



Les discriminations au travail

Au regard des premières sollicitations formulées sur la plateforme antidiscrimination.fr lancée par le gouvernement en février 2021 et gérée par les services du Défenseur des droits, l'emploi s'avère être la première préoccupation en matière de discrimination.

Des formes diverses de discriminations interviennent à tous les stades de la vie professionnelle : discriminations à l'embauche, harcèlement, pressions, discriminations lors de la rupture du contrat de travail...

Leurs conséquences sont considérables sur les salarié.e.s (sur le plan psychologique, ambiance de travail dégradée, carrière et rémunération freinées etc).

La discrimination syndicale constitue l'une des formes de discrimination subie au travail.

Or, l'action syndicale et la participation des travailleurs à la gestion de l'entreprise constituent deux droits constitutionnels justifiant la protection des représentant.e.s du personnel contre toute forme de discrimination.

Le constat du défenseur des droits et de l'OIT en 2019 est alarmant : près d'une personne syndiquée sur deux se déclare discriminée (<https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/communiquede-presse/2019/09/12eme-barometre-de-la-perception-des-discriminations-dans-lemploi-pres>).

Les discriminations doivent être combattues pour gagner l'égalité pour tous.tes.

Le SNJ-CGT lutte contre tout système de domination et contre toutes les formes de discriminations.

1 – Définitions

2 – Pénal

3 – Les différent.e.s interlocuteur.ice.s

4 - Le droit d'alerte en cas d'atteinte aux droits des personnes

5 – Les sanctions

6 – Les spécificités de la discrimination syndicale

1 – Définition

Deux types de discrimination existent (L. 1132-1 du Code du travail) :

- La discrimination directe : cela correspond à la situation dans laquelle, sur le fondement d'un critère discriminatoire, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été, ou ne l'aura été dans une situation comparable.

Les critères sur lesquels l'employeur a interdiction de fonder une décision ou une sanction sont énumérés par le Code du travail :

- L'origine,
- Le sexe,
- Les mœurs,
- L'orientation sexuelle,
- L'identité de genre,
- L'âge,
- La situation de famille,
- La grossesse,
- Les caractéristiques génétiques,
- La particulière vulnérabilité résultant de la situation économique de la personne, apparente ou connue de son auteur.ice,
- L'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une prétendue race,
- Les opinions politiques,
- Les activités syndicales ou mutualistes,
- L'exercice d'un mandat électif,
- Les convictions religieuses,
- L'apparence physique,
- Le nom de famille,
- Le lieu de résidence,
- La domiciliation bancaire,
- L'état de santé,
- La perte d'autonomie,
- Le handicap,
- La capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français.

Par exemple :

- Refuser la candidature d'une personne en raison de son âge,
- Le fait de ne pas être augmenté.e en raison de ses activités syndicales.

- La discrimination indirecte : elle porte sur un acte ou une mesure, qui en apparence, n'opère aucune différenciation, mais qui peut avoir pour effet de désavantager particulièrement un groupe de personnes déterminé en raison d'un critère discriminatoire, sans justification objective et raisonnable.

Par exemple :

- Le fait de refuser une prime aux salarié.e.s à temps partiel alors que 70 % des salarié.e.s à temps partiel sont des femmes.
- Soumettre les augmentations de salaire à un quota de présence pour défavoriser les représentants du personnel.

D'autres discriminations sont expressément visées par la loi et protègent les salarié.e.s exposé.e.s à une sanction, un licenciement ou une mesure discriminatoire, notamment dans les situations suivantes :

- En cas de grève,
- Pour les salarié.e.s témoignant d'agissements discriminatoires,
- Les salarié.e.s engageant une action en justice et ceux en faveur desquels est engagée une action en justice,
- Les salarié.e.s témoignant de bonne foi de faits constitutifs d'un crime ou d'un délit et les lanceurs d'alerte dès lors qu'ils agissent dans le respect de la procédure,

Qui bénéficie d'une protection à l'égard d'agissements discriminatoires au travail ?

Tout.e salarié.e, tout.e candidat.e à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise est protégé.e contre les discriminations au travail (*L. 1132-1 du Code du travail*).

Font également l'objet d'une protection les salarié.e.s témoins ou ayant relaté des agissements discriminatoires : ces personnes ne peuvent pas être sanctionnées, licenciées, ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire (*L. 1132-3 du Code du travail*).

Quel est le champ d'application concernant la lutte contre les discriminations ?

Les discriminations au travail peuvent intervenir à plusieurs étapes :

- Embauche d'un.e salarié.e,
- Qualification, classification,
- Licenciement d'un.e salarié.e,
- Mesure disciplinaire,
- Renouvellement d'un contrat,
- Mutation ou promotion à un autre poste en interne,
- Détermination du salaire et des autres modes de rémunération,
- Formation,
- Reclassement,
- Détermination des tâches confiées au.à la salarié.e.

Quelles sont les exceptions au principe de non-discrimination ?

Des différences de traitement entre les salarié.e.s sont admises lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée (*L. 1133-1 du Code du travail*).

A titre d'illustration, sur les discriminations basées sur le sexe, l'article R. 1142-1 du Code du travail fixe une courte liste des emplois et activités professionnelles pour l'exercice desquels l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue la condition déterminante (artistes appelés à interpréter un rôle soit féminin, soit masculin, les mannequins...).

Une nécessité absolue doit être prouvée pour justifier une différence de traitement reposant sur une exigence professionnelle essentielle et déterminante. Il doit s'agir de considérations objectives.

2 – Pénal

Quelles sont les spécificités de la discrimination en droit pénal ?

La discrimination est également réprimée par le Code pénal. La définition donnée est assez proche de celle du Code du travail. Toutefois, le champ d'application et le régime de la preuve diffèrent.

Constitue une discrimination toute distinction opérée entre des personnes physiques et fondée sur des critères prohibés (*225-1 du Code pénal*).

A l'exception des activités mutualistes, de la domiciliation bancaire et de l'exercice d'un mandat électif, ces critères sont identiques à ceux du Code du travail.

Toutefois, le champ d'application en matière pénale est plus restreint. Sont visés le fait de :

- Refuser d'embaucher, sanctionner ou licencier une personne ;
- Subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à une condition prohibée ;
- Refuser d'accepter une personne à l'un des stages visés par le 2° de l'article L. 412-8 du code de la sécurité sociale.

Le retard dans le déroulement de carrière n'apparaît pas. Le Code du travail prévoit néanmoins des sanctions pénales pour cette forme de discrimination lorsqu'elle est fondée sur le sexe, la grossesse ou l'exercice d'une activité syndicale (*L. 1146-1, L. 2146-2 du Code du travail*).

Autres différences devant être soulignées entre le droit pénal et le droit du travail :

→ En matière pénale, il est nécessaire de démontrer un élément intentionnel de la part de l'auteur.ice d'une discrimination. Tel n'est pas le cas en droit du travail.

→ Il n'y a pas de charge de la preuve aménagée en droit pénal. La présomption d'innocence de l'auteur.ice domine. Toutefois, dans une affaire de discrimination syndicale, il a été jugé qu'il appartient aux juges du fond de rechercher si l'employeur avait apporté la pleine justification des mesures prises à l'encontre d'une salariée, et notamment l'absence de tout lien avec la qualité de délégué.e syndicale de celle-ci (*Cass. Crim., 6 janvier 2004, n°02-88.240*).

→ Les règles probatoires diffèrent en droit pénal : une infraction pénale peut être prouvée par tout moyen, les documents ou enregistrements obtenus par des procédés déloyaux ne pouvant pas être écartés des débats.

3 - Les différent.e.s interlocuteur.ice.s

Vers qui s'adresser lorsqu'un.e salarié.e est victime de discrimination au travail ?

- **Prévenir les représentants du personnel dans l'entreprise** (membre du CSE, délégué syndical, représentant de section syndicale),
- **Prévenir l'inspection du travail,**
- **Prévenir la médecine du travail,**
- **Prévenir des structures spécialisées d'aide aux victimes,**
- **Prendre contact avec un organisme d'aide à l'accès au droit :**
 - Maison de la justice et du droit : <http://www.annuaires.justice.gouv.fr/annuaires-12162/annuaire-des-maisons-de-justice-et-du-droit-21773.html>
 - Points d'accès au droit : <http://www.annuaires.justice.gouv.fr/lieux-dacces-aux-droits-10111/>
 - Centres départementaux d'accès au droit (CDAD),
 - Centres d'information pour le droit des femmes et des familles <http://www.annuaires.justice.gouv.fr/lieux-dacces-aux-droits-10111/> (CIDFF) <https://fncidff.info/>
- **Consulter un.e avocat.e par le biais des consultations gratuites organisées par les barreaux :** l'accès à ces consultations gratuites est parfois réservé aux personnes pouvant bénéficier de l'aide juridictionnelle <https://www.cnb.avocat.fr/fr/annuaire-barreaux>
- **Saisir le Défenseur des droits**

- En ligne : https://formulaire.defenseurdesdroits.fr/code/afficher.php?ETAPE=accueil_2016

- Sur place : il est possible de prendre rendez-vous avec un délégué du Défenseur des droits.
<https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/saisir/delegues>

- Par courrier : gratuit, sans affranchissement

Défenseur des droits

Libre réponse 71120

75342 Paris cedex 07

→ Attention : joindre à votre courrier les photocopies des pièces relatives à votre saisine.

- Par téléphone (information générale) : 09 69 39 00 00, du lundi au vendredi de 8h à 20h.

La saisine du Défenseur des droits peut aboutir à 3 situations :

- une médiation,
- une transaction,
- une action en justice.

4 - Le droit d'alerte en cas d'atteinte aux droits des personnes

En cas d'atteinte aux droits des personnes constatée par un membre de la délégation du personnel au CSE, il.elle en saisit immédiatement l'employeur.

Cette atteinte peut notamment résulter de toute mesure discriminatoire.

Une enquête doit être réalisée par l'employeur avec le membre de la délégation du personnel au CSE et doit prendre les dispositions nécessaires pour y remédier.

En cas de carence de l'employeur ou de divergence sur la réalité de cette atteinte, et à défaut de solution trouvée avec l'employeur, le.la salarié.e, ou le membre de la délégation du personnel au CSE si le.la salarié.e intéressé.e averti.e par écrit ne s'y oppose pas, saisit le bureau de jugement du conseil de prud'hommes, qui statue selon la forme des référés.

Le juge peut ordonner toutes mesures propres à faire cesser cette atteinte (*L. 2312-59 du Code du travail*).

Il est envisageable d'utiliser le droit d'alerte pour obtenir des pièces nécessaires afin de prouver une discrimination (*Cass. soc., 9 septembre 2020, n°18-24.861*). Néanmoins, il est également possible d'avoir recours à l'article 145 du Code de procédure civile pour obtenir des pièces lorsque les conditions sont réunies.

5 – Les sanctions

- Sanction disciplinaire, lorsque l'auteur.ice de l'agissement est un.e salarié.e de l'entreprise.
- Sanctions civiles :
 - Nullité de la mesure discriminatoire,
 - Dommages et intérêts pour réparer le préjudice subi.
- Sanctions pénales :
 - Jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende.

Le Code du travail sanctionne pénalement les discriminations sur le sexe, la grossesse, ainsi que les discriminations syndicales (*L. 1146-1, L. 2146-2 du Code du travail*).

Par ailleurs, sont punis d'un an d'emprisonnement et d'une amende de 3 750 € les faits de discriminations commis à la suite d'un harcèlement moral ou sexuel (*L. 1155-2 du Code du travail*).

Que se passe-t-il en cas de licenciement fondé sur un motif discriminatoire ?

Lorsqu'un licenciement est fondé sur un motif discriminatoire, la nullité doit être prononcée.

→ Le.la salarié.e doit être réintégré.e dans son emploi dans les conditions originelles lorsqu'il.elle le demande.

→ Si la réintégration n'est pas demandée ou qu'elle est impossible, le juge octroie au.à la salarié.e une indemnité qui ne peut pas être inférieure aux salaires des 6 derniers mois.

6 – Les spécificités de la discrimination syndicale

→ ***Différence discrimination / entrave :***

La discrimination syndicale consiste à opérer une différence de traitement fondée sur un critère illégal entre des salarié.e.s. Plus précisément, la discrimination syndicale peut être relevée face à toute méconnaissance de la liberté syndicale.

Le champ visé par cette incrimination est plus vaste que celui du délit d'entrave qui suppose une atteinte volontaire à l'institution représentative ou à l'un de ses membres.

La Cour de cassation ne limite pas la notion de discrimination syndicale aux seules activités des salarié.e.s investi.e.s de mandats syndicaux, mais l'étend aux activités des représentant.e.s du personnel (*Cass. Soc., 8 octobre 2014, n°13-16.720*).

La discrimination est pénalement et civilement condamnée.

Le délit d'entrave est une infraction strictement pénale. Il est nécessaire de réaliser la distinction entre le délit d'entrave à la représentation syndicale et à la représentation élue :

- L'article L2317-1 du Code du travail prévoit ainsi un emprisonnement d'un an et une amende de 7500 euros pour le fait d'apporter une entrave :
 - soit à la constitution d'un comité social et économique, d'un comité social et économique d'établissement ou d'un comité social et économique central,
 - soit à la libre désignation de leurs membres, notamment par la méconnaissance des dispositions des articles L. 2314-1 à L. 2314-9.

Le fait d'apporter une entrave à leur fonctionnement régulier est puni d'une amende de 7 500 €.

- L'article L.2146-1 du Code du travail prévoit un an d'emprisonnement et une amende de 3750 euros pour le fait d'apporter une entrave à l'exercice du droit syndical.

Relèvent notamment de l'entrave :

- L'absence de convocation à une réunion obligatoire,
- Le refus de communiquer les documents au CSE,
- Le refus de prendre en charge les frais de déplacement à une réunion du CSE.
- Le refus de l'accès aux locaux à un représentant du personnel mis à pied.
- Le refus de recevoir des représentants du personnel qui en ont régulièrement fait la demande.

Concernant le refus de payer des heures de délégation : dans un premier temps, l'employeur doit les payer à l'échéance normale. Le refus de les payer à une telle échéance ou un paiement partiel constitue en principe un délit d'entrave. Outre des poursuites pénales, l'employeur peut être condamné à payer des dommages et intérêts

Constitue une entrave le fait pour un employeur de refuser de payer les heures de délégation en alléguant que le représentant du personnel ne les a pas effectivement utilisées (*Cass. soc., 16 sept. 2020, n°18-23.805*).

Il faut noter que la méconnaissance par l'employeur des attributions des institutions représentatives du personnel ne constitue pas en soi une discrimination syndicale : *Cass. Soc., 8 octobre 2014, n°13-16.720*.

Les éléments précités peuvent étayer une demande d'un.e salarié.e en matière de discrimination syndicale mais ils ne peuvent pas prouver en eux-mêmes une discrimination.

Toutefois, même s'ils sont distincts, **le délit d'entrave et celui de discrimination peuvent se cumuler**. La Cour de cassation a précisé que la superposition des peines s'imposait (application du principe pénaliste du cumul réel de peines : *Cass. crim., 29 oct. 1975, n°73-93.253*).

→ **Dispositions spécifiques à la discrimination syndicale**

La loi interdit de manière spécifique à tout employeur de prendre en considération l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions en ce qui concerne notamment :

- Le recrutement,
- La conduite et la répartition du travail,
- La formation professionnelle,
- L'avancement, la rémunération et l'octroi d'avantages sociaux,
- Les mesures de discipline et la rupture du contrat de travail (*L. 2141-5 du Code du travail*).

→ **Exemples**

Il a été jugé qu'il appartient à l'employeur de démontrer que l'absence d'augmentation individuelle d'une salariée pendant 10 ans n'était pas en lien avec un motif discriminatoire. L'employeur ne contredisait pas l'affirmation de la salariée selon laquelle elle n'avait bénéficié d'aucune augmentation individuelle entre 2000 et 2010, laissant supposer l'existence d'une discrimination syndicale (*Cass, Soc. 1er juillet 2020, n° 19-11.458*).

Constitue également une mesure discriminatoire :

- une évolution de carrière ralentie et la prise en considération négative de l'activité syndicale du salarié dans plusieurs de ses évaluations professionnelles (*Cass. soc.*, 11 mars 2020, n° 18-24.745).
- le fait pour l'employeur de ne pas avoir remboursé au seul salarié, délégué syndical, ses frais de déplacement (*Cass. soc.*, 18 juill. 2000, n°98-43.629).
- l'absence d'évolution de carrière et l'absence de formation (*Cass. soc.*, 17 mai 2017, n°15-17.325).

Pour aller plus loin :

Quels sont les recours possibles ?

Aide juridictionnelle - Si la victime a de faibles ressources, elle peut demander l'aide juridictionnelle avant ou après que l'affaire soit engagée. L'aide juridictionnelle permet de bénéficier d'une prise en charge totale ou partielle par l'État des honoraires et frais de justice (avocat, huissier, etc.). La demande se fait par formulaire et est soumise à des conditions de ressources (<https://www.servicepublic.fr/particuliers/vosdroits/F18074>)

- Recours civil

L'action se prescrit par **5 ans** à compter de la révélation de la discrimination, c'est à dire à partir du moment où le.la salarié.e dispose de tous les éléments de comparaison lui permettant de mettre en évidence la discrimination.

Il est possible de saisir le **conseil de prud'hommes** pour régler un conflit sur un cas de discrimination.

Un candidat à un emploi peut notamment saisir le conseil de prud'hommes pour contester son refus d'embauche.

Pour le secteur public, le **tribunal administratif** doit être saisi.

Ce recours vise à annuler la mesure discriminante et réparer le préjudice subi.

- Action de groupe

Une action de groupe est possible lorsque plusieurs candidat.e.s à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou plusieurs salarié.e.s font l'objet d'une discrimination, directe ou indirecte, fondée sur un même motif figurant parmi la liste précitée et imputable à un même employeur.

Une telle action peut notamment être menée par une organisation syndicale de salarié.e.s représentative.

Au préalable, il doit être demandé à l'employeur, par un moyen conférant date certaine à cette demande (lettre recommandée avec accusé de réception par exemple), de faire cesser la situation de discrimination collective alléguée.

Dans un délai d'un mois à compter de la réception de cette demande, l'employeur en informe le comité social et économique, ainsi que les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise.

A la demande du comité social et économique, ou à la demande d'une organisation syndicale représentative, l'employeur engage une discussion sur les mesures permettant de faire cesser la situation de discrimination collective alléguée.

L'action de groupe peut être introduite à l'expiration d'un délai de six mois à compter de la demande tendant à faire cesser la situation de discrimination collective alléguée ou à compter de la notification par l'employeur du rejet de la demande.

Elle est portée devant le tribunal judiciaire (*L. 1134-7 et suivants du Code du travail*).

- Recours pénal

Le délai de prescription est de **6 ans**.

Il est possible de s'adresser à un commissariat de police ou à une brigade de gendarmerie.

La réception de la plainte ne peut pas être refusée.

La plainte est ensuite transmise au procureur de la République par la police ou la gendarmerie.

La discrimination étant un délit, le **tribunal correctionnel** est compétent.

Sur qui pèse la charge de la preuve dans une action civile ? Comment prouver une discrimination ?

La charge de la preuve est aménagée :

- **Le.la candidat.e à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le.la salarié.e présente **des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte.****

Dans un premier temps, doivent être visés les éléments pouvant s'analyser comme des mesures discriminatoires, tels que :

- le figement d'un coefficient,
- une évolution défavorable,
- une sanction inappropriée.

Dans un second temps, il faut mettre en avant le lien entre la survenance des événements précités avec l'existence d'une situation visée par le Code, comme une grossesse, une activité syndicale...

En effet, la concomitance de ces éléments de fait avec l'un des motifs légaux de discrimination permet de faire présumer l'existence d'une discrimination.

Il est important de mettre en évidence qu'un traitement anormal a été subi : si tous les salarié.e.s sont traité.e.s de la même manière, il n'y a pas de discrimination.

De plus, il est intéressant d'établir une chronologie des faits.

La victime ne doit pas prouver la discrimination mais doit seulement apporter des éléments de fait.

- Il incombe ensuite à **l'employeur** de prouver :

- Soit, que la décision créant la différence de traitement répond à « *une exigence professionnelle essentielle et déterminante* », et que l'objectif poursuivi est « *légitime et l'exigence proportionnée* ».
- Soit, que la décision définitive repose sur un motif objectif étranger à toute discrimination.

Le juge forme enfin sa conviction, après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utile (*L. 1134-1 du Code du travail*).

Attention : cet aménagement de la charge de la preuve ne vaut que pour les discriminations dans les relations de travail, et non en matière pénale.

En matière civile et pénale, le.la salarié.e peut rapporter tous types de preuve, notamment :

- Courriers,
- Mails,
- SMS,
- Témoignages de collègues ou d'ancien.ne.s salarié.e.s de l'entreprise,
- Documents relatifs à l'activité du.de la salarié.e¹,
- Le testing (méthode d'enquête pour constater l'existence d'une discrimination).

Attention : les preuves doivent avoir été obtenues loyalement devant le juge civil. Cela signifie qu'il n'est pas possible d'avoir recours à des manœuvres frauduleuses pour apporter une preuve devant les juridictions civiles.

A titre d'illustration, les enregistrements réalisés à l'insu de la personne ne sont pas admis.

Les documents pouvant être utilisés pour démontrer une discrimination sont par exemple :

- les entretiens d'évaluation,
- les notifications de sanctions disciplinaires,
- les bulletins de paie ainsi que ceux de collègues,
- les travaux réalisés,
- les mails attestant de la qualité du travail fourni,
- les notes de service,
- le témoignage d'autres salarié.e.s,
- le tableau de répartition des tâches du service.

Il est également possible de sommer l'employeur de communiquer certains documents qu'il refuse de transmettre (*145 Code de procédure civile*).

¹ *Un.e salarié.e peut produire des documents auxquels il.elle avait eu accès à l'occasion de ses fonctions, lorsque cette production est strictement nécessaire à la défense de ses droits dans le litige qui l'oppose à l'employeur (Cass. Soc., 31 mars 2015, n° 13-24.410).*

Annexes : la méthode « Clerc »

RPDS, *La lutte contre les discriminations*, n°916-917, août/septembre 2021.

L'absence de reconnaissance professionnelle constitue l'une des formes de discrimination pratiquées dans les entreprises : carrière professionnelle du.de la salarié.e ne progresse pas ou peu, faibles augmentation de salaire, absence de formation professionnelle...

Cette méthode a été admise par les juges en matière de discrimination. Elle permet de mettre en évidence l'absence de progression de carrière d'un.e salarié.e.

La méthode dite « Clerc » a été instaurée au cours des années 1990 à l'usine Peugeot-Sochaux afin de démontrer une discrimination syndicale pratiquée à l'encontre des militant.e.s de la CGT. Elle a été étendue à d'autres motifs discriminatoires.

Étape n°1 – Constituer un dossier

- **Construire un panel de « salariés comparants »**

- Identifier des collègues avec lesquels il est possible de comparer le déroulement de la carrière du.de la salarié.e discriminé.e.
- Cibler les collègues ayant des caractéristiques similaires. Sont concernés les salarié.e.s engagé.e.s « à la même époque et aux mêmes conditions » (Cass. Soc., 15 décembre 2010, n°08-44.956). Les salarié.e.s n'ont pas besoin d'être dans une situation identique, une situation équivalente suffit (ancienneté, diplôme, qualification, coefficient de salaire : Cass. Soc., 7 novembre 2018, n°16-20.759).
- Ne pas réaliser de sélection de nature à fausser les résultats.
- Doivent être exclu.e.s les salarié.e.s dans une situation particulière : salarié.e.s à temps partiel, en invalidité, en longue maladie...

- Documents utiles

- *Registre unique du personnel* : à la disposition des membres du CSE à tout moment, ainsi que de l'inspecteur.ice du travail dans le cadre de ses pouvoirs d'investigation en matière de discrimination (L. 1221-15 CT).

- *Listes électorales.*

- **Obtenir des informations sur le déroulé de carrière des salarié.e.s intégré.e.s dans le panel**

- Documents utiles

- Contrat de travail, avenants,
- Bulletins de paie du mois de décembre indiquant le montant total des rémunérations annuelles,
- Formations accordées,
- Comptes-rendus des évaluations professionnelles.
- Documents remis lors des négociations obligatoires, BDES (Elus au CSE, DS), Bilan social (Elus au CSE, DS, inspecteur.ice du travail).

- En cas de refus de la communication de tels documents

- Exercice du droit d'alerte par les représentants du personnel,
- Et/ou saisir l'inspecteur.ice du travail, le Défenseur des droits, le juge,

- Obligation de communiquer les données nominatives dans les dossiers en discrimination (*le droit à la preuve peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle si cette production est indispensable et l'atteinte est proportionnée au but poursuivi : Cass. Soc., 16 décembre 2020, n°19-17.637*).

- Recourir aux autorités administratives : inspecteur.ice du travail, Défenseur des droits.
- Exercice du droit d'alerte par un.e membre du CSE.
- Mesures d'instruction judiciaires.

- **Démontrer la différence de traitement**

- Graphiques et tableaux,

- Importance du CSE : questions à l'employeur,

- Accès au dossier individuel du.de la salarié.e discriminé.e (comprenant le dossier disciplinaire).

- Échange de courriers (demande de changement de poste, augmentation de salaire, de formation et les éventuelles réponses...).

- Attestations des salarié.e.s (rédaction claire, précise et circonstanciée). Modèles d'attestation de témoin : téléchargement libre sur « service public », Cerfa n° 11527*03.

- Intervention de l'inspection du travail : investigations, courriers, comptes-rendus, procès-verbaux...

- Intervention du Défenseur des droits : soit formule des recommandations pour mettre un terme à la discrimination, ou enjoint l'employeur de prendre des mesures dans un certain délai, soit propose une médiation ou une transaction.

- **Évaluer le préjudice et lister les demandes**

- Préjudice financier (méthode « Clerc ») :

Préjudice subi sur la période d'activité : référence à l'évolution moyenne du salaire que le.la salarié.e aurait dû percevoir en l'absence de discrimination.

La Cour d'appel de Paris a pour la première fois prononcé une condamnation pour discrimination sexiste en calculant le rattrapage du salaire de la salariée en tenant compte du plus haut niveau de salaire masculin de sa catégorie (et non du niveau de salaire moyen de ses collègues hommes, *CA Paris, 2 juin 2021, n°19/00917*).

- Préjudice subi concernant les droits retraite.
- Domages et intérêts pour préjudice moral.
- Repositionnement du.de la salarié.e (qualification, coefficient, salaire, primes qu'il.elle aurait dû avoir).

Étape n° 2– Agir en justice

- **Saisir le conseil de prud'hommes**

- Charge de la preuve partagée (cf « Pour aller plus loin »).

- Moyens de preuve obtenus loyalement (cf « Pour aller plus loin »).
- Délai pour agir : 5 ans à compter du moment où le.la salarié.e dispose de tous les éléments lui permettant d’apprécier la réalité et l’étendue de la discrimination.
- Indemnisation et repositionnement : préjudice financier, préjudice moral, repositionnement, bulletins de salaires conformes.

- **Saisir le tribunal correctionnel**

- Compétence du juge pénal (cf spécificités discrimination en droit pénal)
- Spécificités de la procédure pénale

- Délai de prescription : 6 ans (le juge peut comparer l’évolution des carrières professionnelles sur toute leur durée).

- Charge de la preuve : l’employeur bénéficie de la présomption d’innocence. Le.la salarié.e ne bénéficie pas en principe d’un aménagement de la charge de la preuve.

- La preuve est libre.

- Saisine du juge

- **Intervention d’un syndicat** (cf fiche)

- Action dans l’intérêt collectif de la profession
- Action en substitution
- Action de groupe

Les textes à connaître

Article L.1132-1 du Code du travail

Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de nomination ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une prétendue race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de son exercice d'un mandat électif, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille, de son lieu de résidence ou de sa domiciliation bancaire, ou en raison de son état de santé, de sa perte d'autonomie ou de son handicap, de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français.

Article L1132-4 du Code du travail

Toute disposition ou tout acte pris à l'égard d'un salarié en méconnaissance des dispositions du présent chapitre est nul.

Article L1134-1 du Code du travail

Lorsque survient un litige en raison d'une méconnaissance des dispositions du chapitre II, le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.

Article 225-1 du Code pénal

Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques sur le fondement de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de leur situation économique, apparente ou connue de son auteur, de leur patronyme, de leur lieu de résidence, de leur état de santé, de leur perte d'autonomie, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur identité de genre, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une Nation, une prétendue race ou une religion déterminée.

Constitue également une discrimination toute distinction opérée entre les personnes morales sur le fondement de l'origine, du sexe, de la situation de famille, de la grossesse, de l'apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de la situation économique, apparente ou connue de son auteur, du patronyme, du lieu de résidence, de l'état de santé, de la perte d'autonomie, du handicap, des caractéristiques génétiques, des mœurs, de l'orientation sexuelle, de l'identité de genre, de l'âge, des opinions politiques, des activités syndicales, de la capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une Nation, une prétendue race ou une religion déterminée des membres ou de certains membres de ces personnes morales.

Article 225-1-1 du Code pénal

Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes parce qu'elles ont subi ou refusé de subir des faits de harcèlement sexuel tels que définis à l'article 222-33 ou témoigné de tels faits, y compris, dans le cas mentionné au I du même article, si les propos ou comportements n'ont pas été répétés.

Article 225-1-2 du Code pénal

Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes parce qu'elles ont subi ou refusé de subir des faits de bizutage définis à l'article 225-16-1 ou témoigné de tels faits.

Article 225-2 du Code pénal

La discrimination définie aux articles 225-1 à 225-1-2, commise à l'égard d'une personne physique ou morale, est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende lorsqu'elle consiste :

- 1° A refuser la fourniture d'un bien ou d'un service ;
- 2° A entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque ;
- 3° A refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne ;
- 4° A subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ou prévue aux articles 225-1-1 ou 225-1-2 ;
- 5° A subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ou prévue aux articles 225-1-1 ou 225-1-2 ;
- 6° A refuser d'accepter une personne à l'un des stages visés par le 2° de l'article L. 412-8 du code de la sécurité sociale.

Lorsque le refus discriminatoire prévu au 1° est commis dans un lieu accueillant du public ou aux fins d'en interdire l'accès, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende.