètes de la mesure. Une mesure est discriminatoire non pas parce que son auteur a eu l'intention de discriminer mais parce qu'elle affecte particulièrement un groupe défavorisé parmi l'ensemble des salariés.

Le concept de discrimination indirecte semble avoir un véritable impact sur le régime de la preuve en instituant une présomption simple à l'encontre de l'employeur. Cependant, si en droit communautaire, cette théorie peut être généralisée aux discriminations en raison du sexe et de la nationalité, elle apparaît relativement ineffective en droit français.

2. *L'effectivité limitée en droit français*

La théorie des discriminations indirectes est ineffective en droit français en raison de sa quasi-ignorance par le juge national. La jurisprudence française semble assez réticente au concept même de discriminations indirectes et s'attache au système probatoire traditionnel pour le moins insatisfaisant. La méthode utilisée en droit communautaire afin de détecter les discriminations indirectes demeure peu exploitée dans le cadre de l'article L. 122-45. Un exemple en est l'arrêt rendu le 30 mars 1994 par la chambre sociale de la Cour de cassation¹⁴⁴. En l'espèce, l'absence d'une salariée en congé maternité et n'ayant pu faire l'objet d'une notation par son employeur a porté préjudice à son avancement dans l'entreprise. Or la Cour de cassation a exclu la discrimination fondée sur le sexe bien que cette mesure affecte majoritairement les femmes en congé maternité. Dans un autre arrêt posant les mêmes difficultés, les juges se sont pourtant montrés plus prudents en saisissant la CJCE d'un renvoi préjudiciel¹⁴⁵.

S'il est vrai que les juges nationaux disposent d'autres moyens afin de déceler et de démontrer l'existence de discriminations, ils ne raisonnent jamais en terme de discriminations indirectes. M. MARTIN évoque ainsi l'écart existant entre «la construction

¹⁴⁴ Cass. soc. 30 mars 1994, *Dr. soc.* 1994, p. 561, obs. MOREAU (M-A.)

¹⁴⁵ Cass. soc. 28 mars 1995, *CSBP.* 1995, n°70, p. 167.

théorique originale » de la jurisprudence de la CJCE et la pratique judiciaire française¹⁴⁶. Pour cet auteur, cet écart serait la conséquence de la méconnaissance du droit communautaire de la part des juges français. Pourtant, cette jurisprudence communautaire mériterait plus d'attention notamment dans sa position particulièrement novatrice en terme de preuve. C'est pourquoi, on peut parler de régime probatoire à deux vitesses. Face à un régime français traditionnel et inadapté aux discriminations, le droit communautaire a instauré un régime novateur et pourtant ignoré des juges nationaux. La jurisprudence de la CJCE n'est pas parvenue à influencer sur la pratique judiciaire interne et s'est heurtée à la réticence des juges. Cette ignorance volontaire des apports du droit communautaire a d'ailleurs déterminé la Communauté à élaborer une directive beaucoup plus contraignante pour les Etats membres et destinée à harmoniser le régime probatoire en la matière.

Section 2 - Vers une harmonisation du régime probatoire

L'harmonisation du régime probatoire s'est réalisée progressivement. Cette harmonisation a nécessité une consécration des nouvelles règles de preuve développées en droit communautaire dans une directive du 15 décembre 1997 (§1). Cette directive, par sa force obligatoire, a suscité un renouvellement profond de la jurisprudence française en matière de preuves (§2).

1§ La consécration des nouvelles règles de preuve : la directive du 15 déc. 1997

La directive du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve en cas de discrimination à raison du sexe représente l'aboutissement d'un long cheminement du droit communautaire. Poussée par les objectifs de la politique sociale de la Communauté, la jurisprudence a d'abord élaboré un processus probatoire précisé au fil des arrêts. Ce

¹⁴⁶ MARTIN (P.), « Droit social et discriminations sexuelles : à propos des discriminations générées par la loi », *Dr. soc.* 1996, p. 564.

processus a, ensuite, été consacré dans la directive dont l'opportunité a cependant été discutée (A). Cependant, les apports indéniables de la directive qui a exercé une grande influence notamment en droit français justifient pleinement le choix de la Communauté européenne (B).

A- Une opportunité discutée

La jurisprudence a ainsi été à l'origine de la directive adoptée le 15 décembre 1997 sous la présidence du Luxembourg. Cependant, de nombreux obstacles ont retardé l'élaboration de cette directive (1) dont l'adoption a été justifiée par la force obligatoire qu'elle conférait au régime probatoire communautaire (2).

1. L'élaboration difficile de la directive

Pour certains, au regard d'une jurisprudence constante et très claire de la CJCE, l'élaboration d'une directive en la matière paraissait inutile. Ainsi, quelques pays tel que le Royaume-Uni appliquaient fréquemment la jurisprudence, d'autres ont même légiféré dans le sens de la CJCE¹⁴⁷. Pourtant, l'effectivité de cette jurisprudence, qui a été très peu diffusée dans certains pays notamment la France, était mise en doute. C'est pourquoi, de nombreuses propositions se sont succédées au sein de la Commission depuis 1988 mais se sont heurtées aux réticences de certains membres, s'appuyant sur les mécanismes de vote au sein de la Commission, afin de s'opposer à leur adoption.

La première proposition de directive date du 24 mai 1988¹⁴⁸ or l'exigence de l'unanimité lors du vote et le veto constant du Royaume-Uni ont fait avorter cette première tentative. La Commission a par la suite décidé de changer de fondement juridique afin de permettre une adoption à la majorité qualifiée. Elle a été confortée dans sa position par une étude comparative réalisée en 1995 dans les Etats membres de la Communauté. Cette étude

¹⁴⁷ art. 96 de la loi espagnole du 27 avril 1990, art. 4 §5 de la loi italienne n°125/1991

¹⁴⁸ Proposition de directive relative à la charge de la preuve dans le domaine de l'égalité des rémunérations et

a, en effet, démontré les difficultés auxquelles étaient confrontées les juridictions nationales en terme de preuve des discriminations. Bien que les principes révélés par la jurisprudence communautaire aient connu des échos favorables dans quelques pays, la plupart à l'instar de la France persistait dans l'ignorance des innovations en matière de discriminations ce qui limitait considérablement leur portée.

Une nouvelle proposition a alors été présentée le 17 juin 1996 et a été adoptée le 15 décembre 1997 après avis du Parlement européen. Aboutissement d'une élaboration difficile, la directive relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe¹⁴⁹ a donc été adoptée afin de contraindre tous les Etats membre de la Communauté à appliquer le régime probatoire élaboré par le droit communautaire.

2. La force obligatoire de la directive

La directive a été adoptée pour des raisons d'efficacité¹⁵⁰, son objectif étant «de garantir que soient plus efficaces les mesures prises par les Etats membres » en matière d'égalité de traitement (art. 1). Cette directive devra être transposée au plus tard au 1er janvier 2001. Cependant, d'un point de vue théorique, la directive n'apporte rien de plus que la jurisprudence communautaire puisque les juges nationaux sont tenus de prendre en compte et même d'appliquer cette jurisprudence. Pourtant, une directive qui doit impérativement être transposée par les Etats membres paraît revêtir une force obligatoire plus contraignante que la jurisprudence. Par son caractère coercitif, la directive du 15 décembre 1997 mettra les Etats dans l'obligation d'intégrer dans leur droit interne le régime probatoire communautaire, sous peine de sanctions importantes de la part de la Communauté.

l'égalité de traitement entre hommes et femmes. Com 269

¹⁴⁹ Directive 97/80/CE du Conseil du 15 décembre 1997, *JOCE* du 20 janv. 1998, L.14, p.16.

¹⁵⁰ LANQUETIN (M-T.), « Discriminations à raison du sexe : Commentaire de la directive du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination à raison du sexe », *Dr. soc.* 1998, p.688.

B- Des apports certains

Les apports de la directive peuvent être évalués à deux niveaux : tout d'abord, en droit interne dans lequel elle vient imposer les innovations du droit communautaire (1) mais aussi en droit communautaire dans lequel elle vient s'ajouter à la jurisprudence (2).

1. Apports en droit interne

Le premier apport de la directive de 1997 consiste dans la définition de la discrimination indirecte. Aux termes de son article 2 §2, «une discrimination indirecte existe lorsqu'une disposition, un critère apparemment neutre affecte une proportion nettement plus élevée de personnes d'un sexe, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit approprié(e) et nécessaire et ne puisse être justifié(e) par des facteurs objectifs et indépendants du sexe des intéressés ». La directive étant destinée à faciliter la charge de la preuve, il importait de commencer par définir la notion de discrimination indirecte. Cette définition n'est pas abstraite mais prend appuie sur des faits concrets. Cette définition impose d'ailleurs un processus probatoire inhérent à la notion de discrimination indirecte. Toute discrimination indirecte ne peut être démontrée qu'en fonction de ce processus.

Après avoir consacré le concept jurisprudentiel de discrimination indirecte, la directive s'attache à imposer un schéma probatoire de portée plus générale. Ainsi, selon l'article 4 §1, «les Etats membres, conformément à leur système judiciaire prennent les mesures nécessaires afin que dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect du principe d'égalité de traitement et établit devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il importe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe d'égalité de traitement ». Le système est clair « le salarié établi, l'employeur prouve »¹⁵¹. Le schéma probatoire suppose donc la réalisation de deux étapes.

¹⁵¹ LANQUETIN (M-T.), « Discriminations à raison du sexe : Commentaire de la directive du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination à raison du sexe », *Dr. soc.* 1998, p. 690.

Dans un premier temps, le demandeur devra établir l'existence d'une présomption de discrimination. Cette présomption pourra être établie à partir des faits suffisants afin de permettre le renversement de la charge de la preuve. La preuve des discriminations indirectes paraît particulière puisque la définition de l'article 2 semble déjà contenir des éléments quant à la preuve et s'opposerait ainsi au système énoncé à l'article 4 §1. Mme LANQUETIN propose en l'occurrence deux lectures de la directive¹⁵².

Une première interprétation consisterait à interpréter l'article 4 au regard de l'article 2. Ainsi, le demandeur serait tenu de démontrer que la mesure affecte une proportion plus élevée de personnes d'un sexe par rapport à l'autre. Cette démonstration s'avère cependant délicate a fortiori pour un salarié isolé puisqu'il devrait se placer dans un contexte de groupe à comparer avec d'autres. Or seules des organisations extérieures disposant de moyens d'investigation seraient susceptibles d'établir une telle situation.

Une seconde interprétation plus favorable au salarié conduirait à conférer une certaine autonomie à l'article 4 par rapport à la définition de la discrimination indirecte. Dans cette hypothèse, comme pour les discriminations directes, le demandeur aurait à établir des éléments suffisamment vraisemblables. Cette seconde solution permettrait ainsi d'avoir un régime probatoire unique pour toutes les discriminations sexuelles.

Une fois la présomption de discrimination établie, arrive la seconde étape dans laquelle il appartient à l'employeur de démontrer l'absence de discrimination. C'est pourquoi, cette directive conduit plus qu'à un partage de la charge de la preuve, la preuve incombe en effet à l'employeur sur lequel pèse une présomption simple de discrimination. En raison de sa force obligatoire, la directive va conduire la jurisprudence nationale à revoir totalement le système probatoire en matière de discrimination. La jurisprudence ne peut plus appliquer le principe de l'article 1315 du Code civil qui ne correspond pas au système consacré par la directive. Ce n'est plus au demandeur d'apporter la preuve mais à l'employeur. Le fardeau de la preuve a donc été transféré du salarié à l'employeur.

¹⁵² LANQUETIN (M-T.), « Discriminations à raison du sexe : Commentaire de la directive du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination à raison du sexe », *Dr. soc.* 1998, p. 691.

Outre les apports incontestables de la directive en droit interne, une interrogation subsiste : quel impact aura la directive sur la jurisprudence communautaire ?

2. Apports en droit communautaire

Les apports de la directive en droit communautaire peuvent être mesurés par rapport à la jurisprudence antérieure. La question qui se pose est de savoir si la directive a permis de restituer parfaitement le système élaboré par la jurisprudence ou si elle a ajouté à cette jurisprudence.

Quant à la première étape, celle de la comparaison, la directive parle de mesure qui affecte «une proportion nettement plus élevée d'un sexe ». Elle précise ainsi la jurisprudence dont les formulations pouvaient varier selon les arrêts. Un salarié devra donc situer son cas individuel dans un groupe afin de fournir des éléments de comparaison. Ce cadre de comparaison doit être suffisamment large pour envisager une comparaison équitable. Concernant la seconde étape, celle des justifications, la directive est moins précise que la jurisprudence. Elle a, en effet, raisonné en termes abstraits sans nous fournir d'exemples. Cette justification devra répondre à plusieurs principes : le principe de proportionnalité, de nécessité et de légitimité. La jurisprudence, quant à elle, est plus précise sur ces points puisqu'elle caractérise mieux ces exigences par rapport à chaque situation.

La directive a tenté de donner une définition plus abstraite que la jurisprudence sans pourtant la trahir. Elle laisse ainsi plus de place au pouvoir d'appréciation du juge national. En effet, si la CJCE, dans ses arrêts, avait tendance à guider les juges nationaux dans leurs appréciations, l'intérêt de la directive est qu'elle leur laisse un plus grand pouvoir. A partir d'une définition abstraite qu'ils pourront adapter aux circonstances, les juges auront pour tâche d'apprécier l'existence ou non de discriminations. Pour ce qui est de la jurisprudence communautaire, elle ne paraît pas devoir être modifiée en raison de la directive.

Le processus élaboré par la CJCE a effectivement été en grande partie consacré

par la directive, l'objectif de la Communauté n'étant pas de modifier une jurisprudence considérée comme novatrice mais de lui conférer une force obligatoire dans tous les Etats membres.

Un autre intérêt de la directive pourrait consister dans l'extension de sa portée à toutes les discriminations et non pas seulement aux discriminations à raison du sexe. En intégrant cette directive en droit interne, le législateur mais également la jurisprudence permettrait ainsi de conférer une certaine unité au régime probatoire des discriminations et de réaliser alors pleinement l'objectif d'harmonisation.

2§ Le renouvellement de la jurisprudence française

Le droit français a considérablement évolué sous l'influence de la directive du 15 décembre 1997. Non seulement la jurisprudence française applique finalement le système consacré par la directive aux discriminations sexuelles (A), mais elle va plus loin en étendant ce système à toutes les autres discriminations (B).

A- L'évolution en matière de discriminations sexuelles

Depuis un arrêt rendu le 23 novembre 1999 par la chambre sociale¹⁵³, la jurisprudence semble enfin avoir adopté le régime probatoire imposé par la directive du 15 décembre 1997. Les juges ont, en effet, appréhendé toute la mesure du renversement de la charge de la preuve issu de la jurisprudence et surtout de la directive communautaire. Dans l'affaire du 23 novembre 1999, une salariée employée par le CEA depuis 1961 n'avait bénéficié d'aucun avancement depuis 1978. Elle saisit le conseil de prud'hommes invoquant une discrimination à son égard. Mais les juges de première instance et d'appel rejettent sa demande au motif qu'elle était tenue de rapporter la preuve de la discrimination. Or la Cour de cassation rejette le pourvoi contre l'arrêt d'appel tout en appliquant les nouvelles règles de preuve. Son attendu reprend, en effet, les deux étapes du processus probatoire consacré par la directive du 15 décembre 1997. Elle affirme, dans un premier temps, «il appartient au salarié qui se prétend lésé par une mesure discriminatoire

¹⁵³ Cass. soc. 23 nov. 1999, D. 2000, IR, p.46.

de soumettre au juge les éléments de fait susceptibles de caractériser une atteinte au principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes ». La première phase consiste donc pour le salarié dans l'établissement à partir des faits d'une présomption de discrimination.

Dans un second temps, elle ajoute : « Il incombe à l'employeur, s'il conteste le caractère discriminatoire de cette mesure, d'établir que la disparité de situation ou la différence de rémunération constatée est justifiée par des critères objectifs, étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe. » Ainsi, afin de combattre la présomption simple à son encontre, l'employeur est tenu d'apporter des justifications objectives.

Plusieurs remarques s'imposent à la lecture de ce premier arrêt appliquant la directive du 15 décembre 1997. D'abord, quant à la première étape, les juges ne précisent pas par quels moyens le salarié peut établir la présomption de discrimination. Aucune mention n'est faite des moyens statistiques ou sociologiques. Sur ce point, la jurisprudence est beaucoup plus concise que la CJCE. Ensuite, du point de vue des justifications objectives, les juges ne mentionnent ni le principe de proportionnalité ni celui de nécessité. Seul est nécessaire un critère objectif justifiant la situation. On constate donc que la jurisprudence se réfère aux termes employés par la directive et préfère une définition abstraite du schéma probatoire. La jurisprudence communautaire, quant à elle, s'était attachée à illustrer ses définitions d'exemples concrets afin de faciliter la tâche des salariés.

L'évolution de la jurisprudence et le renouveau tant attendu en matière de preuve des discriminations semblent finalement réalisés. Cependant, si dans l'arrêt du 23 novembre 1999, la jurisprudence se contente d'appliquer la directive du 15 décembre 1997 dans le domaine défini par celle-ci : les discriminations sexuelles, les juges français vont plus loin dans l'harmonisation. Le régime probatoire est destiné à être étendu à l'ensemble des discriminations.

B- L'extension à toutes les autres discriminations

L'harmonisation du régime de la preuve en matière de discrimination a été affirmée

par un arrêt rendu le 28 mars 2000 par la chambre sociale ¹⁵⁴. En l'espèce, trois agents SNCF prétendaient que leur appartenance syndicale avait été la cause d'une atteinte au déroulement de leur carrière. Cependant, la Cour d'appel rejette leurs prétentions au motif qu'ils n'apportaient pas la preuve d'une discrimination. La Cour de cassation casse alors l'arrêt d'appel reprenant dans son attendu les termes employés dans l'arrêt du 23 novembre 1999. Mais plus qu'une confirmation, cet arrêt du 28 mars 2000 apparaît comme un arrêt de principe en la matière.

Tout d'abord, il s'agit d'un arrêt de cassation qui censure les juges d'appel dans leur application de la règle traditionnelle de preuve consistant à faire peser la charge de la preuve sur le salarié. Ensuite, la chambre sociale précise, après l'attendu de principe quasiment identique à celui du premier arrêt, «d'autre part, que la preuve de la discrimination n'incombait pas au salarié». La chambre sociale est claire : la preuve incombe désormais à l'employeur. Enfin, une autre raison de considérer cet arrêt en tant qu'arrêt de principe est qu'il n'est fondé sur aucun texte. En effet, le domaine d'application de la directive se limitait aux discriminations en raison du sexe. Or les juges l'ont étendu aux discriminations syndicales et on peut penser que ce principe est applicable à l'ensemble des discriminations. La doctrine s'accorde d'ailleurs sur la solution de principe énoncé par l'arrêt du 28 mars 2000 : il aboutit à une unification du régime des preuves. Mme Lanquetin parle même de double unification puisque à l'unification réalisée sur les motifs de la discrimination, il faut ajouter l'unification du régime de l'égalité de traitement sur celui de l'égalité de rémunération¹⁵⁵. En effet, en matière d'égalité de rémunération, la jurisprudence¹⁵⁶ se fondant sur l'article L.140-8 imposait déjà un partage de la charge de la preuve. Ainsi selon M. MINE, «le mode de raisonnement face à la discrimination serait comme un arbre avec un tronc commun, pour l'ensemble des discriminations, et des branches, pour chaque discrimination particulière»¹⁵⁷. Ainsi, la ligne directrice tracée en

¹⁵⁴ Cass. soc. 28 mars 2000, *Dr. soc.* 2000, p.593, note LANQUETIN (M-T.); *Dr. ouvrier* 2000, p. 176, obs. F. S.; *CSBP* n°121, juin 2000, A 026, p. 586, obs. CHARBONNEAU (C.)

¹⁵⁵ LANQUETIN (M-T.), note sous Cass. soc. 28 mars 2000, Un tournant en matière de preuve des discriminations, *Dr. soc.* 2000, p. 589.

¹⁵⁶ Cass. soc. 15 déc. 1998, *Dr. soc.* 1999, p. 187, note BONNECHERE (M.)

¹⁵⁷ MINE (M.), « Le droit communautaire dans la pratique du droit social : Brefs propos sur les apports du droit communautaire en matière de discrimination », *Dr. ouvrier* 2000, p. 97.

matière de discrimination sexuelle devrait s'étirer vers les autres discriminations.

Cette extension serait d'ailleurs confirmée par le projet de loi prévoyant la transcription en droit interne de la directive du 15 décembre 1997¹⁵⁸. Ce projet de loi, qui devrait être adopté avant le 1er janvier 2001, envisage une extension du champ d'application de la directive à toutes les discriminations. D'autres mesures sont également prévues afin de faciliter l'action du salarié victime de discrimination. Le déclenchement de l'action serait désormais ouvert aux organisations syndicales représentatives se substituant aux victimes. De plus, le champ des mesures discriminatoires serait étendu à toute mesure d'emploi au lieu actuellement de l'embauche, des sanctions disciplinaires et du licenciement. Enfin, la notion de discrimination indirecte ferait son apparition dans le droit français.

Si la jurisprudence communautaire à elle seule n'avait pas suffisamment d'influence afin de susciter un renouvellement du droit français quant à la preuve des discriminations, la directive adoptée le 15 décembre 1997 semble avoir permis l'intégration dans le droit interne des apports du droit communautaire mais elle a également entraîné une harmonisation du régime probatoire à l'ensemble des discriminations. Non seulement les juges mais également le législateur prennent enfin en compte les difficultés inhérentes à toute action en discrimination notamment l'obstacle souvent insurmontable de la charge de la preuve. Le droit français semble donc s'engager vers un rééquilibrage devenu indispensable en matière de preuve afin de faciliter la tâche du salarié et de permettre l'ouverture plus grande des actions en discrimination. Cependant, une fois le comportement discriminatoire reconnu, encore faut-il qu'il soit sanctionner en proportion de l'atteinte à ses droits fondamentaux subie par le salarié. En effet, seules des sanctions efficaces inciteront les salariés à engager des actions en discriminations contre leurs employeurs. Or la nullité de plein droit prévue par l'article L. 122-45 du Code du

¹⁵⁸ Projet de loi portant diverses mesures d'adaptation communautaire (DDAC), *Liaisons soc. bref* n°13083 du 28 janv. 2000

travail paraît répondre aux attentes des salariés. Mais prononcer la remise en l'état, conséquence de la nullité, n'est pas suffisant, cette sanction exige une exécution forcée. Dans certains cas pourtant, seule l'indemnisation du salarié semble envisageable.

CHAPITRE II - LE REGIME DES SANCTIONS

Tout comme pour le régime des preuves, le régime des sanctions de l'article L. 122-45 du Code du travail est essentiellement l'œuvre de la doctrine et de la jurisprudence. Le législateur a, en effet, été relativement succinct sur le sujet s'en tenant à imposer une nullité de plein droit sans en tirer les conséquences. Ceci est d'autant plus vrai depuis la loi du 31 décembre 1992 qui semble avoir exclu les discriminations à l'embauche de cette nullité et dont la sanction n'a donc pas été expressément prévue. Ainsi, au fil des années, la remise en l'état se substituant peu à peu à l'indemnisation du salarié est devenue la sanction majeure en cas d'atteinte au principe de l'article L. 122-45 du Code du travail. Pourtant, les deux types de sanctions continuent à coexister : la remise en l'état (section 1), admise en tant que conséquence naturelle de la nullité de plein droit, et l'indemnisation du salarié (section 2), tendant à s'y cumuler.

Section 1 - La remise en l'état

La remise en l'état s'est finalement imposée comme une sanction à la mesure du principe énoncé à l'article L. 122-45 du Code du travail (§1). Cependant, seule l'intervention du juge des référés, qui peut être considéré comme le meilleur garant de la remise en l'état (§2), a su conférer à cette sanction toute sa portée.

1§ La sanction à la mesure du principe

Si la remise en l'état apparaît aujourd'hui comme la seule sanction adéquate face à certains comportements discriminatoires (A), elle n'a pas toujours fait l'unanimité et n'a ainsi connu qu'une consécration tardive (B).

A- Une sanction adéquate

Aux termes de l'article L. 122-45 du Code du travail, toute sanction ou tout licenciement fondé sur un motif discriminatoire encourt la nullité de plein droit. Or si la nullité demeure la sanction de l'illicite (1), la conséquence naturelle de cette nullité consiste en une remise en l'état de la situation dans laquelle se trouvait le salarié (2).

1. La nullité, sanction de l'illicite

La loi du 4 août 1982, relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise, qui est à l'origine de l'article L. 122-45 du Code du travail et destinée à protéger les salariés de toute mesure discriminatoire, prévoyait : « toute disposition contraire est nulle de plein droit ». Cette première affirmation de la nullité des mesures discriminatoires s'est cependant révélée insuffisante quant à son domaine d'application. En effet, pour une doctrine majoritaire, l'emploi du terme « disposition » faisait référence au règlement intérieur. C'est pourquoi, une loi du 3 janvier 1985 a ajouté à côté du mot « disposition » le terme « acte ». Désormais, le licenciement discriminatoire du salarié entre dans le champ d'application de l'article L. 122-45. La loi du 25 juillet 1985 est venue achever l'évolution en ajoutant à la liste des motifs illicites « l'exercice normal du droit de grève » assurant ainsi une protection complète au salarié gréviste. Ainsi, toute mesure ayant pour fondement un motif illicite visé par l'article L. 122-45 encourt la nullité de plein droit.

Selon Mme MASSE-DESSEN, « le licenciement prononcé en violation de ces textes est illicite, donc en principe nul. »¹⁵⁹. Le raisonnement doit donc être analogue en matière de « mesures en cours d'emploi »¹⁶⁰. C'est pourquoi, M. DUPEYROUX avait qualifié en 1982 le nouvel article L. 122-45 de « bombe à retardement »¹⁶¹. La nullité apparaît donc comme sanction de l'illicite ce qui renforce d'autant plus le principe énoncé à l'article L. 122-45. Etant donné que la portée d'un principe se mesure par rapport à la

¹⁵⁹ MASSE-DESSEN (H.), « La résolution contentieuse des discriminations en droit du travail », *Dr. soc.* 1995, p. 445.

¹⁶⁰ MASSE-DESSEN (H.), *op. cit.*, p. 446.

¹⁶¹ DUPEYROUX (J-J.), cité par J-E RAY in « La réintégration du gréviste illégalement licencié », *Dr. soc.*

sanction dont il est assorti, la nullité prévue contre toute atteinte à l'article L. 122-45 lui confère bien une portée générale d'ordre public. Mme GREVY affirme ainsi que «l'originalité de ce texte phare du code du travail réside autant dans le principe de non-discrimination qu'il énonce que dans la sanction qu'il prévoit ; pour la première fois, la sanction civile d'une discrimination à l'encontre de salariés n'ayant aucun mandat représentatif est la nullité de l'acte»¹⁶². De plus, selon M. COUTURIER, la nullité de l'article L. 122-45 figure parmi les nullités sanctionnant les «atteintes portées à des droits fondamentaux»¹⁶³. C'est pourquoi, à côté de ces nullités que l'on peut qualifier de «textuelles», se sont développées des «nullités virtuelles». L'article L. 122-45 étant un principe d'ordre public, la nullité prévue par le texte peut être étendue à des comportements non expressément condamnés par le législateur. Une illustration en est l'affaire Clavaud dans laquelle la chambre sociale a annulé un licenciement fondé sur la liberté d'expression d'un salarié¹⁶⁴. Bien que la liberté d'expression ne figure pas parmi les motifs illicites énoncés à l'article L. 122-45, les juges ont, par une extension du domaine de la nullité, prononcé la nullité de ce licenciement attentatoire aux libertés fondamentales des salariés.

2. La remise en l'état, conséquence naturelle de la nullité

La nullité du comportement discriminatoire a, selon le droit commun, pour effet d'anéantir rétroactivement le comportement à l'origine de la discrimination. Or selon la doctrine, la nullité découle forcément sur la poursuite du contrat de travail considéré comme nul¹⁶⁵. Or la poursuite du contrat de travail s'analyse en une remise en l'état antérieur. La remise en l'état est ainsi reconnue comme «conséquence naturelle de la nullité»¹⁶⁶ mais comment se traduit-elle concrètement par rapport à la situation dans

1989, p. 349.

¹⁶² GREVY (M.), note sous Cass. soc. 17 mars 1999 « Nullité du licenciement et réintégration dans l'emploi », *AJ/CFDT* n°137, juillet 1999, p. 7.

¹⁶³ COUTURIER (G.), « Annuler les actes illicites, la réintégration obligatoire », *Dr. ouvrier* 1988, p. 134.

¹⁶⁴ Cass. soc. 28 avr. 1988, *Dr. soc.* 1988, p.428, concl. H. ECOUTIN ; *Dr. soc.* 1988, p. 430, obs. G. COUTURIER ; *Dr. ouvrier* 1988, p. 252, A. JEAMMAUD et M. LE FRIANT

¹⁶⁵ VERDIER (J-M.), « Libertés et travail. Problématique des droits de l'homme et rôle du juge. », *D.* 1988, chron., p. 69.

¹⁶⁶ COUTURIER (G.), « Annuler les actes illicites, la réintégration obligatoire », *Dr. ouvrier* 1988, p. 138.

laquelle se trouve le salarié ? Concernant les licenciements, hypothèse la plus courante, la remise en l'état consiste en une réintégration du salarié à son poste de travail avec tous les problèmes d'ordre pratique que cela peut poser. Quant aux mesures discriminatoires, la remise en l'état revient également pour le salarié à retrouver sa situation antérieure : s'agissant d'une sanction, la sanction sera annulée, s'agissant d'une perte de grade, le salarié retrouvera son grade antérieur, s'agissant d'une mutation, il réintègrera son poste initial... De même, si la mesure discriminatoire consiste en un refus discriminatoire, le salarié se verra accorder ce qui lui avait été refusé.

La remise en l'état, particulièrement la réintégration du salarié est donc reconnue comme la seule issue possible au litige opposant le salarié à son employeur. En effet, selon M. COUTURIER, «la réintégration c'est la conséquence naturelle de la nullité puisque celle-ci, par définition, implique que le licenciement soit privé d'effet »¹⁶⁷.

Si la nullité semble constituer la sanction adéquate en matière de licenciement ou de mesures discriminatoires, les juges sont tenus d'en tirer toutes les conséquences. Or la remise en l'état de la situation apparaît seule possible. Aujourd'hui, la remise en l'état de la situation, et plus particulièrement la réintégration du salarié dans son emploi, demeure une conséquence incontestable de la nullité de toute mesure ou tout licenciement contrevenant à l'article L. 122-45 du Code du travail, cependant ce principe aura été l'aboutissement d'une lente évolution jurisprudentielle et législative.

B- Une consécration tardive

Face aux réticences jurisprudentielles (1), c'est l'influence du législateur (2) qui a permis d'ériger la remise en l'état en sanction naturelle de toute atteinte à l'article L. 122-45 du Code du travail.

¹⁶⁷ COUTURIER (G.), « Annuler les actes illicites, la réintégration obligatoire », *Dr. ouvrier* 1988, p. 138.

1. Les réticences jurisprudentielles

Les difficultés inhérentes à la remise en l'état se sont manifestées essentiellement quant aux licenciements discriminatoires découlant sur une réintégration du salarié. Pendant longtemps, la question de la réintégration du salarié a posé des problèmes en jurisprudence. En effet, la Cour de cassation considérait qu'on ne pouvait imposer à l'employeur la réintégration d'un salarié dans son entreprise. Ainsi, dans un arrêt rendu le 27 novembre 1952, la chambre sociale affirme que « l'obligation de réintégrer constitue une obligation de faire dont l'inexécution ne peut donner lieu qu'à l'allocation de dommages-intérêts aux termes de l'article 1142 du Code civil »¹⁶⁸. Cette jurisprudence fortement contestée s'explique par la volonté de préserver le pouvoir de direction de l'employeur. Un arrêt de la Cour de Paris en date du 5 mai 1988 affirme ainsi « qu'en raison du caractère personnel des relations nées du contrat de travail, il est d'ordre public qu'aucune des parties ne puisse être contrainte de continuer à l'exécuter contre sa volonté »¹⁶⁹. C'est donc le refus de la part de l'employeur de conserver le salarié dans son entreprise qui justifie la réparation pécuniaire. En effet, selon M. BOSSU, « un employeur prêt à en payer le prix ne peut être contraint à réintégrer le salarié protégé »¹⁷⁰.

Cependant, la doctrine mais également les juges du premier degré tendent à inverser cette tendance. Par la démonstration de la supériorité de la réparation en nature en matière de droits et de libertés fondamentales et de la mauvaise interprétation de l'article 1142 du Code civil, la doctrine a conduit les juges à prononcer des réintégrations contre le gré de l'employeur. Une première illustration de cette nouvelle jurisprudence est un arrêt rendu le 14 juin 1972 en matière de licenciement de salariés protégés¹⁷¹. Cependant, en matière de grève, la réintégration du salarié sera plus tardive. L'arrêt Talbot rendu le 31 mars 1982 pose, en effet, en principe : « le licenciement pour faits de grève n'est pas nul mais peut seulement donner lieu à des dommages-intérêts (...) la réintégration de celui-ci

¹⁶⁸ Cass. soc. 27 nov. 1952, *Dr. soc.* 1953, p. 101.

¹⁶⁹ C. Paris 5 mai 1988, *Dr. soc.* 1989, p. 357.

¹⁷⁰ BOSSU (B.), « Les situations de fait et l'évolution de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de Cassation », *Dr. ouvrier* 1999, p. 96.

(le salarié) dans son emploi ne peut être que proposée par les juges du fond en application de l'article L. 122-14-4 du Code du travail »¹⁷².

2. L'influence législative

C'est sous l'influence des lois du 3 janvier et 25 juillet 1985, modifiant l'article L. 122-45, que les juges prononcent enfin la réintégration d'un salarié licencié en raison de l'exercice du droit de grève. Un arrêt de principe du 26 septembre 1990, énonce que «le licenciement des salariés étant entaché de nullité, c'est à bon droit, et sans excéder ses pouvoirs, que le juge des référés, pour faire cesser un trouble manifestement illicite, a ordonné la poursuite du contrat de travail, qui n'avait pu être valablement rompu »¹⁷³. Cet arrêt, qui a rapidement été confirmé par deux arrêts du 25 octobre 1990 et 21 février 1991¹⁷⁴, marque le début d'une nouvelle ère dans la jurisprudence sociale. Depuis, la Cour de cassation exerce un contrôle sur les sanctions prononcées par les juges du fond. C'est pourquoi, dans un arrêt rendu le 17 mars 1999, la chambre sociale a censuré l'arrêt de la Cour d'appel ayant refusé la réintégration du salarié¹⁷⁵. En l'espèce, après avoir reconnu le caractère discriminatoire d'un licenciement, les juges refusent d'ordonner la réintégration du salarié au motif du caractère personnel des relations nées du contrat. Cependant, la Cour de cassation rappelle que «le juge doit ordonner, si l'intéressée le demande, la poursuite de l'exécution du contrat de travail qui n'a pas été valablement rompu ». La résistance des juges du fond demeure forte et seule une jurisprudence constante de la Cour de cassation permettra d'affirmer le caractère obligatoire pour le juge et l'employeur de la réintégration d'un salarié illégalement licencié.

Si la remise en l'état constitue la sanction la mieux adaptée à certains comportements contraires au principe de non-discrimination énoncé à l'article L. 122-45 du Code du travail, son efficacité ne peut être garantie que si elle est prononcée par le juge

¹⁷¹ Cass. soc. 14 juin 1972, *JCP* 1972, II, 17275, note G. LYON-CAEN

¹⁷² Cass. soc. 31 mars 1982, *Bull. civ.* V, n°246, p. 182; *Dr. soc.* 1983, p. 225, note J. SAVATIER

¹⁷³ Cass. soc. 26 sept. 1990, *Dr. soc.* 1991, p. 60, rapport P. WAQUET, note J-E. RAY

¹⁷⁴ Cass. soc. 25 oct. 1990 et 21 fév. 1991, cités par P. TILLIE in « Les nullités textuelles », *Dr. ouvrier* 1999, p. 104.

¹⁷⁵ Cass. soc. 17 mars 1999, *AJ/CFDT* n°136, mai 1999, p. 18.

des référés. En effet, une remise en l'état n'est réalisable à condition qu'elle intervienne rapidement. C'est pourquoi, depuis quelques années, le juge des référés est apparu comme le juge idéal pour prononcer la remise en l'état. Son intervention rapide tant au niveau de la recherche de la discrimination que sur le prononcé d'une sanction permet, en effet, de résoudre au mieux les litiges concernant les atteintes au principe de non-discrimination.

2§ Le juge des référés, garant de la remise en l'état

Une procédure adaptée (A) aux comportements prohibés par l'article L. 122-45 du Code du travail ainsi qu'une efficacité avérée (B) quant à l'exécution de la sanction de ces comportements ont érigé du juge des référés en «juge naturel»¹⁷⁶ de la remise en l'état.

A- Une procédure adaptée

La procédure particulière en matière de référés semble parfaitement adaptée au prononcé de la remise en l'état de la situation pour le salarié. En effet, les atteintes au principe de non-discrimination de l'article L. 122-45 du Code du travail entrent dans le domaine de compétence du juge des référés (1), de même que faire cesser ces atteintes relèvent de sa mission (2).

1. Domaine de compétence du juge des référés prud'homal

Le problème est de savoir si le juge des référés est compétent en matière de litiges portant sur la violation de l'article L. 122-45 du Code du travail. Le domaine de compétence du juge est délimité par les articles R. 516-30 et R. 516-31 du Code du travail. Selon le premier, le juge des référés peut intervenir en l'absence de toute contestation sérieuse au fond. De plus, aux termes de l'article R. 516-31 du Code du travail, «la formation de référé, peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un

dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite ». Dans le cadre d'une violation de l'article L. 122-45, le juge des référés serait donc compétent au titre de la seconde hypothèse : le trouble manifestement illicite. Toute violation de l'article L. 122-45 constitue-t-elle un trouble manifestement illicite ?

Selon M. MOUSSY, l'intervention du juge des référés sur le fondement de l'article R. 516-31 a pour objectif essentiel de préserver les libertés publiques telles que le droit de grève¹⁷⁷. En matière de licenciement illégal de salariés grévistes, la jurisprudence reconnaît la compétence du juge des référés. De plus, les premières décisions ordonnant la réintégration de représentants du personnel illégalement licenciés émanaient des juges des référés. Ainsi l'arrêt de principe du 26 septembre 1990 affirme « c'est à bon droit, et sans excéder ses pouvoirs, que le juge des référés, pour faire cesser un trouble manifestement illicite, a ordonné la poursuite du contrat de travail qui n'avait pu être valablement rompu »¹⁷⁸. En l'espèce, le juge des référés du conseil des prud'hommes de Valence avait ordonné la réintégration de salariés grévistes illégalement licenciés. Après confirmation de la décision par la Cour d'appel, un pourvoi invoquant l'incompétence du juge des référés est rejeté par la Cour de cassation réaffirme la compétence du juge des référés en la matière. Le juge des référés a donc pour mission de faire cesser toutes les atteintes aux droits fondamentaux des salariés dans l'entreprise. Parmi ces atteintes, figurent les discriminations de l'article L. 122-45 du Code du travail. La protection des salariés exerçant des mandats représentatifs s'est en effet peu à peu étendue aux salariés sans mandat mais ayant exercé dans l'entreprise des droits fondamentaux. Ainsi selon M. BOSSU, « un licenciement mettant en cause les droits fondamentaux des salariés et notamment ceux prévus par l'article L. 122-45 du Code du travail constitue un trouble manifestement illicite permettant aux juges des référés d'ordonner la réintégration du salarié »¹⁷⁹.

¹⁷⁶ HENRY (M.), « La réintégration des salariés non protégés », *Dr. ouvrier* 1995, p. 383.

¹⁷⁷ MOUSSY (P.), « Le référé prud'homal face aux discriminations », *Dr. ouvrier* 1992, p. 368.

¹⁷⁸ Cass. soc. 26 sept. 1990, *Dr. soc.* 1991, rapport P. WAQUET, p. 60, note J-E. RAY, p. 64.

2. Mission du juge des référés

L'intérêt de faire appel au juge des référés en matière de discrimination réside dans sa rapidité d'intervention. Même si l'urgence ne constitue plus une condition nécessaire à son intervention, la rapidité du prononcé de la décision demeure un des avantages majeurs de la formation en référé. Selon M. MOUSSY, «c'est cette capacité d'intervention rapide qui permet au juge des référés de se présenter comme un obstacle aux voies de faits qui constituent les atteintes caractérisées aux libertés et droits fondamentaux »¹⁸⁰. Il s'avère en effet indispensable en matière de discriminations qui plus est en présence d'un licenciement discriminatoire, qu'une décision soit prise rapidement. La réintégration d'un salarié illégalement licencié n'aura d'impact que si elle est ordonnée immédiatement, une réintégration prononcée plusieurs mois après les faits semble alors totalement inutile. Pour M. COUTURIER¹⁸¹, la réintégration est une mesure envisageable et réalisable uniquement si elle intervient rapidement après le licenciement illicite. En raison de cette inefficacité manifeste d'une sanction prononcée longtemps après l'attitude discriminatoire, les salariés ne seront pas enclins à engager une action sur le fondement de l'article L. 122-45.

En revanche, l'intervention plus régulière de la formation des référés en la matière permettrait d'atteindre les objectifs fixés par le texte : faire cesser toute attitude discriminatoire dans l'entreprise. Imposer à l'employeur, auteur d'une discrimination, peu de temps après les faits, de réintégrer le salarié ou d'annuler la sanction prise à son encontre constitueraient autant d'atteintes portées à son pouvoir de direction. D'autant plus que le juge des référés dispose de pouvoirs contribuant à l'efficacité de la procédure notamment quant à l'exécution de la sanction prononcée.

B- Une efficacité avérée

La procédure des référés s'avère relativement efficace non seulement dans la recherche de la discrimination (1) mais également lors du prononcé de la remise en l'état

¹⁷⁹ BOSSU (B.), *La remise en l'état en droit du travail*, Thèse Lille II, 1993, p. 412.

¹⁸⁰ MOUSSY (P.), « Le référé prud'homal face aux discriminations », *Dr. ouvrier* 1992, p. 367.

(2).

1. La recherche de la discrimination

Avant de prononcer toute sanction, le juge des référés devra s'attacher à découvrir la discrimination. Ainsi, le juge adoptera une «méthode d'approche»¹⁸² de la discrimination totalement différente de celle des juges du fond. Il n'aura pas à apprécier la légitimité de la mesure prise à l'encontre du salarié mais devra s'attacher à déterminer si une atteinte au principe de non-discrimination est intervenue dans l'entreprise. Il n'apprécie donc pas la proportionnalité de la mesure par rapport au comportement des salariés ni la réalité des fautes commises par les salariés. Il est simplement tenu de vérifier si la différence de traitement entre les salariés dans l'entreprise est justifiée par des raisons objectives notamment l'intérêt de l'entreprise. Ainsi à l'occasion de deux décisions rendues le 18 juillet et 19 octobre 1999, le juge des référés parisien a relevé la concordance dans le temps entre l'engagement de la procédure de licenciement et l'exercice d'une liberté publique, en l'espèce l'exercice du droit de grève et l'exercice d'une activité syndicale¹⁸³. Dans la décision du 18 juillet 1999, le juge des référés précise «la concomitance entre la participation de la salariée au mouvement de grève et la mise en œuvre de la procédure de licenciement dans un climat social tendu rend celui-ci suspect...» Le juge prononce donc des mesures de remise en l'état.

De plus, dans sa recherche, le juge des référés dispose de plusieurs armes notamment en ordonnant des mesures d'instruction. Tel le juge pénal, il devra adopter une attitude active dans la recherche de la discrimination. Ainsi, il assiste le salarié dans la démonstration du caractère manifestement discriminatoire du comportement de l'employeur. Cependant, certains auteurs tels que M. MOUSSY déplorent l'inaction du juge des référés dans la recherche de la discrimination. La plupart du temps, le juge des référés refuse de prononcer toute sanction se fondant sur l'évidence de la licéité du

¹⁸¹ COUTURIER (G.), « Annuler les actes illicites, la réintégration obligatoire », *Dr. ouvrier* 1988, p. 139.

¹⁸² MOUSSY (P.), « Le référé prud'homal face aux discriminations », *Dr. ouvrier* 1992, p. 370.

licenciement ou tout au moins sur l'existence d'une contestation sérieuse sans pour autant chercher à déterminer si les justifications avancées par l'employeur sont réelles ou apparentes¹⁸⁴. Cette attitude passive du juge des référés conduit à méconnaître toute la portée de l'article L. 122-45 et de son principal objectif, la défense des libertés fondamentales.

2. *Le prononcé de la remise en l'état*

La sanction la mieux adaptée à ce type de procédure consiste dans la remise en l'état. En effet, non seulement la remise en l'état se verra conférer une plus grande efficacité étant donné que le juge se prononcera rapidement mais encore elle correspond parfaitement à la mission du juge qui consiste à faire cesser un trouble manifestement illicite. Cependant, on peut s'interroger sur la réelle liberté du juge dans le choix de la sanction. Lorsqu'un salarié le demande et en présence d'un comportement manifestement discriminatoire, la réintégration semble s'imposer au juge. En effet, il découle des termes de l'article L. 122-45 du Code du travail qui parle de nullité de plein droit que la conséquence de cette nullité à savoir la remise en l'état est également de plein droit pour le salarié¹⁸⁵. Le juge des référés a donc le pouvoir d'ordonner la réintégration d'un salarié lorsque la nullité du licenciement est incontestable.

Pourtant, en matière de discriminations le plus souvent dissimulées, la nullité du licenciement peut être moins évidente. Dans cette hypothèse, le juge des référés pourrait ordonner une réintégration mais à titre conservatoire. C'est ce que proposent certains auteurs tels que M. COUTURIER qui considère qu'une réintégration conservatoire assurerait le maintien du salarié à son poste jusqu'au moment où le litige aura été tranché au fond¹⁸⁶. Bien sur, cela a pour conséquence de faire peser «la charge de l'attente»¹⁸⁷ sur l'employeur alors qu'elle incombe habituellement au salarié. Mais cette solution évite les inconvénients d'une réintégration tardive et pratiquement irréalisable pour salarié dans

¹⁸³ Cons. prud'h. Paris 18 juil. 1999 et 19 oct. 1999, *Dr. ouvrier* 2000, p. 126 et s.

¹⁸⁴ MOUSSY (P.), « Le référé prud'homal face aux discriminations », *Dr. ouvrier* 1992, p. 374.

¹⁸⁵ BOSSU (B.), *La remise en l'état en droit du travail*, Thèse Lille II, 1993, p. 408.

¹⁸⁶ COUTURIER (G.), « Annuler les actes illicites, la réintégration obligatoire », *Dr. ouvrier* 1988, p. 139.

l'entreprise. Grâce à la réintégration conservatoire, le salarié est maintenu à son poste de travail et à l'issue du litige deux hypothèses sont envisageables : soit le licenciement est nul et le salarié conserve son emploi, soit le licenciement est licite et le contrat de travail est alors rompu. Ces deux solutions envisageables sont parfaitement illustrées par les décisions rendues le 18 juillet et 19 octobre 1999 par le juge des référés de Paris¹⁸⁸. Dans la première décision, il considère que le licenciement du salarié est suspect et ordonne donc la poursuite du contrat de travail dans l'attente de la décision des juges du fond. Cependant, dans la seconde décision, le juge constate la nullité du licenciement et ordonne la réintégration sous astreinte du salarié. Dans le premier cas, il s'agit d'une réintégration conservatoire dans l'attente d'une décision au fond alors que dans la seconde hypothèse, la nullité du licenciement est constatée et donne lieu à réintégration. L'admission de la réintégration conservatoire confère ainsi une plus grande efficacité à l'intervention du juge des référés.

Il serait intéressant que cette jurisprudence développée en matière de droit de grève et d'exercice de l'activité syndicale soit étendue aux autres motifs illicites. De plus, cette intervention immédiate du juge des référés permettrait d'éviter les nombreux obstacles pratiques rencontrés lors d'une remise en l'état de la situation. La remise en l'état, conséquence naturelle de la nullité de plein droit, est devenue la réponse adéquate à toute atteinte au principe de non-discrimination de l'article L. 122-45 quel que soit le motif illicite. Auparavant, un comportement discriminatoire était sanctionné par des dommages et intérêts. Cette indemnisation du salarié subsiste toujours dans certaines circonstances tenant à la nature du comportement ou à l'auteur de ce comportement. Selon la doctrine, elle gagnerait à être généralisée tant au point de vue de la réparation du préjudice subi par le salarié que face à l'inexécution de la remise en l'état par l'employeur.

Section 2 - L'indemnisation du salarié

A côté de la remise en l'état, subsiste une seconde sanction au non-respect de

¹⁸⁷ SUPIOT (A.), « Les juridictions du travail », p. 603.

¹⁸⁸ Cons. prud'h. Paris 18 juil. et 19 oct. 1999, *Dr. ouvrier* 2000, p. 126.

l'article L. 122-45 du Code du travail : l'indemnisation du salarié. En effet, l'indemnisation peut avoir pour objet la réparation du préjudice causé par l'atteinte portée aux droits du salarié, elle revêt alors une fonction réparatrice (§1). Mais, dans certains cas, les indemnités ont une fonction comminatoire (§2) c'est à dire qu'elles sont destinées à forcer l'employeur à exécuter la remise en l'état.

1§ Une fonction réparatrice

La réparation pécuniaire constitue la seule sanction envisageable d'un point de vue textuel concernant les discriminations à l'embauche (A). Cependant, la réparation du préjudice subi par le salarié semble pouvoir être étendue à toutes les discriminations de l'article L. 122-45 du Code du travail (B).

A- Une réparation adaptée aux discriminations à l'embauche

Si jusqu'à une époque récente, seuls les licenciements ainsi que les sanctions disciplinaires faisaient partie du domaine protégé par l'article L. 122-45, la loi du 31 décembre 1992 a ajouté la phase de recrutement des salariés. L'article L. 122-45 dispose «aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement... ». Désormais, un recrutement fondé sur un ou des motifs illicites encourt des sanctions. Cependant, quelles sanctions peuvent être appliquées à ce genre de comportement discriminatoire ?

Concernant ce type de discriminations, outre la preuve particulièrement difficile à rapporter, se pose le problème de la sanction adéquate. La CJCE, si elle ne peut se substituer aux juridictions nationales afin de prononcer les sanctions, a suggéré d'avoir recours à des «sanctions adéquates ». Ainsi, dans un arrêt rendu le 15 octobre 1987, elle propose deux solutions : soit engager le candidat victime de la discrimination, soit l'indemniser pour le préjudice subi¹⁸⁹. La première solution, consistant en une embauche forcée, apparaît toutefois difficilement réalisable. D'abord, des problèmes d'ordre pratique s'opposent à cette solution puisque l'entreprise, au moment du prononcé de la sanction,

aura certainement embauché un autre candidat. Ensuite, lorsque la discrimination à l'embauche provient d'un cabinet de recrutement, il paraît «matériellement impossible de réinsérer le candidat dans une procédure terminée depuis six mois»¹⁹⁰. Enfin, d'un point de vue textuel, l'article L. 122-45 parle bien de disposition ou d'acte «à l'égard d'un salarié» et non d'un candidat à l'embauche. La nullité semble donc exclue et par-là même toute réparation en nature.

C'est pourquoi, le droit français a choisi la voie de la réparation pécuniaire. Pour ce qui est de l'évaluation du préjudice subi, les juges auront recours au droit commun de la responsabilité. Ainsi, dans le cadre de l'article 1382 du Code civil, le salarié peut se voir indemniser la perte d'une chance de trouver un emploi. La réparation sera proportionnelle aux chances d'obtenir le poste c'est à dire que la réparation sera d'autant plus importante que le candidat aura atteint les phases ultimes de recrutement. De plus, le candidat pourra également obtenir réparation du préjudice moral subi à la suite de la discrimination. Cependant, il faut reconnaître que ces sommes demeurent peu importantes et n'encouragent pas les candidats victimes de discriminations à engager une action civile à l'encontre du recruteur. C'est pourquoi, M. LYON-CAEN, dans son rapport précédant la loi du 31 décembre 1992, a proposé de créer des «groupements de candidats» susceptibles d'agir en justice afin d'obtenir la réouverture du recrutement ou une réparation pécuniaire¹⁹¹. En effet, les discriminations à l'embauche touchent souvent plusieurs candidats à l'occasion d'une même procédure de recrutement. De même, une entreprise, recrutant selon des motifs illicites, pratique souvent selon ces mêmes critères. Les groupements de candidats permettraient de dissuader ces attitudes discriminatoires à l'égard des candidats à l'embauche.

En outre, selon Mme CARVAL, «pour être pleinement dissuasive, une sanction civile devrait, dans certains cas atteindre des montants assez élevés»¹⁹². L'auteur propose

¹⁸⁹ CJCE 15 oct. 1987, aff. 222/86 Heylens, *Rec.* 1987, p. 4096.

¹⁹⁰ RAY (J-E.), « Une loi macédonienne ? Etude critique du Titre V de la loi du 31 décembre 1992 », *Dr. soc.* 1993, p. 106.

¹⁹¹ LYON-CAEN (G.), *Rapport Officiel Les libertés publiques et l'emploi*, La documentation française, 1992, n°77

¹⁹² CARVAL (S.), *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Coll. Bibliothèque de droit privé,

une généralisation de la réparation pécuniaire d'un montant nécessairement élevé afin de dissuader l'employeur.

Il apparaît donc en l'absence de textes que seule une réparation d'un montant important serait susceptible de sanctionner correctement toute attitude discriminatoire à l'égard d'un candidat à l'embauche. Ce genre de discrimination étant très répandu et peu sanctionné faute de preuves suffisantes, l'indemnisation du salarié aurait tout intérêt à être élevée non seulement afin d'inciter les victimes à engager une action en justice mais surtout afin de dissuader l'employeur de pratiquer ce type de méthode. C'est pourquoi une généralisation de la sanction pécuniaire à tous les cas de discriminations pourrait être envisagée par le législateur ou la jurisprudence.

B- Une réparation étendue à toutes les discriminations

Aux termes de l'article L. 122-45 du Code du travail, ne figure aucune référence à une quelconque indemnisation du salarié. En effet, si la nullité de plein droit constitue la réponse adéquate aux atteintes portées au principe de non-discrimination, le législateur n'a pas pris en compte, en plus de la perte de l'emploi ou d'une sanction injustifiée, le préjudice effectivement subi par le salarié. L'employeur, par son comportement, a porté atteinte aux droits et libertés fondamentales du salarié. Or, les salariés pourraient également prétendre à une réparation d'ordre pécuniaire. En l'absence de textes spécifiques dans ce domaine, les salariés pourraient se fonder sur l'article 1382 du Code civil afin d'obtenir la réparation du préjudice d'ordre moral et matériel. Du point de vue moral, le préjudice se traduit par l'atteinte à la dignité du salarié causée par la discrimination. Quant au préjudice matériel, il peut résulter de la perte de salaires ou des frais engagés afin de retrouver un nouvel emploi.

Ainsi, comme en matière de discriminations à l'embauche, des indemnités d'un montant élevé permettraient non seulement de réparer le préjudice subi par le salarié mais

également de dissuader l'employeur. De plus, la généralisation d'une sanction pécuniaire pour toutes les atteintes au principe de l'article L. 122-45, comme le prévoit l'article L. 412-2 du Code du travail en matière de discrimination syndicale, constituerait une reconnaissance du préjudice matériel mais surtout moral subi par le salarié victime d'une discrimination. Cependant, cette généralisation n'a pas encore été admise par la jurisprudence. En revanche, la fonction comminatoire de l'indemnisation dans le but d'imposer à l'employeur l'exécution de la remise en l'état prononcée par le juge est depuis longtemps reconnue par les juges.

2§ Une fonction comminatoire

De nombreux obstacles pratiques s'opposent à l'exécution de la remise en l'état (A). C'est pourquoi, en imposant une compensation pécuniaire (B) en cas de non-exécution par l'employeur de la réintégration, le juge tend à forcer le respect de sa décision.

A- Les obstacles à la remise en l'état

Si en théorie, la remise en l'état apparaît comme la sanction la mieux adaptée aux licenciements discriminatoires, dans certains cas son exécution s'avère difficilement réalisable. Ces obstacles à la remise en l'état interviennent surtout en matière de licenciements discriminatoires qui donnent lieu à des réintégrations des salariés. C'est notamment le cas en l'absence d'intervention du juge des référés lorsque le prononcé de la sanction intervient plusieurs mois après le licenciement du salarié. Plusieurs hypothèses peuvent être envisagées. D'abord, le poste, initialement occupé par le salarié licencié, peut être déjà occupé par un autre salarié ou alors le poste peut avoir été supprimé. L'employeur pourrait se prévaloir de l'indisponibilité ou de la suppression du poste afin de refuser la réintégration. La Cour de cassation a apporté une réponse à ce cas de figure. Dans un arrêt rendu le 24 janvier 1990, elle a considéré «que ce n'est que dans le cas où l'emploi n'existe plus ou n'est pas vacant que la réintégration peut avoir lieu dans un emploi équivalent comportant le même niveau de rémunération, la même qualification et

les mêmes perspectives de carrières que l'emploi initial »¹⁹³. L'employeur est donc tenu de réintégrer le salarié dans un emploi équivalent mais selon certaines conditions. La définition donnée par la jurisprudence est, en effet, très stricte et démontre la volonté de garantir au salarié un statut identique à celui qu'il avait dans l'entreprise.

Si la réintégration semble parfois matériellement impossible, elle peut également s'avérer humainement impossible. Il faut, en effet, envisager la remise en l'état par rapport aux personnes concernées à savoir l'employeur et le salarié. Quant au salarié, la réintégration dans l'entreprise ne paraît parfois pas souhaitable. En effet, si l'ambiance dans l'entreprise devient intolérable et empêche ainsi le salarié de travailler correctement, le salarié peut très bien la refuser et préférer obtenir des dommages et intérêts. En fait, seul le salarié semble dans ce domaine avoir le choix de la sanction. Le juge est tenu de prononcer la remise en l'état et l'employeur de l'exécuter uniquement si le salarié en émet le souhait. En pratique, la situation est pourtant moins tranchée puisque l'employeur ne peut être forcé physiquement à exécuter la remise en l'état. En effet, la remise en l'état constitue une atteinte à son pouvoir de direction. L'intervention du juge dans l'organisation de l'entreprise entraînant une remise en question des pouvoirs de l'employeur incite celui-ci à refuser d'exécuter la décision.

C'est pourquoi en l'absence de poste équivalent ou tout simplement devant le refus du salarié ou de l'employeur de procéder à la remise en l'état, le juge ne dispose pas d'autres issues que de recourir à la condamnation de l'employeur aux dommages-intérêts. Cette compensation pécuniaire peut également servir de moyen de contrainte pour le juge enjoignant l'employeur d'exécuter sa décision.

B- La compensation pécuniaire

Lorsque le juge a prononcé la nullité du licenciement ainsi que la réintégration du salarié dans l'entreprise, cette sanction s'impose à l'employeur. Cependant, le juge ne peut

¹⁹³ Cass. soc. 24 janv. 1990, *Dr. soc.* 1990, p. 328, rapport P. WAQUET.

contraindre physiquement l'employeur à exécuter sa décision, le seul moyen de contrainte dont il dispose est de nature pécuniaire. C'est en effet en élevant le coût de la non-réintégration que le juge pourra réellement contraindre l'employeur.

Tout d'abord, la réintégration peut être subordonnée au paiement d'une astreinte en cas de non-exécution. Ainsi dans la décision rendue le 19 octobre 1999, le juge des référés de Paris ordonne la réintégration d'un salarié sous astreinte comminatoire de 1 000 F par jour à compter de la notification de son ordonnance¹⁹⁴.

De plus, l'employeur est tenu de verser le salaire du salarié licencié à partir de la date du licenciement jusqu'au jour de sa réintégration dans l'entreprise. C'est ce qui ressort de l'arrêt de principe du 26 septembre 1990 dans lequel la chambre sociale a précisé que la Cour d'appel avait justement condamné «l'employeur à verser les salaires indûment retenus depuis la date du licenciement». Cependant, si l'employeur refuse de réintégrer le salarié, il devra verser les salaires jusque la fin de la période de protection pour les salariés protégés. Concernant les salariés ordinaires, M. BOSSU propose d'interrompre le versement «le jour où il apparaît que l'obligation de réintégrer ne sera pas exécutée»¹⁹⁵ : par exemple, le jour de liquidation des astreintes par le juge.

Tout licenciement contraire à l'article L. 122-45 étant forcément illicite, l'employeur sera également tenu de verser une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. En matière de grève, l'absence de faute lourde de la part du salarié rend automatiquement le licenciement non fondé¹⁹⁶. Cette jurisprudence concernant le salarié gréviste peut être étendue à tout licenciement fondé sur un motif illicite ; un tel licenciement deviendrait automatiquement non fondé. L'employeur devra ainsi payer au minimum 6 mois de salarié pour tout salarié ayant plus de deux ans d'ancienneté et travaillant dans une entreprise de plus de dix salariés mais il ne sera pas tenu de rembourser les versements effectués par les ASSEDIC «puisque la nullité du licenciement

¹⁹⁴ Cons. prud'h. Paris 19 oct. 1999, *Dr. ouvrier* 2000, p. 127.

¹⁹⁵ BOSSU (B.), *La remise en l'état en droit du travail*, Thèse Lille II, 1993, p. 415 note 276.

¹⁹⁶ RAY (J-E), note sous Cass. soc. 26 sept. 1990, *Dr. soc.* 1991, p. 67.

ne saurait être assimilée à un licenciement sans cause réelle et sérieuse »¹⁹⁷. Enfin, l'employeur devra verser les indemnités de rupture et indemnités de congés payés.

Ainsi, la non-exécution par l'employeur de l'obligation de réintégrer un salarié licencié tend à devenir de plus en plus onéreuse pour l'entreprise. Le principal objectif poursuivi par le juge est évidemment de contraindre l'employeur à réintégrer car tant que l'employeur préfère payer plutôt que de réintégrer le salarié, les sanctions prévues à l'article L. 122-45 relèveront plus de la théorie que de la pratique. C'est pourquoi une intervention législative est souhaitable en la matière¹⁹⁸. Selon Mme PERU-PIROTTE, «une indemnisation automatique et conséquente aurait sans doute un effet dissuasif en matière de discrimination. Elle ferait glisser l'indemnisation de la victime du domaine de la réparation vers celui de la sanction civile, comme l'est déjà la nullité »¹⁹⁹. En effet, la mise en place d'indemnités dissuasives et automatiques en l'absence de remise en l'état effective inciterait certainement l'employeur à mieux apprécier la portée d'une remise en l'état.

Cependant, seules des sanctions pénales sont dotées d'un réel pouvoir de contrainte sur l'employeur. Ainsi, l'article 225-1 du Nouveau Code pénal dispose dans son alinéa premier : « 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, 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 ». Cette définition pénale de la discrimination recouvre en grande partie les motifs figurant à l'article L. 122-45 du Code du travail excepté les motifs liés au droit de grève et à l'activité syndicale. Ces discriminations sont punies de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

Ces sanctions pénales applicables à tout comportement discriminatoire dans

¹⁹⁷ BOSSU (B.), *La remise en l'état en droit du travail*, Thèse Lille II, 1993, p. 416.

¹⁹⁸ RAY (J-E), note sous Cass. soc. 26 sept. 1990, *Dr. soc.* 1991, p. 68.

¹⁹⁹ PERU-PIROTTE (L.), *La lutte contre les discriminations en droit du travail. Approche critique.*, Thèse Lille II, janvier 2000, p. 358.

l'entreprise demeurent pourtant peu appliquées. L'évolution actuelle de la jurisprudence tend plutôt vers la consécration de la remise en l'état. Cette remise en l'état ne doit pourtant pas éclipser le préjudice subi par le salarié du fait du comportement discriminatoire. C'est pourquoi une généralisation de la réparation du préjudice subi par le salarié constituerait une grande avancée. Cette évolution ne pourrait qu'être approuvée tant elle sanctionnerait le comportement de l'employeur qu'elle prendrait en compte le préjudice subi par le salarié. A côté de la nullité découlant sur une remise en l'état, l'indemnisation du salarié remplirait alors pleinement sa fonction de réparation mais également sa fonction comminatoire envers l'employeur. De plus, un tel système permettrait d'atteindre les objectifs fixés par l'article L.122-45 du Code du travail à savoir la défense des droits fondamentaux des salariés dans l'entreprise tout en renforçant sa portée de principe d'ordre public. La doctrine affirme, en effet, que «la nature de la sanction est un signe et non une conséquence de la nature de la règle»²⁰⁰. Des sanctions efficaces et contraignantes peuvent ainsi révéler un principe d'ordre public.

²⁰⁰ COUTURIER (G.), « Les nullités du licenciement », *Dr. soc.* 1977, p. 229.

CONCLUSION

L'étude de l'article L. 122-45 du Code du travail révèle ainsi, tant par son champ d'application de plus en plus étendu qu'à travers un régime juridique sur le point de devenir véritablement efficace, un texte phare du Code du travail. Plus qu'un texte généraliste en matière de discrimination, cet article a vocation à uniformiser la matière. Avec le récent article L. 120-2 du Code du travail, il demeure une des meilleures garanties pour la protection des droits et libertés fondamentales des salariés. Il constitue également une parfaite illustration de la coexistence de ces droits et libertés des salariés avec le pouvoir de direction de l'employeur. Le législateur a, en effet, su concilier la sauvegarde d'un certain espace de libertés pour le salarié dans l'entreprise avec l'indispensable respect de l'autorité patronale. Les intérêts des salariés ainsi que l'intérêt de l'entreprise en ressortent alors préservés.

Des progrès restent cependant à réaliser. Ainsi le champ d'application de l'article L. 122-45 gagnerait à être uniformisé par rapport aux autres textes du Code du travail. La confrontation de l'article L. 122-45 avec les autres textes traitant des discriminations met en évidence, en effet, quelques incohérences tant au niveau des motifs illégitimes qu'au niveau des exceptions au principe. De même, une intervention législative serait souhaitable dans le domaine du régime juridique relativement peu développé dans le texte. La tâche du législateur consisterait tant à confirmer les avancées jurisprudentielles en matière de preuve qu'à préciser les orientations doctrinales concernant les sanctions.

Un long chemin a néanmoins déjà été parcouru par le droit français qui a finalement su s'inspirer d'un droit communautaire particulièrement novateur. Suivant cette même influence communautaire, l'orientation actuelle en droit du travail tend à faciliter l'action des salariés fondée sur la défense des droits et libertés fondamentales. Le partage de la charge de la preuve ainsi que la condamnation de l'employeur à la remise en l'état

antérieur accompagnée de dommages et intérêts en réparation du préjudice subi par le salarié ne pourront qu'inciter celui-ci à dévoiler et surtout à poursuivre les comportements discriminatoires de son employeur. Or seule la mise en œuvre du mécanisme de l'article L. 122-45 du Code du travail en réponse à tout comportement discriminatoire de la part de l'employeur sera susceptible de diminuer voire de supprimer ces distinctions illégitimes encore trop fréquentes dans le monde de l'entreprise.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES :

BOSSU (B.), *La remise en l'état du droit du travail*, Thèse soutenue à Lille II, 1993.

CARVAL (S.), *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Coll. Bibliothèque de droit privé, T. 250, LGDJ, 1995.

COUTURIER (G.)

-*Droit du travail*, tome I, « Les relations individuelles de travail », coll. Droit fondamental, PUF, 3^e édition, 1996.

-*Droit du travail*, tome II, « Les relations collectives de travail », coll. Droit fondamental, PUF, 2^e édition, 1993.

DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), *L'égalité des sexes*, Coll. Connaissance du droit, Dalloz, 1998.

LYON-CAEN (G.), *Rapport Officiel Libertés publiques et emploi*, La documentation Française, 1992.

LYON-CAEN (G.), PELISSIER (J.) et SUPIOT (A.), *Droit du travail*, Précis Dalloz, 19^e édition, Dalloz, 1998.

PERU-PIROTTE (L.), *La lutte contre les discriminations en droit du travail. Approche critique.*, Thèse soutenue à Lille II, janvier 2000.

RAY (J-E.), *Droit du travail, droit vivant*, 6^e édition, Liaisons, 1997.

RIVERO (J.) et SAVATIER (J.), *Droit du travail*, Coll. Thémis, 13^e édition, PUF, 1993.

SUPIOT (A.), « Critique du droit du travail », *Les voies du droit*, PUF, 1994.

ETUDES DOCTRINALES ET ARTICLES :

BIED CHARRETON (M.F.) et M. HENRY, note sous Cons. prud'h. Versailles 29 nov. 1994, *Dr. ouvrier* 1995, p. 190.

BLAISE (H.), « Maladie et inaptitude physique, causes de rupture du contrat de travail », *RJS* 6/90, p. 319.

BONNECHERE (M.), obs. sous 10 fév. 1999, *Dr. soc.* 1999, p. 410.

BOSSU (B.)

- « Droits de l'homme et pouvoirs du chef d'entreprise : vers un nouvel équilibre », *Dr. soc.* 1994, p. 747.

- « Les situations de fait et l'évolution de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de Cassation », Acte du colloque du 5 décembre 1998 organisé par la Commission de Droit social du Syndicat des Avocats de France (S.A.F.), *Dr. ouvrier* 1999, p. 94.

BOUAZIZ (P.), « Vie privée et cause réelle et sérieuse d'un licenciement », note sur Cass. soc. 17 avr. 1991, *Dr. ouvrier* 1991, p. 201.

BOUSEZ (F.), in « Droit du travail : Chronique par l'Institut d'études européennes et internationales du Travail, sous la direction de B. TEYSSIE », *JCP G* 1999, I, 183, p. 2077.

CARBONNIER (J.), note sous Cass. civ. 5 juil. 1950, *JCP* 1951, II, 6439.

CHARBONNEAU (C.), « La charge de la preuve de la discrimination syndicale », obs. sous Cass. soc. 28 mars 2000, *CSBP* n°121, juin 2000, A 026, p. 586.

CHARLES (D.) et MINE (M.), « SIDA et discrimination dans l'emploi », *Dr. ouvrier* 1997, p. 365.

CHAUVET (B.), « La charge de la preuve en droit du travail : une constante évolution en faveur du salarié », *Gaz. Pal.* 1994, 2, doct., p. 792

CHAUVY (Y.), « La protection constitutionnelle du droit de grève contre les sanctions discriminatoires par dénonciation de l'usage d'avantages sociaux », *Dr. ouvrier* 1996, p. 217.

COUTURIER (G.)

- « Annuler les actes illicites, la réintégration obligatoire. », *Dr. ouvrier* 1988, p. 133

- obs. sous Cass. soc. 28 avr. 1988, *Dr. soc.* 1988, p. 430.

DARVES-BORNOZ (P.), obs. sous CA Chambéry 21 mai 1996, *Dr. ouvrier* 1996, p. 415.

ECOUTIN (H.), concl. sous Cass. soc. 28 avr. 1988, « Libertés fondamentales et licenciement », *Dr. soc.* 1988, p. 428.

FARNOCCHIA (S.), note sous CA St-Denis-de-la-Réunion 9 sept. 1997, *D.* 1998, jsp., p. 546.

FAVENNEC HERY (F.), « La preuve face aux pouvoirs de l'employeur », *Dr. soc.* 1985, p. 172.

FERRE (N.) et TOPPINO (A.), « L'égalité professionnelle hommes/femmes », *Legisocial* 1994, p.5.

GARONNE (P.), « La discrimination indirecte en droit communautaire : vers une théorie générale », *RTD eur.* 1994, p. 425.

GAURIAU (B.), « La nullité du licenciement et la personne du salarié », *Dr. soc.* 1993, p. 738.

GREVY (M.), « Nullité du licenciement et réintégration dans l'emploi », note sous Cass. soc. 17 mars 1999, *AJ/CFDT* n°137, juil. 1999, p. 7.

GRINSNIR (J.), « Les dispositions nouvelles relatives au recrutement individuel et aux libertés individuelles (Loi du 31 déc. 1992) », *Dr. ouvrier* 1993, p. 237.

GULPHE (P.), « De la non-interférence de la vie privée sur la vie professionnelle du salarié en droit français », *JCP Ent.*, II, 15736.

HENRY (M.)

- note sous Cons. prud. Montluçon 24 nov. 1986, *Dr. ouvrier* 1987, p.1.

- « La réintégration des salariés non protégés », *Dr. ouvrier* 1995, p. 371.

JEAMMAUD (A.) et LE FRIANT (M.), note sous Cass. soc. 28 avr. 1988, *Dr. ouvrier* 1988, p. 252.

LABORDE (J.P.), « Quelques observations à propos de la loi du 12 juillet 1990 relative à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap », *Dr. soc.* 1991, p. 615.

LANQUETIN (M.T.)

- « La preuve de la discrimination : l'apport du droit communautaire », *Dr. soc.* 1995, p. 435.

- « Discriminations à raison du sexe : commentaire de la directive du 15 décembre 1997

relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination à raison du sexe », *Dr. soc.* 1998, p. 688.

- « Un tournant en matière de preuve des discriminations », note sous Cass. soc. 23 nov. 1999 et 28 mars 2000, *Dr. soc.* 2000, p. 589.

LOCHAK (D.), « Réflexions sur la notion de discrimination », *Dr. soc.* 1987, p. 778.

LYON-CAEN (A.)

- « L'égalité et la loi en droit du travail », *Dr. soc.* 1990, p.74.

LYON-CAEN (G.), note sous Cass. soc. 14 juin 1972, *JCP* 1972, II, 17275.

MARTIN (P.)

- « Droit social et discriminations sexuelles : à propos des discriminations générées par la loi », *Dr. soc.* 1996, p. 562.

- « L'égalité des sexes en droit (français) : un principe en constante évolution », *Dr. ouvrier* 1996, p. 441.

MASSE-DESSEN (H.), « La résolution contentieuse des discriminations en droit du travail », *Dr. soc.* 1995, p. 442.

MAZEAUD (A.), obs. sous Cass. soc. 28 janv. 1998, *Dr. soc.* 1998, p. 406.

MINE (M.)

- note sous Cass. soc. 1^{er} juin 1999, *JCP E.* 1999, p. 1929.

- « Approche juridique de la discrimination raciale au travail : une comparaison France-Royaume-Uni », *Travail et Emploi* n°80, sept. 1999, p.91.

- « Le droit communautaire dans la pratique du droit social », *Dr. ouvrier* 2000, p. 97.

MOREAU (M-A.), obs. sous Cass. soc. 30 mars 1994, *Dr. soc.* 1994, p. 561.

MOUSSY (P.), « Le référé prud'homal face aux discriminations », *Dr. ouvrier* 1992, p.366.

PAGNON (M.), « L'équilibre de la charge de la preuve dans le procès prud'homal », *TPS* 2000, p. 6.

PANSIER (F.J.), « Les absences prolongées ou répétées pour cause de maladie », *CSBP* n°116, janv. 2000, D1, p. 385.

PELISSIER (J.), « Faute des grévistes et sanctions patronales », *Dr. soc.* 1988, p. 650.

RAY (J.E.)

- « La réintégration du gréviste illégalement licencié », *Dr. soc.* 1989, p.349.

- « L'égalité et la décision patronale », *Dr. soc.* 1990, p. 83.

- note sous Cass. soc. 26 sept. 1990, *Dr. soc.* 1991, p. 64.

- note sous Cass. soc. 2 juin 1992, *Dr. soc.* 1992, p.700.

- « Une loi macédonienne ? Etude critique du titre V de la loi du 31 décembre 1992 », *Dr. soc.* 1993, p. 103.

RONGERE (P.), « A la recherche de la discrimination introuvable : l'extension de l'exigence d'égalité entre salariés », *Dr. soc.* 1990, p. 99.

ST JOURS, note sous Cass. soc. 17 oct. 1973, *JCP* 1974, II, 17698.

SAVATIER (J.)

- obs. sous Cass. soc. 31 mai 1967, *Dr. soc.* 1967, p. 361.

- note sous Cass. soc. 31 mars 1982, *Dr. soc.* 1983, p. 225.

- « Le droit aux indemnités de licenciement en cas de rupture provoquée par l'état de santé du travailleur », *Dr. soc.* 1991, p. 109.

- « Le licenciement, à raison de ses moeurs, d'un salarié d'une association à caractère religieux », *Dr. soc.* 1991, p. 485.

- obs. sous Cass. soc. 16 déc. 1992, *Dr. soc.* 1993, p. 391.
- « Le licenciement d'un salarié en raison de son état de santé », *RJS* 10/98, p. 707.
- obs. sous Cass. soc. 16 fév. 1999, *Dr. soc.* 1999, p. 528

SINAY (H.), « Rigueur et ampleur de la réintégration (1992-1993) », *Dr. soc.* 1994, p. 552.

TILLIE (P.), « Les nullités textuelles », Acte de Colloque du 5 décembre 1998 organisé par la Commission de Droit social du Syndicat des Avocats de France (S.A.F.), *Dr. ouvrier* 1999, p. 102.

TISSOT (O. de),

- « La protection de la vie privée du salarié », *Dr. soc.* 1995, p. 222.
- « Droits fondamentaux du salarié et nécessités de son emploi », *Gaz. pal.* 1996, 3, doct., p. 1423.

VERDIER (J.M.), « Interaction entre vie personnelle et vie professionnelle à l'intérieur et à l'extérieur de l'entreprise », *Gaz. Pal.* 1996, 3, doct., p. 1419.

WAGNER (E.), note sous Cass. soc. 28 avr. 1988, *D.* 1988, jsp., p. 437.

WAQUET (P.)

- Rapport sous Cass. soc. 24 janv. 1990, *Dr. soc.* 1990, p. 328.
- Rapport sur Cass. soc. 26 sept. 1990, « La réintégration du salarié gréviste illégalement licencié », *Dr. soc.* 1991, p. 60.
- Rapport sur Cass. soc. 15 mai 1991, « La sanction doit-elle être la même pour tous les auteurs d'une même faute », *Dr. soc.* 1991, p. 619
- Rapport sur Cass. soc. 2 juin 1992, « Que faut-il entendre par revendications professionnelles ? », *Dr. soc.* 1992, p.696.
- « La grève, les mouvements illicites et l'abus du droit de grève », *RJS* 3/95, p. 139.
- « Loyauté du salarié dans les entreprises de tendance », *Gaz. Pal.* 1996, 3, doct., p. 1427.

DECISIONS JURISPRUDENTIELLES, NOTES ET OBSERVATIONS :

Cass. civ. 5 juil. 1950, *JCP* 1951, II, 6439, note J. CARBONNIER

Cass. soc. 27 nov. 1952, *Dr. soc.* 1953, p. 101.

Cass. soc. 19 mars 1953, *JCP* 1953, II, 7681, obs. G.B.

Cass. soc. 31 mai 1967, *Dr. soc.* 1967, p. 361, obs. J. SAVATIER

Cass. soc. 14 juin 1972, *JCP* 1972, II, 17275, note G. LYON-CAEN

Cass. soc. 17 oct. 1973, *JCP* 1974, II, 17698, note St JOURS

Ass. plén. 19 mai 1978

-*D.* 1978, p. 541, concl. SCHMELCK, note ARDENT

- *Gaz. Pal.* 1978, 1, somm., p. 245.

CE 8 déc. 1978, aff. Gisti, *Rec.* 1978, p. 493.

Cass. soc. 25 oct. 1979, *Bull. civ.* V, n°786, p. 582.

CJCE 31 mars 1981, aff. 96/80 Jenkins, *Rec.* 1981, p. 911.

Cass. soc. 31 mars 1982

- *Bull. civ.* V, n°246

- *Dr. soc.* 1983, p. 225, note J. SAVATIER

Cons. prud. Tours 5 déc. 1984, cité par J.E RAY in « L'égalité et la décision patronale »,

Dr. soc. 1990, p. 83.

CJCE 13 mai 1986, aff. 237/85 Gisela Rummler, *Rec.* 1986, p. 2101.

CJCE 1^{er} juil. 1986, aff. 170/84 Bilka, *Rec.* 1986, p. 1607.

Cass. soc. 20 nov. 1986, *Dr. soc.* 1987, p.379.

Cons. prud. Montluçon 24 nov. 1986, *Dr. ouvrier* 1987, p. 1, note M. HENRY

Cass. soc. 16 déc. 1986, *Bull. civ.* V n°489.

Cass. soc. 28 avr. 1988

- *D.* 1988, jsp., p. 437, note E. WAGNER

- *Dr. soc.* 1988, p.428, concl. H. ECOUTIN

- *Dr. soc.* 1988, p. 430, obs. G. COUTURIER

- *Dr. ouvrier* 1988, p. 252, A. JEAMMAUD et M. LE FRIANT

C. Paris 5 mai 1988, *Dr. soc.* 1989, p. 357.

Cons. constit. 20 juil. 1988, *Dr. soc.* 1988, p. 762.

Cass. soc. 1^{er} déc. 1988, cité au *Dr. soc.* 1990, p. 107.

Cass. soc. 16 fév. 1989, *RJS* 4/89, n°380.

Cass. soc. 16 mai 1989, *RJS* 6/89, n°536.

Cass. soc. 3 et 10 oct. 1989, *Dr. ouvrier* 1990, p. 325.

CJCE 17 oct. 1989, aff. 109/88 Handels, *Rec.* 1989, p. 319.

Cass. soc. 24 janv. 1990, *Dr. soc.* 1990, p. 328, rapport P. WAQUET

Cass. soc. 26 sept. 1990, *Dr. soc.* 1991, p. 63, rapport P. WAQUET, p. 60; note J-E. RAY, p. 64.

Cass. soc. 25 oct. 1990, cité par P. TILLIE in « Les nullités textuelles », *Dr. ouvrier* 1999, p. 104.

CA Paris 10 avr. 1991, *JCP Ent.* 1991, II, 225.

Cass. soc. 21 fév. 1991, cité par P. TILLIE in « Les nullités textuelles », *Dr. ouvrier* 1999, p. 104.

Cass. soc. 17 avr. 1991

- *Dr. soc.* 1991, p. 485, note J. SAVATIER

-*Dr. ouvrier* 1991, p. 201, note P. BOUAZIZ

Cass. soc. 15 mai 1991, *Dr. soc.* 1991, p. 624, rapport P. WAQUET

Cass. soc. 22 janv. 1992

- *Dr. soc.* 1992, p. 271.

- *RJS* 3/92, n°336, p. 201.

Cass. soc. 8 avr. 1992, *JCP E* 1992, pan., n°798, p. 258.

Cass. soc. 2 juin 1992, *Dr. soc.* 1992, p. 696, rapport P. WAQUET, note J-E RAY

Cass. soc. 16 déc. 1992, *Dr. soc.* 1993, p. 391, obs. J. SAVATIER

Cass. soc. 7 déc. 1993, *D.* 1994, IR, p. 37.

Cass. soc. 30 mars 1994, *Dr. soc.* 1994, p. 561, obs. M-A. MOREAU

Cass. soc. 4 mai 1994, *Dr. soc.* 1994, p. 720.

Cons. prud'h. Versailles 29 nov. 1994, *Dr. ouvrier* 1995, p. 190, note M. F. BIED
CHARRETON et M. HENRY

Cass. soc. 18 janv. 1995, *RJS* 3/95, n°289.

Cons. prud'h. Paris 10 fév. 1995, *Dr. ouvrier* 1997, p.374.

Cass. soc. 28 mars 1995, *CSBP* n°70, p. 167.

CA Paris 1^{er} juin 1995, *Dr. ouvrier* 1996, p. 417, note P.M.

Cass. soc. 7 juin 1995, *Bull. civ.* V, n°181.

CA Toulouse 17 août 1995, *RJS* 3/96, p. 147, n°247.

CA Paris 15 nov. 1995, *Dr. ouvrier* 1996, p. 173, note P.M.

CA Versailles 4 déc. 1995, *Gaz. Pal.* 1996, pan., p. 119, n°373.

Cons. prud'h. Grenoble 15 avr. 1996, *Dr. ouvrier* 1996, p. 413.

CA Chambéry 21 mai 1996, *Dr. ouvrier* 1996, p. 415, obs. P. DARVES-BORNOZ

CA Paris 28 fév. 1997, *Dr. ouvrier* 1997, p. 350.

Cass. soc. 9 juil. 1997, *RJS* 10/97, n°1083.

CA St-Denis-de-la-Réunion 9 sept. 1997, *D.* 1998, jsp., p. 546, note S. FARNOCCHIA

Cons. prud. Fort-de-France 27 nov. 1997, *Dr. ouvrier* 1998, p. 279.

Cass. soc. 13 janv. 1998, *JCP E* 1998, pan., p. 352.

Cass. soc. 28 janv. 1998, *Dr. soc.* 1998, p. 406, obs. A. MAZEAUD

Cass. soc. 10 fév. 1998, *CSBP* n°99, B. 67, p.97.

Cass. soc. 18 fév. 1998, *RJS* 4/98, n°461.

Cass. soc. 24 mars 1998, *Dr. soc.* 1998, p. 614, obs. J. SAVATIER

Cass. soc. 9 juin 1998, *RJS* 7/98, p. 541, n°834

Cass. soc. 15 juil. 1998, *RJS* 10/98, n°1201, p. 730.

Cass. soc. 16 juil. 1998

- *AJ/CFDT* n°134, janv. 1999, p.19

- *JCP G.* 1999, I, 183, p. 2077, obs. F. BOUSEZ

- *RJS* 10/98, n°1204, p. 733.

Cass. soc. 10 nov. 1998, *D.* 1998, IR, p. 232

Cass. soc. 2 déc. 1998, *Bull. civ. V* n°535.

Cass. crim. 8 déc. 1998, *Juris-Data* n°005122.

Cass. soc. 5 janv. 1999, *CSBP* n° 108, S 146, p. 107

Cass. soc. 10 fév. 1999, *Dr. soc.* 1999, p.410, obs. M. BONNECHERE

Cass. soc. 16 fév. 1999, *Dr. soc.* 1999, p. 528, obs. J. SAVATIER

Cass. soc. 17 fév. 1999, *CSBP* n° 110, S 249, p. 187

Cass. soc. 17 mars 1999

- *AJ/CFDT* n°136, mai 1999, p. 18

- *AJ/CFDT* n°137, juil. 1999, p. 7, note M. GREVY

Cass. soc. 23 mars 1999, *Sem. soc. Lamy* n°928, p. 13.

Cons. prud. Paris 30 mars 1999, *Dr. ouvrier* 1999, p.466, note P.M.

Cass. soc. 1^{er} juin 1999, *JCP E.* 1999, p. 1929, obs. M. MINE

Cons. prud'h. Paris 28 juil. 1999, *Dr. ouvrier* 2000, p. 126.

Cons. prud'h. Paris 19 oct. 1999, *Dr. ouvrier* 2000, p. 127.

Cass. soc. 23 nov. 1999

- *D.* 2000, IR, p.46

- *Dr. soc.* 2000, p. 592, note M-T LANQUETIN, p. 589

Cass. soc. 28 mars 2000

- *Dr. soc.* 2000, p. 593, note M-T LANQUETIN, p. 589

- *CSBP* n°121, juin 2000, A 026, p. 586, obs. C. CHARBONNEAU

- *Dr. ouvrier* 2000, p. 176, note F.S.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	6
 PREMIERE PARTIE LE CHAMP D'APPLICATION	 15
 CHAPITRE I - UN PRINCIPE D'ORDRE PUBLIC	 16
 <u>Section 1 - Les motifs illégitimes</u>	 16
 1§ Des motifs visés à l'article L. 122-45	 16
 <u>A- Les motifs liés à l'identité physique</u>	 16
<i>1. L'origine, la race, l'ethnie</i>	17
<i>2. Le sexe</i>	18
<i>3. La maladie, le handicap</i>	19
 <u>B- Les motifs liés à l'identité morale</u>	 21
<i>1. Les mœurs, la situations familiale</i>	21
<i>2. L'activité syndicale, mutualiste et l'exercice du droit de grève</i>	22
<i>3. Les opinions politiques et les croyances religieuses</i>	24
 2§ Des motifs non exhaustifs	 25
 <u>A- L'article L. 122-45 : un texte à vocation extensive</u>	 26
<i>1. Un texte en constante évolution</i>	26
<i>2. Une interprétation large de la jurisprudence</i>	27
 <u>B- L'émergence d'un principe général sous-jacent</u>	 28

1. <i>Un principe de non-discrimination</i>	29
2. <i>Un principe de protection des libertés fondamentales</i>	30
<u>Section 2 - Le domaine protégé</u>	32
1§ L'existence du contrat de travail	32
<u>A- La conclusion du contrat</u>	32
<u>B- La rupture du contrat</u>	35
1. <i>Le licenciement</i>	35
2. <i>Les autres modes de rupture</i>	36
2§ L'exécution du contrat de travail	38
<u>A- Un pouvoir disciplinaire limité</u>	38
<u>B- Un droit d'individualisation de la sanction</u>	39
CHAPITRE II - LES EXCEPTIONS AU PRINCIPE	43
<u>Section 1 - Les exceptions visées par l'article L. 122-45</u>	43
1§ L'exercice du droit de grève	43
<u>A- L'exercice anormal du droit de grève</u>	43
<u>B- La faute lourde du salarié</u>	45
2§ L'état de santé du salarié	48
<u>A- L'exception textuelle : l'avis médical d'inaptitude</u>	48
<u>B- L'exception jurisprudentielle : les absences prolongées ou répétées</u>	50
<u>Section 2 - Les exceptions liées à l'intérêt de l'entreprise</u>	53
1§ La finalité de l'entreprise	53

<u>A- L'exigence d'un devoir de loyauté</u>	53
<u>B- L'exigence d'un trouble caractérisé au sein de l'entreprise</u>	56
2§ La nature de la fonction	59
DEUXIEME PARTIE : LE REGIME JURIDIQUE	63
CHAPITRE I - LE REGIME PROBATOIRE	64
<u>Section 1 - Un régime probatoire à deux vitesses</u>	64
1§ Un système français inadapté	64
<u>A- Les différents aspects de la discrimination</u>	65
<u>B- La charge de la preuve</u>	66
2§ Un droit communautaire novateur	69
<u>A- L'émergence du concept de discrimination indirecte</u>	69
<i>1. L'origine du concept</i>	69
<i>2. La mise en œuvre du concept</i>	70
<u>B- L'impact sur le régime des preuves</u>	72
<i>1. Le partage de la charge de la preuve</i>	73
<i>2. L'effectivité limitée en droit français</i>	74
<u>Section 2 - Vers une harmonisation du régime probatoire</u>	75
1§ La consécration des nouvelles règles de preuve	75

<u>A- Une opportunité discutée</u>	76
1. <i>L'élaboration difficile</i>	76
2. <i>La force obligatoire</i>	77
<u>B- Des apports certains</u>	78
a- <i>Apports en droit interne</i>	78
b- <i>Apports en droit communautaire</i>	80
2§ Le renouvellement de la jurisprudence française	81
<u>A- L'évolution en matière de discriminations sexuelles</u>	81
<u>B- L'extension à toutes les discriminations</u>	82
CHAPITRE II - LE REGIME DES SANCTIONS	86
<u>Section 1 - La remise en l'état</u>	86
1§ La sanction à la mesure du principe	86
<u>A- Une sanction adéquate</u>	87
1. <i>La nullité, sanction de l'illicite</i>	87
2. <i>La remise en l'état, conséquence naturelle de la nullité</i>	88
<u>B- Une consécration tardive</u>	89
1. <i>Les réticences jurisprudentielles</i>	90
2. <i>L'influence législative</i>	91
2§ Le juge des référés, garant de la remise en l'état	92

<u>A- Une procédure adaptée</u>	92
1. <i>Domaine de compétence du juge des référés</i>	92
2. <i>Mission du juge des référés</i>	94
<u>B- Une efficacité avérée</u>	94
1. <i>La recherche de la discrimination</i>	95
2. <i>Le prononcé de la remise en l'état</i>	96
<u>Section 2 - L'indemnisation du salarié</u>	97
1§ Une fonction réparatrice	98
<u>A- Une réparation adaptée aux discriminations à l'embauche</u>	98
<u>B- Une réparation étendue à toutes les discriminations</u>	100
2§ Une fonction comminatoire	101
<u>A- Les obstacles à la remise en l'état</u>	101
<u>B- La compensation pécuniaire</u>	102
CONCLUSION	106
BIBLIOGRAPHIE	108