

Chronique de droit des discriminations (octobre 2014-avril 2015)

Droit des discriminations

Thomas Dumortier, Frédéric Guiomard, Tatiana Gründler, Ismaël Omarjee
et Marc Touillier



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/1370>

DOI : 10.4000/revdh.1370

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Thomas Dumortier, Frédéric Guiomard, Tatiana Gründler, Ismaël Omarjee et Marc Touillier, «
Chronique de droit des discriminations (octobre 2014-avril 2015) », *La Revue des droits de l'homme* [En
ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 08 juin 2015, consulté le 04 mai 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/1370> ; DOI : 10.4000/revdh.1370

Ce document a été généré automatiquement le 4 mai 2019.

Tous droits réservés

Chronique de droit des discriminations (octobre 2014-avril 2015)

Droit des discriminations

Thomas Dumortier, Frédéric Guiomard, Tatiana Gründler, Ismaël Omarjee et Marc Touillier

Ces huit derniers mois, la lutte contre les discriminations est revenue régulièrement sur le devant de la scène médiatique, au gré des rapports officiels et des annonces de réforme. Un rapport d'information du Sénat relatif à la lutte contre les discriminations, rendu public le 12 novembre dernier, préconisait notamment la levée de l'interdiction sur les statistiques ethniques, une reconnaissance de l'action collective dans le domaine des discriminations, et l'expérimentation de la remise d'un récépissé lors des contrôles d'identité. Afin de lutter contre les stéréotypes de sexe, le Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes, dans son rapport relatif à la lutte contre les stéréotypes, Pour l'égalité femmes-hommes et contre les stéréotypes de sexe, conditionner les financements publics du 20 octobre 2014, recommandait de recourir au mécanisme d'« *éga-conditionnalité* » des financements publics. Ce mécanisme consiste à subordonner tout ou partie des financements publics transférés à un tiers au respect de l'égalité femmes-hommes et à la lutte contre les stéréotypes de sexe. Enfin, le Premier ministre s'est engagé le 6 mars dernier (« *Egalité et citoyenneté : la République en actes* », 6 mars 2015), parmi d'autres mesures, à introduire l'action de groupe pour les discriminations au travail.

Le contentieux des discriminations fut tout aussi riche. On constate que l'âge, le sexe, l'appartenance religieuse, constituent les motifs de discrimination les plus évoqués. Les discriminations fondées sur l'origine ethnique tiennent une place non négligeable dans les affaires traitées par la Cour européenne des droits de l'homme. Par ailleurs, c'est le domaine de l'emploi qui est majoritairement concerné. L'objet de cette chronique est donc de rendre compte des décisions des plus hautes juridictions en droit public, droit social (éventuellement quelques arrêts de Cours d'appel significatifs) et droit pénal, du

Conseil constitutionnel, de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme. Certaines décisions du DDD sont également mentionnées.

1°/- Droit administratif (T.D.)

A – Pensions de retraite

CE, Ass., 27 mars 2015, *M. B.A c. ministre de l'Education nationale*, Req. n° 372426

Treize ans après l'arrêt *Griesmar* (CE, 29 juillet 2002, *Griesmar*, Req. n° 141112), le Conseil d'Etat a de nouveau eu l'occasion en mars dernier d'apprécier la légalité de deux avantages de pension octroyés aux fonctionnaires qui ont interrompu leur activité pour s'occuper de leur enfant :

- la bonification d'un an par enfant, maintenue par le législateur pour les parents d'enfants nés avant 2004 (article L. 12 du code des pensions civiles et militaires de retraite (code des pensions)) ;
- la faculté de départ anticipé pour les parents de trois enfants, qui a été mise en extinction par le législateur (3° du I de l'article L. 24 du code des pensions, dans sa rédaction applicable au litige en vertu des dispositions transitoires prévues à l'article 44 de la loi du 9 novembre 2010).

Dans les deux cas, le bénéfice de ces avantages est subordonné à « *une interruption d'activité d'une durée continue au moins égale à deux mois dans le cadre d'un congé pour maternité, d'un congé pour adoption, d'un congé parental, d'un congé de présence parentale, ou d'une disponibilité pour élever un enfant de moins de huit ans* » (selon les termes du 1° de l'article R.13, dans sa version applicable au litige, et R. 37 du code des pensions). Bien qu'étant formulées de manière neutre à l'égard du sexe, ces cas d'ouverture favorisent de fait davantage les femmes puisqu'à la différence du congé de maternité, les situations de congé ou de disponibilité susceptibles d'ouvrir un droit à ces avantages revêtent, pour un fonctionnaire, un caractère facultatif. Ces dispositions étaient donc constitutives d'une discrimination indirecte à l'égard des hommes.

Le Conseil d'Etat s'est prononcé sur la compatibilité de ces avantages avec le principe d'égalité des rémunérations entre hommes et femmes reconnu par l'article 157 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (art. 141 du Traité CE). Il avait déjà eu l'occasion de l'affirmer en 2009 (CE, Sect., 11 mars 2009, *M. A. c. Préfet du Morbihan*, Req. n° 291153), de manière quelque peu lapidaire, mais cette fois-ci il dévoile un raisonnement en deux temps : il juge que les dispositions litigieuses répondent à un « *objectif légitime de politique sociale* » d'une part – la compensation des conséquences de la naissance et de l'éducation d'enfants sur le déroulement de leur carrière, tout en précisant d'autre part que les avantages litigieux étaient « *propre[s] à garantir cet objectif et nécessaire[s] à cet effet* ». Ce faisant, la Haute juridiction administrative s'est affranchie de l'appréciation de la CJUE qui avait eu l'occasion en juillet dernier de considérer, à première vue, que les dispositions en cause constituaient une discrimination indirecte contraire au traité (CJUE, 4° Ch., 17 juillet 2014, *Maurice Leone et Blandine Leone/Garde des Sceaux, ministre de la Justice, et Caisse nationale de retraite des agents des collectivités locales*, Aff. C-173/13). En effet, la juridiction européenne n'avait pas été convaincue par les justifications formulées par le gouvernement, mais s'en était néanmoins remise aux juridictions nationales pour apprécier plus précisément si ces

mesures poursuivaient un objectif légitime de politique sociale d'une part, et étaient d'autre part nécessaire à la poursuite de cet objectif.

La CJUE avait en effet rappelé les conditions au regard desquelles une différence de traitement était légale : la mesure doit poursuivre un objectif légitime de politique sociale et doit être apte et nécessaire à atteindre l'objectif poursuivi. Le juge européen ajoutait que la mesure doit répondre véritablement au souci d'atteindre l'objectif évoqué et doit être mise en œuvre de manière cohérente et systématique. Au regard des éléments dont il disposait dans le cas d'espèce, il avait estimé que les justifications du gouvernement arguant d'une volonté de compenser les désavantages subis dans le déroulement de leur carrière constituaient des affirmations générales insuffisantes pour fonder la légalité des mesures litigieuses. C'est sans doute la raison pour laquelle le Conseil d'Etat prend notamment soin de caractériser dans sa décision les écarts des pensions de retraites entre les hommes et les femmes fonctionnaires ayant des enfants, à l'aide de statistiques qui attestent qu'elles perçoivent en moyenne des pensions inférieures à celles des hommes ayant le même nombre d'enfants.

B – Accès au concours

CE, 26 janvier 2015, M. B. c. Recteur de l'académie de Paris, Req. n° 373746

Les limites d'âge aux concours de la fonction publique ont été en partie supprimées par une ordonnance de 2005. Demeure néanmoins dans certains domaines l'exigence d'une condition d'âge maximum (par exemple pour la police et la gendarmerie), mais également parfois d'un âge minimum. En l'espèce, l'âge minimum requis pour le second concours national d'agrégation en droit public a été déclaré discriminatoire en raison de l'âge par le juge. Cet arrêt, tout en donnant raison au requérant sur le fond, n'a pas eu pour effet de remédier à la discrimination dont il a fait l'objet.

Dans ses conclusions sur l'arrêt, le rapporteur public précisait que le problème ne se situait pas sur le terrain du principe d'égalité mais sur celui des discriminations (R. Keller, Conclusions sur M. B. c. Recteur de l'académie de Paris) : de jurisprudence constante, la fixation de condition d'âge ne porte pas, par elle-même, atteinte au principe d'égalité de traitement entre agents appartenant à un même cadre d'emplois (voir par exemple les arrêts : CE, Ass., 27 octobre 1989, Fédération CGT des services publics, Req. n° 95714 ; CE, 29 décembre 1989, Département du Val de Marne, Req. n° 95739 ; CE, 7 avril 1999, D., Req. n° 197122). Pour être plus précis, le juge renouvelle son appréhension du problème, au regard de la loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations. Il estime ainsi que la justification du Ministère consistant à limiter le nombre de candidats au « second concours » afin de préserver les perspectives de promotion des maîtres de conférences les plus âgés n'est pas convaincante. En effet, le décret impose également une condition d'ancienneté qui garantit pleinement cet objectif. Le juge en conclut que la discrimination ne répond pas à une « exigence professionnelle essentielle et déterminante » telle qu'elle est mentionnée à l'article 4 de la directive 2000/78 sur l'égalité professionnelle et reprise par la loi de 2008.

Mais cette annulation est sans incidence sur la situation du requérant, le concours étant révolu.

On ne manquera pas de relever que le Conseil d'Etat, statuant en référé-suspension un an plus tôt (CE, Ord., 4 décembre 2013, M. B. c. Recteur de l'académie de Paris, Req. n

° 373560), avait estimé que le refus opposé au requérant de s'inscrire au « second concours » ne portait ni à ses intérêts propres ni aux intérêts de l'ensemble des autres maîtres de conférences susceptibles d'être candidats au concours « *une atteinte suffisamment grave pour constituer une situation d'urgence* ». La condition de l'urgence n'étant pas remplie, le juge avait rejeté la requête... Rappelons que le « second concours » a été supprimé par un décret de septembre 2014.

C – Extension d'une convention collective

CE, 28 novembre 2014, *Union Syndicale Solidaires*, Req. n° 362823

Dans cet arrêt une union syndicale demandait au Conseil d'Etat l'annulation d'une disposition de la convention collective nationale des entreprises de propreté du 26 juillet 2011 étendue par un arrêté du 23 juillet 2012¹. La convention collective des entreprises de propreté prévoit depuis 1990 un dispositif de transfert des contrats de travail des salariés d'une entreprise qui aurait perdu un marché public vers l'entreprise l'ayant remporté. Or, dès l'origine, le bénéfice du dispositif a toutefois été dénié à certains salariés dont :

- 1° Les salariés en CDI absents depuis 4 mois ou plus à la date d'expiration du marché, sauf congé maternité ;
- 2° Les salariés en CDD, sauf les CDD de remplacement d'un salarié en CDI absent.

Ce sont ces dispositions qui étaient contestées devant le juge administratif.

La requérante faisait notamment valoir que le premier motif d'exclusion du transfert constituait une discrimination indirecte à raison de l'état de santé ou de la situation de famille puisque l'exclusion des salariés absents depuis au moins 4 mois entraîne un désavantage particulier pour les salariés en congé maladie de longue durée ou en congé parental d'éducation. Le juge entérine ce constat mais estime que cela répond à un objectif légitime : « (...) transférer au nouveau prestataire les contrats des salariés qui assurent effectivement les prestations objet du contrat ou du marché ». Le Conseil se contente donc d'invoquer ce « *but légitime* » de nature économique sans davantage de précisions. Il faut toutefois se reporter aux conclusions du rapporteur public Alexandre Lallet qui considère pour sa part que « *la durée de 4 mois prévue par l'accord répond à l'exigence de proportionnalité* », puisque l'absence de transfert des contrats de travail n'implique pas le licenciement des salariés.

S'agissant de la différence de traitement entre CDD et CDI, la requérante s'appuie sur la directive 1999/70/CE du Conseil du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée. Celle-ci prévoit que les différences de traitement entre ces deux types de contrat, lorsqu'ils sont comparables, n'est possible que pour des « *raisons objectives* ». Alors que le rapporteur public suggérait au Conseil d'Etat de renvoyer la question par voie préjudicielle à la CJUE, le juge rejette le moyen soulevé par la requérante, et estime que l'exclusion des CDD du transfert poursuit un but légitime. Là aussi, le motif invoqué est d'ordre économique puisqu'il s'agit de lutter contre le « *risque de pratiques déloyales susceptibles d'affecter la concurrence* ».

D – Traitement discriminatoire des agents publics

CE, 20 octobre 2014, *Mme A. c. chambre régionale d'agriculture de Provence-Alpes-Côte d'Azur*, Req. n° 363237

Cette décision ne tranche pas une question de principe mais a le mérite d'illustrer les difficultés pour les agents publics qui s'estiment victimes de discrimination d'attester la réalité des faits qu'ils allèguent.

En l'occurrence, la requérante estimait qu'elle avait fait l'objet d'une discrimination – elle invoquait également des faits de harcèlement moral – en raison de son sexe. Dans ce genre d'affaire, le juge applique le raisonnement initié à partir son arrêt d'assemblée de 2009 (CE, Ass., 30 octobre 2009, Mme Perreux, Req. n° 298348) : « *s'il appartient au requérant qui s'estime lésé par une mesure de discrimination de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de faire présumer une atteinte à ce dernier principe [égalité de traitement], il incombe au défendeur de produire tous ceux permettant d'établir que la décision attaquée repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ; que la conviction du juge, à qui il revient d'apprécier si la décision contestée devant lui a été ou non prise pour des motifs entachés de discrimination, se détermine au vu de ces échanges contradictoires ; qu'en cas de doute, il lui appartient de compléter ces échanges en ordonnant toute mesure d'instruction utile* ».

Dans le cadre d'un pourvoi en cassation, le Conseil ne procède qu'au contrôle de l'adéquation de la qualification juridique à l'égard des faits soumis aux juges du fond. En l'occurrence, alors même que les juges du fond ont pu constater que la titularisation de la requérante était intervenue à l'issue d'un délai plus long que celui constaté pour certains agents de sexe masculin, cette différence ne constituait pas, selon eux, une discrimination en raison du sexe dès lors, « *d'une part, que la titularisation ne constitue pas un droit, d'autre part, qu'un autre agent de sexe féminin de la chambre régionale d'agriculture avait fait l'objet d'une titularisation aussi précoce que ses homologues masculins* »...

On relèvera avec intérêt que la HALDE soutenait la requérante et pointait un certain nombre de faits étayant la requête de cette dernière. Statuant en cassation, le Conseil d'Etat n'en fait pas mention dans son arrêt mais la Cour administrative d'appel n'avait pas été convaincue par ces observations (CAA de Marseille, 8^e Ch., 17 juillet 2012, Mme A. c. chambre régionale d'agriculture de Provence-Alpes-Côte d'Azur, n° 12MA01057).

CE, 15 avril 2015, Mme A. c. Pôle Emploi, Req. n° 373893

La lutte contre les discriminations est appelée à réduire le champ des mesures d'ordre intérieur dans le domaine de la fonction publique.

Une décision d'affectation d'un agent de droit public à tel ou tel poste constitue en principe une mesure d'ordre intérieur (CE, 4 juillet 1958, *Commune d'Anglet*, n° 39089, Leb. p. 411) tant qu'elle ne porte atteinte ni aux perspectives de carrière ni à la rémunération de l'intéressé. L'arrêt rendu par le Conseil d'Etat en avril dernier apporte une nouvelle exception à l'égard des mesures relatives à l'affectation ou aux tâches des agents qui, sans remettre en cause leur situation juridique et pécuniaire, constitueraient une discrimination : « *(...) dès lors qu'elles ne traduisent aucune discrimination, ces décisions, qui ne portent atteinte ni aux perspectives de carrière ni à la rémunération de l'intéressée, ont le caractère de simples mesures d'ordre intérieur (...)* ».

On relèvera d'abord que le Conseil a censuré le jugement du tribunal qui s'était écarté de la jurisprudence issue de l'arrêt *Perreux*, évoquée précédemment : les juges de première instance ont fait peser sur l'administration la charge de prouver qu'elle n'avait pas commis de discrimination sans même avoir apprécié dans quelle mesure les faits allégués par la requérante laissaient présumer l'existence d'une discrimination.

Lorsque le Conseil d'Etat reprend l'examen de l'affaire au fond, il estime pour sa part que les faits invoqués par la requérante ne sont pas suffisants pour laisser présumer l'existence d'une discrimination (elle invoque une discrimination en raison de son engagement syndical mais les faits qu'elle mentionne ne suffisent pas à convaincre le juge, d'autant moins qu'il relève que le candidat retenu exerce également des responsabilités syndicales) et en conclue que la décision de pôle emploi demeure une mesure d'ordre intérieur insusceptible de recours. La recevabilité du recours s'apprécie donc à partir d'un examen de la légalité de la décision contestée. Cela n'est pas sans rappeler le contrôle autrefois exercé par le juge sur les circulaires ou, plus récemment encore, s'agissant des détenus, sur les décisions de changement d'affectation entre établissements de même nature, insusceptibles de recours pour excès de pouvoir, sous réserve que ne soient pas en cause les libertés et droits fondamentaux des détenus (CE, Ass., 14 décembre 2007, *Ministre de la justice c. Boussouar*, Req. n° 290730).

2°/- Droit constitutionnel (T.D.)

A – Agrément pour l'exercice d'une activité de sécurité

CC, Décision 2015-463 QPC du 9 avril 2015, *M. Kamel B. et autre* [Direction d'une entreprise exerçant des activités privées de sécurité - Condition de nationalité]

L'exigence d'un agrément compte parmi les modes de contrôle exercé par la puissance publique sur la participation des personnes privées à des missions de sécurité (L. 612-6 du code sécurité intérieure). Or, l'une des conditions requises pour son obtention renvoie à l'exigence de la nationalité française ou d'un Etat de l'UE (L. 612-7 du même code). C'est cette exigence qui était contestée par la voie d'une QPC sur laquelle le Conseil constitutionnel s'est prononcé le 9 avril.

Le requérant, qui avait essuyé un refus de renouvellement de son agrément à diriger une entreprise de sécurité privée, invoquait une atteinte au principe d'égalité. Le Conseil rappelle d'abord son considérant de principe en la matière, fondé sur l'article 6 de la DDHC : « *le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* ». Il estime ensuite que dans le cas présent la différence de traitement opérée par le législateur s'est fondée sur un « *motif d'intérêt général lié à la protection de l'ordre public et de la sécurité des personnes et des biens* » et ne remet donc pas en cause le principe d'égalité.

B – Composition paritaire des instances universitaires

CC, Décision n° 2015-465 QPC du 24 avril 2015, *Conférence des présidents d'université* [Composition de la formation restreinte du conseil académique]

Les instances dirigeantes des universités n'échappent pas au plafond de verre ainsi que le rappelait Maître Patrice Spinosi devant le Conseil constitutionnel le 24 avril dernier à l'occasion de l'examen d'une question prioritaire de constitutionnalité soulevée par la Conférence des présidents d'université (CPU). Cette dernière mettait en cause la disposition de la loi du 22 juillet 2013 relative à la composition de la formation restreinte du conseil académique, et qui prévoit que lorsqu'elle délibère sur les carrières des

enseignants-chercheurs qui ne sont pas professeurs, c'est-à-dire en pratique les maîtres de conférence, cette formation restreinte doit être composée selon une double parité, entre les professeurs et les maîtres de conférence d'une part, entre les hommes et les femmes d'autre part (article L 712-6-1 du code de l'éducation). La CPU pointait l'incompétence négative du législateur, ainsi qu'une atteinte au principe d'égalité qui « s'oppose à ce que les titulaires d'un mandat électif au sein d'un organe représentatif se trouvent évincés de leurs fonctions pour des considérations tenant à leur sexe ».

Quinze enseignants chercheurs étaient aussi admis à intervenir. Pour leur part, ils faisaient valoir au contraire que la disposition en cause ne portait pas atteinte au principe d'égalité, mais ils en contestaient la conformité au regard de l'alinéa 2 du premier article de la constitution, relatif à l'égal accès des hommes et des femmes à certaines fonctions et responsabilités, parce qu'elle excluait l'exigence de parité pour la formation restreinte du conseil académique compétente pour les professeurs.

Contre le grief tiré d'une atteinte au principe d'égalité soulevé par la CPU, le Conseil a considéré que la loi assurait une juste conciliation entre l'article 6 de la DDHC et l'objectif posé par l'article 1^{er} de la Constitution : en d'autres termes, la différence de traitement entre hommes et femmes au sein de la formation restreinte du conseil académique, lorsqu'elle statue sur les questions individuelles relatives aux maîtres de conférences, se justifie par des considérations d'intérêt général consacrées au rang constitutionnel (la parité des sexes).

D'un autre côté, le Conseil constitutionnel admet la conformité de la loi à la Constitution en ce qu'elle réserve l'exigence de parité uniquement à la composition de la formation consacrée aux maîtres de conférences. Il estime en effet que l'alinéa 2 de l'article premier de la Constitution ne constitue qu'un « objectif » et n'est donc pas un droit ou une liberté invocable dans le cadre d'une QPC. Il prend néanmoins la peine d'expliquer dans le considérant précédent que cet objectif est facultatif, puisqu'il « permet » simplement au législateur d'instaurer tout dispositif permettant l'égal accès des hommes et des femmes aux mandats électoraux et fonctions électives ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales ; de surcroît, il ajoute que ces dispositifs peuvent être incitatifs ou contraignants. Pour mémoire, le Conseil n'avait pas hésité quelques années auparavant à considérer qu'en droit « l'emploi du présent de l'indicatif [a] valeur impérative » (CC, Décision n° 2007-561 DC du 17 janvier 2008, *Loi ratifiant l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail*, cons. 17).

3°/- Droit pénal (M.T.)

A - Retour sur la légalisation du *testing*

Cass. crim., 4 févr. 2015, n° 14-90048, QPC

Depuis la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006, l'article 225-3-1 du Code pénal est venu légaliser le *testing* – pratique consistant à solliciter la fourniture d'un bien ou d'un service à seule fin de constater un comportement discriminatoire (par exemple une sélection au regard de l'origine raciale ou ethnique pour l'entrée en discothèque) – en précisant que les délits de discriminations sont punissables même lorsqu'ils ont été commis à l'encontre de personnes ayant sollicité un des biens, actes, services ou contrats mentionnés à l'article 225-2 dudit code dans le but de démontrer l'existence du comportement discriminatoire.

La constitutionnalité de ce texte a été mise en cause par une société poursuivie dans une affaire de discriminations à l'entrée en discothèque, à la suite d'une opération de *testing* organisée par un procureur de la République (sur cette affaire, v. déjà Cass. crim., 27 nov. 2012, n° 11-84395, inédit). La société requérante contestait la conformité de l'article 225-3-1 du Code pénal aux droits de la défense et au droit à un procès équitable, tels qu'ils découlent de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

La chambre criminelle a toutefois refusé de transmettre la QPC au Conseil constitutionnel, considérant que la question ne présentait pas un caractère sérieux dès lors que, *« tout en facilitant la constatation des comportements discriminatoires, l'article 225-3-1 du Code pénal ne prévoit aucune dérogation aux règles de poursuite et de jugement des infractions ; qu'en outre, il ne confère pas au procureur de la République la faculté de provoquer à la commission d'une infraction et ne remet pas en cause le pouvoir du juge d'apprécier la valeur probante des éléments à charge produits par les parties, après les avoir soumis à la discussion contradictoire ; qu'il n'est ainsi porté aucune atteinte aux droits de la défense ni au droit à un procès équitable »*.

B – Discrimination à raison du handicap

Cass. crim., 17 mars 2015, n° 13-88062, inédit.

Se plaignant de l'aménagement insuffisant de son lieu de travail à son handicap, le salarié d'une entreprise avait saisi un juge d'instruction d'une plainte avec constitution de partie civile contre personne non dénommée du chef, notamment, de discrimination à raison du handicap. La chambre d'instruction ayant confirmé l'ordonnance de non-lieu rendue par le juge d'instruction dans cette affaire, il reprochait aux juges du second degré de s'être contentés d'affirmer péremptoirement que des travaux avaient été réalisés par l'employeur avant l'expiration du délai prévu par la convention AGEFIPH permettant l'exécution du contrat de travail.

La chambre criminelle de la Cour de cassation rejette le pourvoi après avoir considéré que les énonciations de l'arrêt attaqué la mettent *« en mesure de s'assurer que, pour confirmer l'ordonnance de non-lieu entreprise, la chambre de l'instruction, après avoir analysé l'ensemble des faits dénoncés dans la plainte et répondu aux articulations essentielles du mémoire produit par la partie civile appelante, a exposé, par des motifs exempts d'insuffisance comme de contradiction, qu'il n'existait pas de charges suffisantes contre quiconque d'avoir commis le délit reproché, ni toute autre infraction »*.

C – Discrimination raciale à l'embauche

Cass. crim., 12 novembre 2014, n° 13-84.318, inédit.

Une opération de *testing* par téléphone avait été organisée par la Fédération nationale des maisons des potes (il s'agit d'un réseau d'associations de quartier) pour tenter de mettre à jour des pratiques discriminatoires imputées à une société dans le recrutement de son personnel. À l'initiative de cette association, une information contre X a ensuite été ouverte du chef de discrimination raciale. La chambre d'instruction a toutefois confirmé l'ordonnance de non-lieu rendue par le juge d'instruction dans la mesure où les propos enregistrés à l'occasion du *testing* révélaient selon elle la bonne foi des employés de la société et n'étaient pas la manifestation d'une politique de discrimination à l'embauche. Ce constat était en outre confirmé par les déclarations préalables à l'embauche et les contrats de travail remis au cours de l'enquête dont il résultait que la société mise en

cause employait, de façon habituelle, depuis de nombreuses années, quels que soient les gérants, des salariés de nationalité étrangères titulaires d'une carte de séjour représentant la moitié de son personnel.

Le pourvoi formé par la partie civile est à son tour rejeté par la chambre criminelle, qui considère que les juges du second degré ont suffisamment exposé les motifs pour lesquels ils ont estimé qu'il n'existait pas de charges suffisantes contre quiconque d'avoir commis le délit de discrimination raciale.

4°/- Droit social (F.G.)

A – Discrimination sexuelle

Cour d'appel Orléans, Chambre sociale, 23 Avril 2015 n° 14/00500

L'arrêt de la Cour d'appel d'Orléans illustre la difficulté de la preuve des discriminations subies dans les carrières par les femmes, lorsqu'elles font valoir que leur carrière s'est déroulée avec moins de célérité que celle de leurs collègues masculins (ce qui est le plus souvent exact).

En l'espèce, la salariée faisait valoir que la totalité des postes de direction de l'entreprise était occupée par des hommes. La Cour estime que « le fait que les postes à responsabilité de l'entreprise soient occupés par des hommes est insuffisant à laisser supposer l'existence d'une discrimination », la salariée ne justifiant pas avoir « sollicité une promotion et encore moins d'avoir été écartée de l'accès à un poste supérieur en raison de son sexe ». L'assertion pouvait cependant paraître discutable. A ce stade du raisonnement, les règles de preuve auraient dû conduire à un rejet de la demande. La Cour poursuit néanmoins le soin d'examiner les justifications de l'entreprise, jugées suffisantes. En premier lieu l'absence de politique discriminatoire aux autres niveaux de l'entreprise : « la part des femmes dans l'encadrement progresse régulièrement chaque année ce qui permet d'exclure toute politique de discrimination dans l'entreprise ». En second lieu, la place propre de la salariée, au sein de l'encadrement : « les postes de directeurs sont occupés par des salariés ayant de nombreuses années d'ancienneté dans l'entreprise qui ont fait les preuves de leur compétence et de leur investissement au service de l'entreprise alors que Madame L. n'avait que 3 ans d'ancienneté et dirigeait une agence de moins de 10 salariés ».

La salariée est donc déboutée. Outre un certain relâchement dans l'utilisation des règles de preuve et l'examen des justifications de l'entreprise, l'arrêt montre la difficulté pour les salariées de faire la preuve des discriminations de carrière, quand bien même les statistiques montreraient assez ouvertement le peu de cas que l'entreprise fait de ces questions. La salariée ne disposait sans doute pas d'assez d'éléments de comparaison précis de sa situation par rapport à celle des autres salariés de l'encadrement disposant d'une ancienneté et de responsabilités comparables.

L'arrêt reflète à la fois les difficultés de preuve des discriminations dans la carrière féminine malgré le « plafond de verre » auquel se heurtent les femmes. Les décisions de justice sont plus souvent promptes à accueillir les justifications des différences qu'à promouvoir des pratiques moins inégalitaires.

B - Discrimination en raison de l'âge

Cass. Soc., 15 Avril 2015, n° 13-18849, inédit

Cass. Soc., 17 Mars 2015, n° 13-27142

Les discriminations en raison de l'âge posent des questions redoutables d'application, tant les mesures des entreprises ou des politiques de l'emploi prennent leur source dans la différenciation des âges des salariés, que ce soit dans les mécanismes spécifiques d'insertion des plus jeunes ou des plus âgés dans l'emploi ou des politiques excluant des salariés du marché du travail, par le recours à des limites d'âge ou la mise à la retraite.

La Cour de justice de l'Union européenne admet que des mesures d'âge, telle que la mise à la retraite à l'âge de 65 ans, peuvent être justifiées par un objectif légitime relatif à la politique de l'emploi et au marché du travail, notamment lorsqu'elle est destinée à favoriser l'embauche d'autres travailleurs (CJUE, 16 octobre 2007, Félix Palacios de la Villa, Aff. C-411/05). Cependant, il revient à l'Etat de montrer de le caractère justifié et proportionné de telles mesures. Tel est le cas de mesures qui limitent le recrutement au-delà d'un certain âge (entre 30 et 35 ans pour certaines professions), qui peut être justifié pour les pompiers (CJUE, 12 janvier 2010, Wolf, Aff. C-229/08), mais non pour des agents de police locale, qui ne nécessitent pas toujours des capacités physiques exceptionnellement élevées (CJUE, 13 novembre 2014, *Mario Vital Pérez*, Aff. C-416/13)².

Deux aspects de ces mesures d'âges sont abordés dans les deux arrêts signalés : la situation des salariés âgés licenciés dans le cadre d'opérations de licenciement pour motif économique (Cass, Soc. 15 Avril 2015 n° 13-18849, inédit) et celle d'opérations de gestion de la main d'oeuvre conduisant à octroyer des avantages aux jeunes recrutés afin de favoriser leur insertion sur le marché du travail (Cass, Soc. 17 Mars 2015, n° 13-27.142).

Dans la première espèce, la mesure discutée devant la Cour de cassation concernait un plan de sauvegarde de l'emploi qui octroyait aux salariés licenciés de moins de 60 ans une prime de 10.000 €, dont étaient exclus les plus de 60 ans au motif qu'ils pouvaient faire valoir des droits à retraite. La Cour de cassation, relevant la différence de situation entre les salariés au regard du droit à bénéficier des pensions de retraite, estime sans trop s'en expliquer que la différence de traitement était « objectivement et raisonnablement justifiée par un objectif légitime d'équilibre entre les salariés qui ne bénéficiaient pas des mêmes avantages après la perte de leur emploi et que les moyens employés pour réaliser cet objectif étaient appropriés et nécessaires ». C'est ce simple « équilibre », relatif à la détermination des compensations, qui trouve sa racine dans une forme d'équité, qui permet à la Cour de légitimer ce genre de mesure. On pourra se demander si cette justification est suffisante pour appréhender correctement la question des discriminations par l'âge dans ces opérations de réduction d'effectifs. Les PSE restent massivement un moyen de faire partir en priorité les salariés les plus âgés, qui peuvent prétendre soit à des pensions de retraite soit à des allocations de chômage jusqu'au moment où ils pourront y prétendre. Sans se prononcer sur cet aspect, la Cour de cassation se contente d'aborder la question sous l'angle d'une égalité arithmétique entre les salariés licenciés qui pourront prétendre à des avantages de retraite et les autres, dont la situation économique sera plus précaire, mais qui pourront bénéficier d'une prime spécifique. Peut-on réellement prétendre appréhender la question des discriminations par l'âge à travers cette dimension excessivement étroite ? La comparaison ne devrait-elle pas prendre en compte, outre la situation des salariés licenciés entre eux, celle des

salariés qui demeurent dans l'entreprise et se prononcer sur le choix des salariés qui quittent l'emploi ?

La solution adoptée par la Cour de cassation semble néanmoins aller dans une direction comparable à celle adoptée par la CJUE (voir en dernier lieu CJUE 26 février 2015, *Ingeniørforeningen i Danmark*, Aff. C-515/13)³. Celle-ci estime que la limitation des droits des salariés licenciés qui peuvent prétendre à des avantages de retraite est objectivement et raisonnablement justifiée par un objectif légitime relatif à la politique de l'emploi et du marché du travail et, qu'elle constitue un moyen approprié et nécessaire pour la réalisation de cet objectif, dès lors qu'elle n'impose pas aux salariés de « devoir accepter une pension de vieillesse d'un montant réduit, entraînant une perte de revenus significative à long terme ». Encore faudrait-il pouvoir le vérifier concrètement, certains salariés à l'âge de 60 ans (ou aujourd'hui 62 ans) étant très loin de pouvoir prétendre à une pension de retraite à taux plein.

Le second arrêt pose la question de la manière dont les mesures d'équilibrage des pyramides d'âge peuvent être rendues compatibles avec la prohibition des discriminations par l'âge. Un pacte intergénérationnel avait été conclu par les écoles de ski françaises avec les syndicats représentant les moniteurs de ski, permettant de mieux intégrer les nouveaux embauchés en leur octroyant davantage d'heures de travail, ce qui favorise leur titularisation. En échange de cette promotion des jeunes recrutés, les moniteurs de ski âgés de 62 à 67 ans se voyaient réduire leur activité. La Cour d'appel avait estimé que ce dispositif ne constitue pas une discrimination en raison de l'âge. Sa motivation, manquant de netteté, paraissait mêler sans rigueur de raisonnement une multitude de signes permettant d'écarter la discrimination : l'absence de condamnation du dispositif par le défenseur des droits qui en avait été saisi, la compensation des désavantages au profit des moniteurs de plus de 67 ans qui se voyaient reconnaître une validation de certains trimestres au régime d'assurance vieillesse, la recherche d'une forme physique adaptée, la réponse aux besoins de la nouvelle clientèle à la recherche de nouveaux sports de glisse, la qualité de l'enseignement, etc. Argumentation particulièrement malhabile, car elle combine des niveaux d'analyse différents et avance des arguments qui peuvent être vus comme directement discriminatoires ou reflétant l'expression de préjugés à l'égard des salariés âgés.

La Cour casse cette décision pour violation de l'article 6-1 de la directive 2000/78/CE et L. 1133-2 C. trav. Elle rappelle le cadre formel dans lequel doit s'inscrire le raisonnement, qui doit porter à la fois sur la finalité de la différence pratiquée et sur la proportionnalité des moyens aux fins recherchées. Elle énonce en premier lieu qu'il revient aux juges de rechercher si la mesure contestée était « objectivement et raisonnablement justifiée par un objectif légitime d'intérêt général, tenant notamment à la politique de l'emploi, au marché du travail ou à la formation professionnelle ». En l'espèce, elle relève que ne saurait relever d'une telle justification la satisfaction de désirs (potentiellement discriminatoires) de la clientèle. Du côté de l'appréciation de la proportionnalité, elle indique qu'il faut apprécier si les moyens pour réaliser cet objectif sont « appropriés et nécessaires ». La Cour d'appel avait ici aussi fait preuve de légèreté en n'appréciant pas si la garantie d'activité minimale bénéficierait exclusivement aux jeunes moniteurs.

L'arrêt de la Cour de cassation semble vouloir intégrer les exigences du contrôle de la justification des différences prônée par la CJUE en promouvant le respect formel des argumentaires exigés.

La cassation pour violation des normes anti-discriminatoires et non pour simple manque de base légale (qui était ici envisageable) montre un souci de fermeté de la Cour de cassation dans le contrôle des arguments avancés : certains arguments, comme ceux des exigences de la clientèle ne sont pas admissibles comme justification de ces discriminations.

Au-delà de cette rigueur de l'argumentation, on pourra se demander à travers la lecture de ces deux décisions si le cadre actuel du droit des discriminations en raison de l'âge permet véritablement de cerner le sens du contrôle juridictionnel exigé en la matière : quels sont les équilibres exigés entre les droits des salariés âgés et ceux des salariés plus jeunes ? La lecture des arrêts, qu'ils émanent de la Cour de justice ou de la Cour de cassation, ne permet pas de trancher la question. Il est vrai que cela devrait davantage revenir au législateur qu'au juge, mais les choix politiques en la matière sont loin d'être clairs. Le second arrêt pouvait poser une question adjacente : les partenaires sociaux, par accord collectif, sont-ils habilités à trancher ce type de débat en adoptant eux-mêmes les arbitrages entre les intérêts des salariés relevant des différents groupes d'âge ? La cassation de l'arrêt d'appel montre que la Cour de cassation, malgré la ferveur contemporaine pour le « dialogue social » n'entend pas les laisser seuls maîtres du jeu en garantissant la pleine application des normes anti-discriminatoires.

C – Discrimination fondée sur la religion

Cass. Soc., 9 Avril 2015 n° 13-19.855

Il est des questions difficiles à trancher que les juges ne sont sans doute pas fâchés de pouvoir renvoyer à la Cour de justice de l'Union européenne. Après les houles soulevées par l'affaire Baby Loup et les différents arrêts rendu par la Cour de cassation (Cass. Ass., 25 juin 2014, n° 13-28369, Cass. Soc., 19 mars 2013, n° 11-28845), la Cour a choisi de renvoyer à la CJUE une question portant sur une affaire relative au port du voile en entreprise. Elle concernait une consultante informatique, que son employeur détachait auprès d'entreprise clientes. Menaçant de rompre le contrat commercial, le client faisait valoir son refus que la prestation de service informatique soit exercée par une salariée portant un foulard islamique.

Le litige pose une question qui ne paraît pas si incertaine à résoudre du point de vue du droit européen des discriminations ni du droit français, tout en suscitant une interrogation particulière concernant les salariés détachés dans des entreprises clientes.

La question principale concerne celle des pratiques discriminatoires que les entreprises justifient par les exigences de la clientèle, réelles ou supposées : celles-ci ne sauraient jamais justifier une discrimination, faute de quoi les employeurs pourraient se contenter de relayer les préjugés les plus communs pour fonder des politiques discriminatoires. Cet aspect a déjà été perçu par l'avocat général dans l'affaire Feryn (CJUE 10 juillet 2008, Firma Feryn, Aff. C-54/07). Ses propos, cités dans l'arrêt commenté, faisaient valoir ainsi très clairement que l'affirmation d'un employeur, « selon laquelle les clients ne seraient pas favorablement disposés à l'égard d'employés d'une origine ethnique déterminée est totalement dénuée de pertinence pour la question de l'application de la directive 2000/43 ». Un certain nombre d'affaires relatives aux discriminations raciales pourrait en attester aussi en droit français à l'instar de l'affaire dans laquelle le Moulin Rouge avait été condamné à la suite de l'action de SOS Racisme pour avoir refusé d'embaucher des

salariés noirs en salle, en prenant prétexte des préférences de la clientèle (Trib. Corr. Paris, 22 novembre 2002).

En ce qui concerne plus particulièrement la question du licenciement pour port d'un voile dans l'entreprise pour raison religieuse, la question de l'opinion de la clientèle est souvent mise en avant par les entreprises qui souhaitent ne pas affecter sur des postes de vente des salariées voilées (cf. par exemple Cour d'appel de Reims, Chambre sociale, 3 Mars 2004, N° 02/02428 pour une démonstratrice de grand magasin). Sans accepter complètement l'argument, les décisions de justice connues semblent souvent le prendre en compte dans leur évaluation de la légitimité des mesures de l'employeur. Le contrôle actuel de ces mesures par les juges vise en effet à déterminer, en application de l'article L. 1121-1 C. Trav., si les restrictions à la liberté du salarié de manifester ses convictions religieuses sont justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché (cf. Cass. Ass., 25 Juin 2014, prec.). L'appréciation de la nature de la tâche à accomplir conduit à prendre en considération les attentes raisonnablement prévisibles de la clientèle. Des emplois en contact avec le public n'appellent alors pas la même appréciation que lorsque le salarié travaille de façon isolée. C'est d'ailleurs ce qu'avait estimé – nous-semble-t-il à juste titre – la Cour d'appel de Paris dans l'affaire présente. Elle fait valoir que le but poursuivi par l'entreprise (réaliser son objet social en fournissant à ses clients des produits, des prestations ou des services leur donnant satisfaction) exigeait de « tenir compte de la diversité des clients et de leurs convictions ». La Cour estime que l'exigence était proportionnée au but recherché, dès lors que la restriction à la manifestation des convictions religieuses était « seulement limitée aux contacts avec la clientèle » et non aux propres locaux de l'employeur. Il resterait à apprécier si le refus porté par le client, formulé en terme très généraux, n'est pas le simple reflet de préjugés dès lors qu'il se base, de façon générale sur la volonté « de ne pas gêner certains de ses collaborateurs ». L'hésitation est permise et la question n'est sans doute pas de celles qui sont les plus faciles à trancher pour les juges dans un contexte de surmédiatisation des affaires liées au port de vêtements religieux dans l'entreprise, l'école, l'université ou l'espace public. Aucune raison n'imposait en conséquence de poser une question préjudicielle à la Cour de justice, les juges nationaux, garants de l'application du droit de l'Union ayant pleinement compétence pour la trancher.

La particularité de l'espèce résidait cependant dans le particularisme des rapports de sous-traitance informatique dans lesquels le rapport de travail se dilue dans un rapport entre le salarié, l'entreprise prestataire et l'entreprise cliente. Sans assumer les responsabilités d'employeur, le client pouvait ainsi exiger certains comportements des salariés qui lui sont affectés, sous peine de rompre le contrat commercial qui le lie à l'entreprise prestataire. En toute logique, on devrait considérer qu'il revient à l'employeur, face à une demande potentiellement discriminatoire d'un client, d'assumer sa responsabilité d'employeur, en affectant sa salariée chez un autre client, ou à défaut de le pouvoir, de la licencier pour motif économique. L'employeur a cependant fait le choix ici de placer le débat sur le terrain disciplinaire : il estime que, la demande étant légitime, le refus de l'enlever le voile constitue une faute et la licencie de ce fait. La question est alors posée de savoir si cet exercice du pouvoir disciplinaire peut être justifié au nom d'une « exigence professionnelle essentielle » au sens de l'article 4-1 de la directive 2000/78 CE qui indique qu'une différence de traitement « ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des

conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée ». L'exigence formulée par un client pourrait-elle répondre à un tel critère ? Il semble assez improbable que la CJUE considère que la simple exigence du client soit considérée comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante » : en quoi l'emploi de consultant informatique pourrait-il par nature exclure tout port d'un vêtement religieux ? La Cour de justice ne pourra dès lors que renvoyer au juge national l'appréciation de la finalité et de la proportionnalité de la mesure disciplinaire adoptée.

La réponse fait donc peu de doute, mais l'objectif essentiel sur ces questions brûlantes était sans doute de « repasser la patate chaude » à la Cour de justice qui s'empressera de la renvoyer au juge national...

D - Discrimination fondée sur l'état de santé

C.A. Versailles Chambre 6, 5 Mai 2015, n° 14/02031

L'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 5 mai 2015 n'offre pas un véritable apport du point de vue de l'interprétation des normes relative aux discriminations mais livre une parfaite illustration des contentieux que permettent ces normes. Il s'agit ici d'une affaire de propos injurieux et discriminatoires dont la preuve était établie, ce qui ouvrait la voie à l'application de sanctions à l'encontre de l'employeur ; situation plutôt rare car les auteurs de discrimination tiennent rarement des propos explicites en public. Malgré le caractère flagrant de l'acte, les juges n'octroient qu'une faible indemnisation.

L'employeur avait, au cours d'une réunion avec le salarié (victime d'une rechute à la suite d'un accident du travail, et devenu invalide au niveau du pied) proféré des propos d'une rare délicatesse :

'José, ici ce n'est pas le club Med et je ne suis pas l'abbé Pierre ; je n'ai pas besoin de canards boiteux', ajoutant 'mettre un plâtre sur une jambe de bois ne sert à rien'. Les propos avaient été confortés par l'attestation d'un collègue et n'étaient pas contestés par l'entreprise.

La Cour estime l'assertion de l'employeur « particulièrement vexante et injurieuse, mais également discriminatoire, le handicap au pied de Monsieur T... étant grossièrement visé ». Elle fait en conséquence droit à la demande de réparation du préjudice moral, celui-ci étant « non négligeable, en raison de la période de fragilité [que le salarié] traversait après un long arrêt maladie, et de son vif souhait de retrouver son travail avec une prise en compte de son handicap ».

Il lui est donc alloué à titre de dommages et intérêts pour préjudice moral la somme de 5000 euro. Préjudice moral bien maigre si on le compare à celui des 45 millions attribués à Bernard Tapie dans l'affaire Crédit Lyonnais. Mais il est vrai que celui-ci avait su trouver les mots pour convaincre les juges de l'ampleur du sien, ce qu'il avait relaté à travers des propos illustrant aussi la créativité langagière en usage dans certains milieux d'affaires : « Quand ma femme passe une journée entière à chialer dans les chiottes parce qu'une multitude de personnes est en train d'ouvrir les placards pour regarder quel dentifrice j'utilise, ce n'est pas normal ! » (Rapport Cahuzac relatif au contentieux entre le Consortium de réalisation (CDR) et le groupe Bernard Tapie, A.N. N° 3296, 30 mars 2011) !

On évoque souvent dans ces litiges relatifs aux discriminations l'importance de la reconnaissance du statut des victimes. Il est toutefois des reconnaissances qui relèvent

davantage du mépris social que de la réparation au vu de la modicité des sommes allouées.

E – Arrêts signalés

La distinction entre discrimination syndicale et entrave à l'exercice aux fonctions syndicales : enjeux probatoires (Cass. Soc. 8 Octobre 2014, n° 13-16720, à paraître au Bulletin)

Dans un arrêt du 8 octobre 2014, la Cour de cassation rappelle que « la méconnaissance par l'employeur des attributions des institutions représentatives du personnel ne constitue pas en soi une discrimination syndicale au sens de l'article L. 1132-1 du code du travail ». La formule n'est pas une véritable surprise, même si elle n'avait pas été avancée jusque là : les conditions exigées pour sanctionner les comportements discriminatoires se distinguent de celles imposées pour sanctionner l'entrave. Un véritable enjeu probatoire se situe cependant derrière cette formule : le salarié qui peut prouver une entrave à l'exercice du droit syndical n'apporte-t-il pas là un indice important d'une discrimination laissant supposer une telle pratique ? En l'espèce le salarié avait montré les comportements répétés de l'employeur : non respect de l'obligation de réunir les délégués du personnel, non paiement d'heures de délégation, refus de communications d'informations... La cour de cassation cependant refuse d'en tirer une conséquence systématique du côté de la preuve des discriminations dans des simples pratiques d'entrave, et elle renvoie aux juridictions du fond, à leur pouvoir d'appréciation de ces faits : ils doivent, au-delà de l'existence de l'entrave, caractériser si ces faits peuvent permettre de présumer l'existence d'une discrimination.

Nullité des dispositions conventionnelles excluant les salariés licenciés pour inaptitude du bénéfice des indemnités de licenciement (Cass. Soc. 8 Octobre 2014, n° 13-11789, à paraître au Bulletin)

Les dispositions des conventions collectives demeurent parfois source de discriminations directes ou indirectes. La convention du personnel de la mutualité sociale agricole prévoyait ainsi une indemnité de licenciement dont étaient exclus les salariés licenciés pour inaptitude médicale à la suite d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle. Ne se contentant pas du constat de situations différentes tirées des motifs de licenciement différents, la cour de cassation indique qu'une telle pratique est discriminatoire. Elle indique qu'« en l'absence d'élément objectif et pertinent la justifiant, est nulle en raison de son caractère discriminatoire fondé sur l'état de santé du salarié, la disposition d'une convention collective excluant les salariés licenciés pour cause d'inaptitude consécutive à une maladie ou à un accident non professionnel du bénéfice de l'indemnité de licenciement qu'elle institue ». Son raisonnement n'est cependant pas plus explicite sur le régime juridique de cette prohibition des discriminations : la cour de cassation s'abstient notamment de la qualifier de discrimination directe ou indirecte, ce qui peut susciter des discussions ici. La prohibition des discriminations permet ainsi de promouvoir une règle de non-discrimination entre les salariés licenciés, quelle que soit la cause du licenciement.

Discrimination sexuelle : la question du périmètre de comparaison dans les anciennes entreprises du secteur public (Cass. Soc. 22 Octobre 2014, n° 13-16936, 1317209, à paraître au Bulletin)

Une jurisprudence déjà ancienne que les agents demeurés sous statut de droit public de la poste sont dans une situation différente des agents de droit privé, ce qui justifie des

pratiques salariales différentes (Cass. Ass. 27 février 2009, n° 08-40059, Bull. Ass. Plen. N° 2). Pour autant ces différences ne peuvent-elles pas conduire à des discriminations sexuelles indirectes lorsque de telles pratiques conduisent à des différences de rémunérations entre les femmes les hommes ? La Cour de cassation, dans un arrêt du 22 octobre 2014, paraît l'exclure définitivement. Elle commence par rappeler que « les agents employés par La Poste sous le statut de fonctionnaire ne se trouvent pas en ce qui concerne leur recrutement dans la même situation que les salariés de droit privé ». En conséquence, elle approuve le raisonnement suivi par une cour d'appel qui limitait les comparaisons aux seuls salariés de droit privé.

Néanmoins, elle accepte des comparaisons au sein du groupe des salariées de droit privé en comparant « la proportion de salariés masculins et féminins, engagés d'une part par contrats à durée déterminée et d'autre part par contrats à durée indéterminée », mais pour admettre l'absence de discrimination dès lors que « le pourcentage de femmes employées par contrat à durée indéterminée est supérieur ou en tous cas équivalent à celui des femmes engagées par contrat précaire ». Il en résulte que « la salariée n'établissait pas l'existence d'une pratique de La Poste ayant pour objet de privilégier l'embauche précaire pour les femmes et l'embauche stable pour les hommes ».

Cette position peut paraître quelque peu restrictive, dès lors qu'elle exclut de prendre en compte les pratiques de recrutement dans leur ensemble, et que par ailleurs elle paraît restreindre l'objet de la preuve aux seules de pratiques ayant pour but de privilégier des embauches stables masculines, sans s'enquérir des différences de traitement qui pourraient être pratiquées entre les différentes catégories professionnelles.

Preuve des inégalités de traitement (Cass. Soc. 3 Décembre 2014, n° 13-18966 - inédit)

Rappel des moyens procéduraux aux mains du juge dans un arrêt du 3 décembre 2014 : « il appartient au salarié qui invoque une atteinte au principe « à travail égal, salaire égal » de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de caractériser une inégalité de rémunération ; que lorsque le salarié soutient que la preuve de tels faits se trouve entre les mains d'une autre partie, il lui appartient de demander au juge d'en ordonner la production ; que ce dernier peut ensuite tirer toute conséquence de droit en cas d'abstention ou de refus de l'autre partie de déférer à une décision ordonnant la production de ces pièces »

Discrimination par l'âge : inapplication des règles relatives aux limites d'âge pendant les congés sabbatiques (Cass. Soc. 9 Avril 2015 n° 13-27550, à paraître au Bulletin)

Dans un arrêt du 9 avril 2015, la Cour de cassation énonce que les règles de l'article L. 421-9 du Code de l'aviation civile, qui, antérieurement à la loi du 17 décembre 2008 permettaient de licencier les pilotes au-delà d'une limite d'âge de 60 ans en cas d'impossibilité pour l'entreprise de proposer un reclassement dans un emploi au sol ou de refus de l'intéressé d'accepter l'emploi qui lui est offert ne peuvent recevoir application pendant un congé sabbatique. La suspension du contrat de travail pendant ces congés conduit en effet à ne pas rendre impossible le maintien du salarié dans l'entreprise au-delà de la limite d'âge.

Discrimination syndicale. Appartenir à une catégorie professionnelle identique ne signifie pas effectuer un travail de valeur égale (Cour d'appel de Paris Pôle 6, chambre 1, 8 Avril 2015, N° 13/10786)

Dans un arrêt du 8 avril 2015, la Cour d'appel de Paris énonce que « la seule appartenance à une même catégorie professionnelle n'implique pas une identité de situation en termes de rémunération ». En conséquence, « l'appréciation de la valeur du travail, comme instrument de mesure de la rémunération, ne peut être fondée sur le seul coefficient conventionnel ». Un salarié de la société Henkel France invoquait ici une discrimination syndicale par comparaison de son salaire avec la moyenne des rémunérations versées aux salariés de sa catégorie professionnelle déterminée par la convention collective. Une telle situation n'est pas une preuve de discrimination, ce dont on pouvait se douter, mais la Cour d'appel de Paris vient poser sous forme de règle qu'une telle différence ne peut constituer un élément laissant supposer l'existence d'une discrimination au sens de l'article L. 1134-1 C. Trav. Il ne pourrait constituer un tel élément qu'en conjugaison avec d'autres indices, de nature plus précise, telle que la comparaison avec la rémunération de collègues effectuant précisément un travail de valeur égale... ceci impose une collecte de preuves délicate pour les salariés avant même de pouvoir engager un litige sur les discriminations salariales.

Discrimination fondée sur la nationalité. La nécessité d'un titre de séjour pour bénéficier des fonds d'indemnisation des victimes ne constitue pas une discrimination fondée sur la nationalité (Cass. Civ. 2, 26 Mars 2015 n° 13-25046, à paraître au Bulletin)

On pourra désormais compter au nombre des décisions peu glorieuses permettant d'exclure de certains droits les étrangers en situation irrégulière un arrêt de la 2^e chambre civile du 26 mars 2015. La Cour de cassation y énonce que l'exclusion de ces personnes du bénéfice des fonds d'indemnisation au profit des victimes d'infractions pénales « repose sur une justification objective, en ce que la loi prévoit la nécessité d'un titre de séjour pour les ressortissants étrangers d'un Etat non membre de l'Union européenne, et raisonnable, dès lors qu'elle a pour but de préserver le système d'indemnisation des victimes d'infractions pénales qui repose sur la solidarité nationale ». Elle ne méconnaît donc pas l'article 14 de la CESDH.

Discriminations multiples : reconnaissance de discriminations dans le déroulement de carrière fondée sur l'état de santé, le handicap et les activités syndicales (Cour d'appel de Paris Pôle 6, chambre 7, 19 Mars 2015 n° 12/10164, 12/10370)

L'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 19 mars 2015 est assez rare en ce qu'il admet une discrimination fondée sur différents critères (handicap, état de santé, activités syndicales), s'agissant d'une discrimination dans le déroulement de carrière. Il illustre aussi très bien le caractère très indistinct de certaines formes de discriminations dont le motif n'apparaît pas clairement : la cour se contente d'indiquer que la discrimination provenait ici de « différents critères » cumulés.

Egalité de traitement. Le choix entre deux salariés dans une opération de promotion interne doit-il être justifié ? (Cass. Soc. 18 Mars 2015 n° 13-23102, inédit)

L'arrêt de la Chambre sociale du 18 mars 2015 pose une question très intéressante sans y apporter de réponse : peut-on invoquer une discrimination quand un employeur choisit un salarié contre un autre dans une promotion interne ? La question est le plus souvent laissée au pouvoir discrétionnaire d'évaluation des compétences reconnue à l'employeur. La Cour de cassation casse la décision de la cour d'appel qui y avait vu un favoritisme en faveur d'un salarié, constitutif d'une discrimination illicite. L'arrêt est cassé pour manque de base légale car l'employeur aurait dû justifier que son choix s'était fait de façon

objective. Décision intéressante car elle montre la possibilité d'exiger une justification des choix de promotions lorsque ceux-ci sont susceptibles d'être discriminatoires.

Cour d'appel de Paris, Pôle 6, chambre 10, 24 Février 2015, n° 10/09168

Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 24 février 2015 pourrait en être rapproché : elle découvre dans le traitement différencié d'un salarié (attaché de recherches cliniques chez Sanofi Aventis France) par rapport à la plupart de ses collègues comme une « atteinte à l'égalité de promotion professionnelle et de traitement des salariés ». Elle énonce que « si le bénéfice d'une promotion ne résulte pas d'un mécanisme automatique, le salarié peut légitimer analyser en une mesure discriminatoire le fait de se la voir refuser alors qu'il a, de fait, exercé cette fonction durant plusieurs années, et qu'il en a explicitement été jugé digne dès l'année 2000 ».

Ces affaires montrent que le droit des discriminations commence ainsi tranquillement à instiller sa logique propre face au pouvoir de l'employeur et autorisent un contrôle judiciaire sur les opérations de promotions interne, relevant d'un pouvoir discrétionnaire de l'employeur la plupart du temps.

Discrimination fondée sur l'état de grossesse : distinction des préjudices nés du harcèlement et de la discrimination (Cass. Soc. 3 mars 2015 n° 13-23521, à paraître au Bulletin)

L'arrêt du 3 mars 2015 de la Chambre sociale est un arrêt important. Pour la première fois, la Cour de cassation énonce clairement que « les obligations résultant des articles L. 1132-1 et L. 1152-1 du code du travail sont distinctes en sorte que la méconnaissance de chacune d'elles, lorsqu'elle entraîne des préjudices différents, ouvre droit à des réparations spécifiques ». En pratique, les faits de harcèlement et ceux de discrimination se confondent, le harcèlement étant inspiré de motifs discriminatoires, ou à l'inverse des propos discriminatoires étant partie de faits de harcèlement. En l'espèce, la salariée, pigiste, avait, à l'occasion de ses congés maternité, subi une forte diminution de ses activités rédactionnelles par suite de faits reconnus comme procédant à la fois de harcèlement et de discrimination. La Cour d'appel avait procédé à l'attribution globale d'une réparation matérielle compensant la perte d'activité et d'une réparation des préjudices moraux, sans distinguer ce qui provenait du harcèlement et de la discrimination. L'arrêt est cassé en ce qu'il ne permettait pas de réparer les conséquences du harcèlement : « l'atteinte à la dignité et à la santé de la salariée, ayant conduit à un état d'inaptitude médicalement constaté » n'avait pu être prise en compte. L'arrêt invite ainsi à distinguer avec plus de netteté non seulement les préjudices subis mais aussi les fautes commises, ce que font trop rarement les juridictions.

5°/- Droit européen

A – CJUE (I.O.)

1 – Egalité hommes-femmes

CJUE, Grde Ch., 14 avril 2015, *Fernandez c. Instituto Nacional de la Seguridad Social*, Aff. C-527/13

Saisie d'une question préjudicielle par une juridiction de Galice, la CJUE a été amenée à examiner si la loi espagnole définissant le mode de calcul de la pension d'invalidité permanente est conforme aux dispositions européennes, notamment celles concernant l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe ou sur les types de contrat de travail

(travailleurs à temps plein ou à temps partiel). Selon cette loi, « *les périodes pendant lesquelles n'a existé aucune obligation de cotisation (interruption de travail) sont intégrées en prenant en considération la base minimale de cotisation parmi celles applicables à chaque période, correspondant au nombre d'heures prestées en vertu du contrat à la date où cette obligation de cotisation a été interrompue ou a pris fin* ». Il en résulte qu'une interruption de travail suivant un emploi à temps partiel est affectée d'un coefficient réducteur proportionnel au nombre d'heures travaillées alors qu'une interruption suivant un emploi à temps plein n'est affecté d'aucun coefficient. Le litige à l'origine du renvoi préjudiciel trouvait son origine dans la contestation par une ancienne salariée, ayant exercé une activité à temps plein avant d'être employée à temps partiel puis cessé son activité professionnelle, du calcul du montant d'une pension d'invalidité.

L'une des questions posées à la Cour portait donc sur la conformité de la loi espagnole à l'article 4 de la Directive 79/7/CEE du Conseil, du 19 décembre 1978, relative à la mise en oeuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale. Les juges européens constatent d'abord que la disposition litigieuse ne comporte pas de discrimination directe fondée sur le sexe. Ils s'interrogent néanmoins dans un second temps sur l'existence éventuelle d'une discrimination indirecte fondée sur ce critère. Fidèle à sa jurisprudence en la matière (voir not. CJUE, 20 octobre 2011, *Waltraud Brachner*, C-123/10, §56) la Cour rappelle qu'il y a discrimination indirecte lorsque l'application d'une mesure nationale, bien que formulée de façon neutre, désavantage en fait un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes. Le tribunal espagnol a soulevé une question à cet égard parce que la disposition nationale en cause vise le groupe des travailleurs à temps partiel, lequel est, dans une large majorité, constitué par des travailleurs féminins. Cependant, après avoir examiné la pertinence des statistiques dont disposaient les juges, la Cour estime qu'« *elles ne permettent pas de considérer que le groupe de travailleurs défavorisés par la réglementation nationale en cause au principal est composé majoritairement de travailleurs à temps partiel et, en particulier, de travailleurs féminins* » (§32). Par conséquent, elle en déduit que la loi espagnole ne désavantage pas de manière prépondérante une catégorie déterminée de travailleurs, en l'occurrence ceux travaillant à temps partiel et, a fortiori, les femmes.

2 – Egalité de traitement et sécurité sociale des migrants

CJUE, Grde Ch., 11 novembre 2014, *Dano*, Aff. C-333/13

L'Allemagne peut-elle refuser le bénéfice d'une prestation spéciale non contributive à une ressortissante roumaine qui réside sur son territoire et qui est non active ? Etaient en cause dans cette question préjudicielle adressée à la CJUE les articles 20 et 21 du TFUE, l'article 24 de la directive 2004/38 (droit de séjour) et l'article 4 du règlement 883/2004 (coordination des régimes nationaux de sécurités sociales). Jusqu'à présent, s'agissant des prestations spéciales non contributives, la Cour n'avait qu'à statuer sur leur exportation et non pas sur l'égalité de traitement.

Dans sa décision la Cour confirme d'abord que les prestations spéciales non contributives rentrent bien dans le champ du règlement y compris pour l'application de l'égalité de traitement. Elle rappelle aussi que l'article 24 § 2 de la directive 2004/38 constitue une dérogation à l'égalité de traitement : l'État membre d'accueil n'est pas obligé d'accorder aux ressortissants d'un autre Etat membre le droit à une prestation d'assistance sociale pendant les trois premiers mois de séjour ou, le cas échéant, pendant la période de recherche d'emploi ; à l'exception des aides destinées à la recherche d'emploi. Quid des

ressortissants d'un autre Etat membre personnes qui séjournent dans un autre Etat au-delà de trois mois lorsqu'ils ne travaillent pas et ne sont pas en recherche d'emploi ? Leur droit au séjour est subordonné à la justification de ressources suffisantes afin que ces personnes ne deviennent pas une charge déraisonnable pour le système d'assurance sociale de l'Etat d'accueil. L'Etat d'accueil est en droit de refuser à ces personnes le bénéfice des prestations non contributives. Elles ne peuvent donc se prévaloir de ces prestations pour satisfaire la condition de justification de ressources suffisantes entourant le droit de séjour. Une solution contraire viderait de sa substance cette condition.

CJUE, 1^{ère} Ch., 18 décembre 2014, Walter Larcher, Aff. C-523/13

Un Autrichien qui a travaillé en Allemagne puis en Autriche et qui a été en préretraite progressive prétend obtenir une allocation pour retraite progressive en Allemagne. Cependant, la législation allemande prévoit que l'octroi d'une pension de vieillesse après préretraite progressive suppose que la préretraite progressive ait été effectuée en vertu des dispositions nationales de l'Allemagne et non pas en vertu de celles d'un autre Etat membre. Une question préjudicielle a été posée à la CJUE afin de savoir si une telle législation ne heurte pas le principe de l'égalité de traitement consacré à l'article 45, paragraphe 2, du TFUE et à l'article 3, paragraphe 1, du règlement n° 1408/71.

La Cour rappelle d'abord que le principe de non-discrimination formulé à l'article 3, paragraphe 1, du règlement n° 1408/71 a pour objectif de supprimer toute discrimination résultant des législations nationales qu'il s'agisse de discrimination directe, ostensiblement fondée sur la nationalité, ou indirecte entendue comme « *toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait à affecter davantage les ressortissants d'autres Etats membres que les ressortissants nationaux* » (§31) (reprise de l'arrêt CJCE, 18 janvier 2007, *Celozzi*, C-332/05, §23). Les juges européens précisent également qu'« *il n'est pas nécessaire, à cet égard, d'établir que la disposition en cause affecte, en pratique, une proportion substantiellement plus importante de travailleurs migrants [mais] il suffit de constater que cette disposition est susceptible de produire un tel effet* » (§33). En l'occurrence, ils constatent que la législation en cause met les travailleurs migrants, à l'instar de celui qui est concerné par l'instance en cours devant la juridiction allemande, dans une situation moins favorable que celle du travailleur qui a accompli toute sa carrière dans un seul Etat membre et y bénéficie de la préretraite progressive.

Une fois cette discrimination reconnue, il incombe aux juges d'apprécier la justification d'un tel dispositif. Conformément à une jurisprudence constante en la matière, la Cour vérifie que la loi allemande poursuit un objectif d'intérêt général, et qu'elle est propre à garantir la réalisation de celui-ci sans aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi. L'objectif est clair et légitime : assurer aux travailleurs qui en font la demande une transition vers la retraite dans les meilleures conditions possibles et, d'autre part, promouvoir l'embauche de chômeurs ou d'apprentis. Or, si la disposition litigieuse garantit la réalisation de cet objectif, elle va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ce but « *dès lors qu'elle exige que la préretraite progressive se soit déroulée exclusivement conformément à la loi allemande et exclue donc l'octroi d'une pension de vieillesse après préretraite progressive à des travailleurs ayant bénéficié d'une préretraite progressive régie par des dispositions en vigueur dans un autre Etat membre* » (§41). Les juges européens en concluent que cette disposition est contraire au principe de non-discrimination énoncé dans le règlement 1408/71.

3 – Discrimination en raison de l'âge

CJUE, 7^e Ch., 26 février 2015, *Ingeniørforeningen i Danmark*, Aff. C-515/13

Un ingénieur danois demandait que le versement de sa pension de retraite soit différé afin d'obtenir un montant plus élevé. Deux ans plus tard, la société qui l'employait lui notifie sa décision de le licencier. La société refuse de lui verser l'indemnité spéciale de licenciement prévue par la législation danoise, au motif que, conformément à cette même législation, le salarié éligible au bénéfice de la pension de retraite perd le droit à l'indemnité, même s'il continue à exercer une activité professionnelle et même s'il a demandé que le versement de sa pension soit différé. Recruté dans une nouvelle entreprise, l'intéressé a entamé une procédure afin d'obtenir l'indemnité spéciale de licenciement, faisant valoir que le refus de lui payer cette indemnité est contraire à la directive 2000/78 sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. Le tribunal danois a donc saisi la Cour d'une question préjudicielle à ce sujet.

Les juges commencent par caractériser l'existence d'une discrimination directe fondée sur l'âge. En effet, même si la disposition litigieuse ne fait référence à aucune condition d'âge, il n'en reste pas moins que la privation du droit à l'indemnité spéciale de licenciement concerne les salariés qui peuvent bénéficier, à la date de leur licenciement, d'une pension de retraite du régime général. Or, l'admission au bénéfice d'une telle pension est soumise à une condition d'âge minimal qui a été fixé à 65 ans pour les travailleurs nés avant l'année 1954.

Les justifications admises par l'article 6 de la directive recouvrent notamment les objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle. La Cour européenne admet la légitimité de l'objectif poursuivi par la disposition en cause : faciliter la transition vers un nouvel emploi des travailleurs les plus âgés qui disposent d'une ancienneté importante auprès du même employeur. Sur le terrain de la proportionnalité, les juges admettent la légalité de la mesure où, notamment, « *l'indemnité spéciale de licenciement est une indemnité unique correspondant à un, à deux ou à trois mois de salaire, une disposition telle que celle en cause au principal n'apparaît pas susceptible de causer une perte de revenus significative à long terme* » (§41). Pourtant, les juges européens ont relevé auparavant que la mesure en cause aboutit à priver de l'indemnité en cause des travailleurs licenciés qui veulent rester sur le marché du travail, au seul motif qu'ils pourraient, en raison notamment de leur âge, disposer d'une telle pension. Si, dans une affaire proche, cette considération avait amené la CJUE à relever une « *atteinte excessive aux intérêts des travailleurs* » (CJUE, Grde Ch., 12 octobre 2010, *Ingeniørforeningen i Danmark*, Aff. C-499/08, §47), elle estime en l'espèce que l'article 6 de la directive ne s'oppose pas à la disposition litigieuse.

CJUE, 2^e Ch., 28 janvier 2015, *Starjakob*, Aff. C-417/13

La décision rendue le 28 janvier 2015 s'insère dans une série d'arrêts concernant la rémunération des fonctionnaires autrichiens.

A l'origine, le problème résidait dans le régime des fonctionnaires autrichiens qui excluait les périodes de travail accomplies avant 18 ans pour le positionnement hiérarchique et la rémunération des fonctionnaires. Cette exclusion directement fondée sur l'âge avait été condamnée par la Cour sur le fondement de la directive 2000/78 du 27 novembre 2000 (CJUE, 3^e Ch., 18 juin 2008, *Hütter*, Aff. C-88/08). En réponse à cet arrêt, les périodes de travail accomplies avant 18 ans ont été intégrées au calcul de la rémunération mais le nouveau régime a de nouveau été condamné car le changement d'échelon pour les

fonctionnaires repositionnées prenait davantage de temps (CJUE, Grde Ch., 11 novembre 2013, *Schmitzer*, Aff. C-530/13).

L'arrêt du 28 janvier 2015 concerne un employé de chemin de fer autrichien. Le régime initial condamné est issu d'une loi de 1963. Est en cause la loi de 2011 censée remédier à la discrimination, c'est-à-dire à la non prise en compte des périodes d'apprentissage avant 18 ans. Dans la lignée de l'arrêt *Schmitzer*, la Cour affirme que la prise en compte de ces périodes pour le repositionnement dans la grille indiciaire ne saurait se doubler d'un allongement de la période requise pour l'avancement. S'agissant de la réparation de la discrimination, elle estime que le droit de l'Union n'exige que la suppression de la discrimination du dispositif législatif et non que la réparation de la discrimination passe par une compensation financière. En d'autres termes, le salarié n'est pas en droit d'exiger le salaire dont il aurait bénéficié en l'absence de discrimination.

La Cour devait se prononcer sur une autre question déterminante pour la réparation : le délai pour agir. Le délai de prescription court-il à partir du premier arrêt constatant la discrimination ? La Cour répond négativement dans la mesure où les arrêts rendus à titre préjudiciel en interprétation sont déclaratifs de droits et non pas constitutifs de droit. En conséquence, la prescription court depuis l'embauche.

CJUE, 2^e Ch., 21 janvier 2015, *Gerog Felber*, Aff. C-529/13

La justification d'une discrimination en raison de l'âge était encore au cœur de l'affaire présentée devant la CJUE. La mesure contestée était une disposition autrichienne qui ne prend pas en compte les périodes de formation suivies avant 18 ans pour le calcul de la pension de retraite des fonctionnaires. De telles périodes ne sont prises en compte que si elles se situent après 18 ans. Une fois la différenciation fondée sur l'âge établie, il restait pour la Cour à s'interroger sa justification.

Les juges relèvent que la réglementation contestée vise à « uniformiser la date de début de cotisation au régime de pension et, partant, le maintien de l'âge d'admission au bénéfice de la retraite » (§31). Là encore, en vertu de la large marge d'appréciation laissée aux Etats en la matière, la Cour opte pour une appréciation souple de l'objectif présenté par le gouvernement qu'il qualifie « d'objectif légitime de la politique de l'emploi » dans la mesure où il « permet d'assurer le respect du principe de l'égalité de traitement pour toutes les personnes d'un secteur donné et en rapport avec un élément essentiel de leur relation de travail, tel que le moment de départ à la retraite » (§32). Finalement, la mesure est jugée proportionnelle car il est impossible techniquement de cotiser au régime des fonctionnaires avant 18 ans ou de racheter les cotisations, les périodes de formation avant cet âge ne donnant pas nécessairement lieu à cotisation.

CJUE, 2^e Ch., 13 novembre 2014, *Mario Vital Perez*, Aff. C-416/13

N'est-on plus apte après trente ans à assurer le maintien de l'ordre ? Telle était, en somme, l'une des branches de la question préjudicielles à laquelle devait répondre la CJUE dans une affaire transmise par un tribunal espagnol. Une loi de 2007 de la Communauté autonome de la principauté des Asturies fixe un âge maximum de trente ans pour l'admission dans le corps de la police locale. Après avoir relevé que cette disposition constitue une différence de traitement directement fondée sur l'âge, la Cour en examine la compatibilité avec la directive 2000/78 sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. C'est d'abord au regard des dérogations au principe de non-discrimination en fonction de l'âge admises par l'article 4, paragraphe 1, de la directive que le juge exerce son contrôle : selon cet article, une caractéristique liée à l'âge doit constituer une « exigence professionnelle et déterminante ». Conformément au raisonnement qu'elle

avait emprunté quelques années auparavant à propos d'une limite d'âge relative au recrutement des pompiers (CJUE, Grde Ch., 12 janvier 2010, Wolf, Aff. C-229/08), la Cour admet que « *le fait de posséder des capacités physiques particulières peut être considéré comme une « exigence professionnelle essentielle et déterminante », au sens de l'article 4, paragraphe 1, de la directive 2000/78, pour l'exercice de la profession d'agent de la police locale* » (§41). Pour autant, la mesure est-elle proportionnée à l'objectif poursuivi ? Cela implique de savoir si la force physique est nécessairement liée à l'âge. Sur ce plan, la Cour se démarque de l'arrêt Wolf concernant les pompiers. Il avait été démontré que certaines tâches des pompiers requéraient des capacités physiques exceptionnelles qu'il n'était pas possible de posséder au-delà d'un certain âge. Or s'agissant des agents de police locale, la Cour estime que « *rien dans les éléments du dossier (...) ne permet d'affirmer que l'objectif de garantir le caractère opérationnel et le bon fonctionnement du corps des agents de la police locale exige de maintenir une certaine structure des âges en son sein, imposant de recruter exclusivement des fonctionnaires âgés de moins de 30 ans* » (§56). La Cour note encore que cette limite d'âge a été supprimée pour les policiers nationaux. Elle conclut donc au caractère disproportionnée de la mesure. La mesure ne peut pas non plus être justifiée au regard de l'article 6, c'est-à-dire de la politique de l'emploi et de la formation. Elle constitue donc une discrimination fondée sur l'âge contraire au droit de l'UE.

4 - Discrimination fondée sur l'orientation sexuelle (don de sang)

CJUE, 4^e Ch., 29 avril 2015, Léger, Aff. C-528/13

Saisie par la voie d'une question préjudicielle par le tribunal administratif de Strasbourg, la CJUE a eu l'occasion de se prononcer sur la conformité avec le droit de l'UE, et notamment au principe de non-discrimination, de l'interdiction pour les personnes homosexuelles masculines de donner leur sang. L'arrêté du 12 janvier 2009 fixant les critères de sélection des donneurs de sang établit en effet une contre-indication permanente au don de sang dans la situation d'un « *homme ayant eu des rapports sexuels avec un homme* ». La CJUE renvoie au tribunal administratif le soin d'apprécier si les données épidémiologiques présentées par le gouvernement, qui pointent une prévalence du VIH dans le groupe des hommes ayant eu des rapports sexuels avec des hommes, sont fiables et toujours pertinentes. Ensuite, elle reconnaît que l'exclusion de ces hommes est susceptible de comporter, à l'égard des personnes homosexuelles, une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle au sens de l'article 21, paragraphe 1 de la Charte des droits fondamentaux. Conformément à l'article 52, paragraphe 1 de la Charte, les juges rappellent que « *toute limitation de l'exercice des droits et des libertés reconnus par la Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel de ces droits et de ces libertés (...) [et que] des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et des libertés d'autrui* » (§52). En l'espèce, le juge s'interroge sur l'existence éventuelle de techniques (permettant un dépistage précoce du VIH), d'une part, et de méthodes (au moment de l'entretien individuel préalable au don), d'autre part, qui seraient moins contraignantes et toutes aussi protectrices de la santé des receveurs. Dans ce cas, l'exclusion des personnes homosexuelles du don de sang serait disproportionnée et constitutive d'une discrimination. Mais il renvoie au juge interne le soin de trancher la question...

B- Cour européenne des droits de l'homme (T.D.)

1 – Discrimination ethnique, discrimination à l'égard des minorités

Cour EDH, 3e Sect., 27 janvier 2015, *Ciorcan et autres c. Roumanie*, (déf), Req. n° 29414/09 et 44841/09

L'affaire *Ciorcan et autres* n'est pas la première concernant les violences faites aux Roms sur le territoire roumain (voir not. Cour EDH, 2nde Sect., 12 juillet 2005, *Moldovan et autres c. Roumanie*, Req. n° 41138/98 et 64320/01). Comme dans l'affaire *Moldovan et autres*, la police était elle-même à l'origine des graves violences perpétrées à l'encontre de nombreux Roms (intervention policière qui tourne mal dans un quartier habité en grande partie par ces derniers). Les requérants alléguent une violation des articles 2 et 3, ajoutant que l'enquête consécutive aux actes dénoncés avait été bâclée.

La Cour reconnaît une violation de l'article 2 en estimant que les moyens déployés par les forces de police, ayant occasionné de graves blessures, n'étaient pas justifiés par les mouvements de la foule à laquelle ils faisaient face. La violation de l'article 2 est également relevée s'agissant de l'enquête qui a suivi les violences policières, en raison des carences manifestes dans son déroulement. Sur l'article 3, les juges concluent à l'absence de violation de l'article 3 dans son volet substantiel, mais à une violation de son volet procédural. Il convient de remarquer que l'absence de violation au fond était en partie due aux carences de l'enquête relevées par la Cour.

Les requérants invoquaient ensuite la violation de l'article 14 : selon eux, leur appartenance à la minorité Rom avait motivé les violences policières à leur égard. Les juges relèvent en l'occurrence que les plaignants n'allèguent aucun fait attestant la motivation raciste des policiers : selon eux, la violence de l'intervention policière suffit à la caractériser. Il n'est donc pas été établi « *au-delà de tout doute raisonnable* », selon la formule consacrée de la Cour, que les agents de l'Etat ont agi au regard de considérations racistes.

Mais les juges n'en restent pas là. Les autorités de l'Etat ont de surcroît l'obligation de prendre toutes les mesures raisonnables pour découvrir s'il existait une motivation raciste et pour établir si des sentiments de haine ou des préjugés fondés sur l'origine ethnique ont joué un rôle dans les événements. C'est d'autant plus vrai, souligne la Cour, dans le cas de la Roumanie que les discriminations à l'égard des Roms sont rapportées par les instances internationales et les ONG. Ainsi, les juges constatent à nouveau des défauts dans l'enquête, une absence de questionnement sur l'ampleur de la mobilisation policière, sur l'existence d'éventuels précédents attestant une hostilité des chefs de police à l'égard des Roms. En définitive, ils retiennent à l'unanimité une violation de l'article 14 et des articles 2 et 3 dans leur volet procédural.

Cour EDH, 3e Sect., 17 février 2015, *Ion Bălășoiu c. Roumanie*, Req. n° 70555/10

C'est une affaire proche de la précédente : le requérant met en cause le gouvernement roumain après la mort de son fils en détention, suite à des mauvais traitements. Ne disposant pas des preuves que le décès du fils ait été causé par des violences policières, la Cour considère qu'il n'est pas établi « *au-delà de tout doute raisonnable* » que l'Etat est responsable de la mort du fils en raison de mauvais traitements qui lui auraient été infligés lors de sa garde à vue (§101). Les juges en concluent qu'il n'y a pas de violation de l'article 2. Le requérant situait sa requête également sur le terrain de l'article 3 : il alléguait que son fils avait fait l'objet de tortures et de mauvais traitements lors de

l'enquête menée par la police, et que ces sévices n'avaient pas donné lieu à une enquête effective et adéquate. Après avoir relevé plusieurs défaillances dans l'enquête, les juges concluent à la violation de l'article 3 dans son volet procédural. En revanche, n'ayant pas en leur possession des éléments de faits attestant la réalité des mauvais traitements, la Cour estime qu'il n'y a pas de violation matérielle de l'article 3. Les juges ne manquent pas de remarquer là aussi que c'est en raison de la piètre qualité de l'enquête que ces faits ne peuvent pas être avérés.

Le requérant ajoutait que les violences subies par son fils étaient motivées par son appartenance à la communauté Rom. Le juge, une nouvelle fois, rappelle que les autorités doivent prendre « *les mesures raisonnables, vu les circonstances, pour recueillir et conserver les éléments de preuve, étudier l'ensemble des moyens concrets de découvrir la vérité et rendre des décisions pleinement motivées, impartiales et objectives, sans omettre des faits douteux révélateurs d'un acte de violence motivé par des considérations de race* » (§135) (Voir dans ce sens : Cour EDH, 3^e Sect., 24 juillet 2012, B.S. c. Espagne, Req. n° 47159/08, § 67). Enfin, la Cour rappelle qu'il incombe au Gouvernement de produire des preuves établissant des faits qui fassent peser un doute sur le récit de la victime. A la question de savoir si dans le cas d'espèce les violences étaient motivées par le racisme, les juges répondent par la négative. D'abord, parce que le requérant n'avait pas soulevé ce moyen dans sa plainte initiale, mais également parce que les témoignages qui faisaient état de mauvais traitements ne mentionnaient pas d'insultes racistes. La cour en déduit que les procureurs et juridictions intervenus dans l'affaire ne disposaient pas d'éléments suffisants pour orienter leurs recherches sur l'existence éventuelle d'un mobile raciste, et décide donc à l'unanimité qu'il n'y a pas de violation de l'article 14 combiné avec l'article 3.

Cour EDH, 1^{ère} Sect, 19 février 2015, Mileusnić and Mileusnić-Espenheim c. Croatie, Req. n° 66953/09

Les juges européens ont eu à connaître des conséquences du conflit armé qui a sévi au début des années 90 en Croatie. Des membres de la famille des requérants, Croates d'origine serbe, avaient été tués à leur domicile par des hommes armés en uniforme de l'armée croate. En se fondant sur les articles 2 (droit à la vie) et 14 (interdiction de la discrimination), les requérants soutenaient que les autorités n'avaient pas pris de mesures appropriées pour enquêter sur le décès de leurs proches et pour traduire en justice les meurtriers ; ils affirmaient de surcroît que leurs proches avaient été tués parce qu'ils étaient de souche ethnique serbe. Alors qu'un premier procès pénal avait abouti en 1992 sur un non-lieu, le second procès pénal ouvert à la suite d'une plainte des requérants en 2008, a entraîné pour quatre suspects l'inculpation de crimes de guerre contre la population civile. Finalement, les charges retenues contre deux des suspects furent abandonnées tandis que les deux autres furent reconnus coupables des chefs d'inculpation retenus contre eux et condamnés, respectivement, à dix et neuf ans d'emprisonnement par un arrêt de la Cour suprême rendu en mars 2013.

La Cour rappelle que l'article 2 impose aux Etats des obligations positives d'ordre procédural, l'Etat ayant notamment le devoir de garantir, en cas d'atteinte au droit à la vie, une enquête indépendante, rapide et diligente, capable d'établir les faits pertinents et accessible au public et aux proches (dans le même sens, voir Cour EDH, 3^e Sect., 4 mai 2001, Hugh Jordan c. Royaume-Uni, Req. n° 24746/94, §§105-109). En l'espèce, prenant pour référence la plainte de 2008, les juges estiment que la durée de la procédure n'est pas excessive, que l'enquête a été convenablement menée et que les juges offraient des

garanties d'indépendance suffisantes. Par conséquent, la violation de l'article 2, dans son volet procédural, n'est pas retenue. Dès lors, l'allégation d'une violation de cet article combinée avec l'article 14 – les requérants mettaient en avant leur origine ethnique – est également écartée.

Cour EDH, 3^e Sect., 21 avril 2015, *Danis c. Roumanie*, Req. n° 16632/09

Une association de la minorité turque de Roumanie souhaitait présenter un candidat aux élections législatives de 2008. Mais elle ne remplissait pas la nouvelle condition introduite par une loi de 2008 : bénéficiaire du statut d'utilité publique. Cette nouvelle loi n'exigeait pas cette condition pour les élus en place : ainsi une autre association du même type que la requérante était pour sa part présumée représentative puisqu'elle disposait déjà d'un élu au Parlement, lequel pouvait renouveler automatiquement sa candidature.

La Cour saisie de l'affaire admet que les requérants ont fait l'objet d'une différence de traitement dans l'exercice de leurs droits électoraux protégés par l'article 3 du Protocole no 1 à la Convention en raison de l'adoption de la nouvelle loi électorale. La nouvelle loi électorale avait pour but de garantir le droit à une représentativité effective des organisations non encore représentées au Parlement et d'éviter les candidatures dépourvues de sérieux.

Il revient alors à la Cour d'apprécier la proportionnalité de la mesure ainsi adoptée. Les juges constatent d'abord qu'à l'occasion des élections précédentes de 2004 la requérante remplissait les conditions d'éligibilité requises par la loi électorale de l'époque puisqu'elle a pu présenter un candidat. Les juges en déduisent qu'« il ne saurait donc être reproché aux requérants de ne pas avoir prévu que, sept mois avant les élections de 2008, il leur serait demandé de remplir un nouveau critère, à savoir avoir mené des programmes ou des projets spécifiques pendant au moins trois ans » (§53).

En modifiant la législation électorale sept mois avant les élections parlementaires de 2008, les autorités n'ont en effet pas donné aux requérants l'occasion d'organiser leur activité afin de pouvoir se voir reconnaître le statut d'utilité publique. Il s'ensuit que ces derniers ont été placés dans une impossibilité objective d'obtenir ce statut et de satisfaire ainsi aux exigences de la nouvelle loi électorale.

Ainsi, la nouvelle condition d'éligibilité imposée aux requérants pour pouvoir présenter leur candidature aux élections parlementaires, à la différence des organisations des minorités nationales qui étaient déjà représentées au Parlement, s'analyse en une mesure disproportionnée par rapport au but légitime poursuivi.

Les juges estiment donc, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 14 combiné avec l'article 3 du Protocole n° 1 à la Convention.

2 – Discrimination fondée sur le sexe

Cour EDH, 2^e Sect., *Emel Boyraz c. Turquie*, Req. n° 61960/08

Cette décision concerne le licenciement d'une employée du service public – agent de sécurité dans une entreprise publique d'électricité – pour des raisons fondées sur le sexe. La requérante, Mme Boyraz, a travaillé comme agent de sécurité pendant près de trois ans avant d'être licenciée, en mars 2004, parce qu'elle n'était pas un homme et n'avait pas accompli le service militaire.

La Cour adopte son raisonnement habituel dans ce genre d'affaire : elle s'interroge dans un premier temps sur l'existence d'une différence de traitement puis, le cas échéant, apprécie la justification mise en avant par le gouvernement. En l'occurrence, le simple

fait que les agents de sécurité doivent travailler de nuit dans des zones rurales, utiliser des armes à feu et la force physique en cas d'agression, ne justifiait pas en soi, selon les juges européens, une différence de traitement entre les hommes et les femmes. De plus, les raisons du licenciement de la requérante ne reposaient pas sur son incapacité à assumer pareils risques ou responsabilités, puisqu'elle avait accompli sans difficulté particulière ce type de mission par le passé. La Cour considère que les juridictions internes n'ont pas apporté de justification à la nécessité de réserver aux hommes les postes d'agents de sécurité dans la succursale de l'entreprise publique d'électricité. Ainsi les juges décident, par six voix contre une, qu'il y a eu violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

3 - Discrimination fondée sur l'appartenance religieuse

Cour EDH, 4^e Sect., 7 octobre 2015, *Begheluri et autres c. Géorgie*, Req. n° 28490/02

Les requérants, quatre-vingt-dix-neuf ressortissants géorgiens, tous témoins de Jéhovah sauf un, ont fait l'objet de violences en Géorgie au début des années 2000. Les plaintes qu'ils ont déposées n'ont pas eu d'effet. La Cour européenne estime que les autorités de l'État ne sont pas parvenues à prévenir ces violences fondées sur des motifs religieux, ni à y mettre fin. Elle constate que des agents de l'État ont directement participé à des agressions commises contre des témoins de Jéhovah ou ont toléré des actes de violence perpétrés par des particuliers contre des membres de cette communauté religieuse. Ce faisant, les autorités ont créé un climat d'impunité qui a encouragé de nouvelles agressions dans tout le pays. La Cour souligne en outre la réticence des autorités à veiller à ce que les responsables de ces actes soient traduits en justice. En définitive, les juges retiennent une violation de l'article 3 pour un certain nombre de requérants (volet substantiel) et une violation de l'article 9 pour quatre-vingt-huit des requérants.

Au vu de l'ensemble des éléments dont elle dispose, elle estime établi que les diverses formes de violence exercées contre les requérants par des agents de l'État ou par des particuliers étaient motivées par une attitude hostile à l'égard de la communauté des témoins de Jéhovah, et que ce même état d'esprit discriminatoire constituait le motif principal du manquement des autorités à leur devoir de mener une enquête effective sur ces violences fondées sur des motifs. La Cour conclut donc à la violation de l'article 14 combiné avec les articles 3 (pour trente-deux d'entre eux) et 9 (quatre-vingt-huit).

Cour EDH, 2^e Sect., 2 décembre 2014, *Cumhuriyetçi Eğitim Ve Kültür Merkezi Vakfı c. Turquie*, Req. n° 32093/10

La requérante est une fondation à vocation culturelle, gérant de nombreux *cemevis* en Turquie, qui sont des lieux consacrés à l'exercice culturel des alévis, une branche minoritaire et hétérodoxe de l'islam. Selon les autorités nationales, suivies en ce sens par les juridictions internes, la confession n'est pas une religion et les *cemevis* ne sont pas des lieux de culte. Or, la jouissance d'un tel statut emporte plusieurs conséquences importantes dont la prise en charge des frais d'électricité par les fonds public.

Les juges européens reconnaissent d'abord que la fondation requérante, qui abrite un *cemevis*, se trouve dans une situation comparable à celle des autres lieux de culte pour ce qui est du besoin de reconnaissance juridique et de la protection de son statut. En outre, la décision en question réserve explicitement la prise en charge des frais d'électricité aux lieux de culte reconnus. Par conséquent, en excluant tacitement les *cemevis* de son champ d'application, la disposition en cause introduit une différence de traitement fondée sur la

religion. Les juges estiment que la différence de traitement dont la fondation requérante a fait l'objet n'a pas de justification objective et raisonnable. Le régime d'octroi de dispense du paiement des factures d'électricité conféré aux lieux de culte opérait donc une discrimination sur la base de la religion, et les juges décident à l'unanimité qu'il y a eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 9.

6°/- Défenseur des droits (T.G.)

A – Discriminations fondées sur le handicap

1 – Scolarisation

Décision MDE-2014-196 du 9 novembre 2014

Une enfant souffrant d'autisme a été orientée par la commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées vers trois institutions spécialisées qui, faute de places, n'ont pu l'accueillir. La famille a alors demandé la scolarisation de l'enfant auprès de l'Education nationale mais cela n'a abouti qu'à un accueil d'1h30 par semaine. Les parents ont donc exercé un référé liberté devant le Tribunal administratif afin qu'il enjoigne au recteur de prendre toutes les dispositions de prise en charge de l'enfant. Le TA a reconnu l'urgence mais non la carence grave de l'Education nationale de sorte qu'il n'existe pas selon lui d'« *atteinte grave et manifestation illégale aux libertés fondamentales* » de l'enfant⁴. Considérant cependant que le dossier ne révélait pas une impossibilité absolue à satisfaire l'obligation de résultat de prise en charge des enfants handicapés, la juridiction a, avant de statuer sur la requête, appelé en cause et sollicité l'avis du DDD.

La procédure a montré son efficacité puisqu'au cours de la procédure d'instruction menée par le DDD une place en institut médico éducatif a été trouvée pour l'enfant. Le DDD a donc déclaré sa mission sans objet.

2 – Emploi

a - Obligation d'aménagement raisonnable du poste de travail

Dans l'emploi privé

Décision MLD-2015-080 du 17 avril 2015

Le DDD a eu à traiter dans le cadre d'une réclamation individuelle le cas d'une salariée s'estimant victime d'une discrimination en raison de son handicap (déficience motrice des membres inférieurs) dans son activité professionnelle.

Depuis la date de son embauche en 2006 jusqu'en 2012, cette salariée a demandé à son employeur, conformément aux préconisations du médecin du travail, de nombreux aménagements de son poste de travail.

Ce dossier donne l'occasion au DDD de rappeler l'obligation qui pèse sur l'employeur, en vertu de l'art L. 5213-6 du code du travail⁵, d'aménager le poste du salarié handicapé grâce à « *des mesures appropriées afin de [lui] permettre d'accéder à un emploi correspondant à [ses] qualifications et de le conserver, sauf si ces mesures entraînent pour lui une charge disproportionnée* ». A défaut, l'employeur peut se voir reprocher une discrimination fondée sur le handicap.

Le DDD estime que, dans le cas d'espèce, l'employeur a manqué à ses obligations d'aménagement : temps de travail, horaires, fourniture de matériel. Ainsi n'a-t-il pas

répondu favorablement aux demandes de la salariée concernant l'aménagement de ses horaires afin de lui permettre de se rendre à ses séances de kinésithérapie sans démontrer l'impossibilité d'un tel aménagement. Il n'a pas non plus fourni le siège adapté à son handicap que préconisait le médecin du travail sans, là encore, donner de justifications de nature à convaincre le DDD. Le seul fait que ce fauteuil ergonomique livré en l'absence de la salariée placée en congé maladie a bénéficié à un autre employé n'est pas de nature à démontrer que l'employeur s'est acquitté de ses obligations. De même, la préconisation du médecin du travail de permettre à la salariée d'exercer à temps partiel s'est heurtée à un refus de l'employeur qui a considéré que l'emploi de gestion d'un portefeuille clients occupé par la réclamante n'était pas compatible avec un mi-temps thérapeutique. Le DDD reconnaît a priori d'un tel argument mais reproche le manque de preuve d'une telle impossibilité, plus exactement, le défaut de preuve de la charge disproportionnée qu'aurait constituée un partage d'un portefeuille clients entre plusieurs salariés à temps partiel. *A fortiori* le fait que la salariée se soit heurtée au même refus de passage à temps partiel après avoir été reclassée sur un poste de simple conseiller conduit le DDD à présumer l'existence d'une discrimination que l'employeur n'écarte pas par des éléments objectifs et propres au cas d'espèce. Enfin la même insuffisance de preuve est opposée à l'employeur s'agissant de son refus de mettre en place le télétravail. Si le DDD suit l'employeur sur le fait qu'une telle organisation du travail ne peut être mise en place dès la prise de fonction de poste (du fait de la nécessité de former l'employé sur place), il souligne à juste titre le manque de pertinence de cet argument dans le cas d'espèce, la salariée ayant déjà été formée.

En conséquence le DDD conclut à un manquement répété de l'employeur à son obligation d'aménagement de poste, recommande à l'employeur d'indemniser la réclamante du préjudice subi du fait de la discrimination et se propose, à défaut d'accord, de présenter ses observations devant le Conseil des prud'hommes dans l'hypothèse où il serait saisi par la salariée.

Décision MLD-2014-223 du 8 janvier 2015

Un travailleur non voyant a vu son contrat de travail à durée indéterminée rompu au cours de la période d'essai au motif – selon le réclamant – qu'il était accompagné d'un chien guide. Après avoir rappelé le principe général de non-discrimination dans l'emploi, en vertu duquel aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, en raison de son handicap⁶, le DDD précise la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation qui applique ces dispositions relatives au principe de non-discrimination à la période d'essai⁷. Dès lors le comportement de l'employeur est examiné à l'aune des obligations d'aménagement résultant de l'article L. 5213-6 du Code de travail. Aux yeux du DDD, les arguments tirés des exigences d'hygiène et de sécurité développés par l'employeur pour montrer le caractère non discriminatoire de la rupture de la période d'essai ne sont pas convaincants dans la mesure où avant le changement de direction ce problème n'avait jamais été soulevé. Et le DDD de mobiliser une jurisprudence canadienne⁸. L'intérêt de cette décision réside dans le raisonnement appliqué par le DDD pour établir la discrimination : il mobilise une jurisprudence du juge de l'Union européenne pour déduire du silence gardé par la société l'existence d'une discrimination⁹.

Il conclut donc la rupture du contrat de travail au cours de la période d'essai constitue une discrimination au sens de l'article L. 1132-1 du code du travail et recommande en conséquence à l'employeur de procéder à une juste réparation du préjudice du salarié, le

DDD précise qu'à défaut d'accord il présentera ses observations devant toute juridiction judiciaire compétente.

Dans la fonction publique

Décision MLD-2015-019 du 5 février 2015

Une professeure agrégée d'économie-gestion affectée dans l'enseignement supérieur n'étant plus en mesure d'enseigner en présentiel en raison de son handicap a demandé au rectorat de lui fournir un poste adapté. En dépit de l'obligation d'adaptation du poste qui pèse sur les employeurs publics comme sur les employeurs privés¹⁰, le rectorat a refusé au motif que la possibilité de solliciter un aménagement de leur poste de travail ou une affectation sur un poste adapté reconnue aux enseignants des premier et second degrés telle que prévue par un décret de 2007, relatif à l'adaptation du poste de travail de certains personnels enseignants, ne serait pas applicable aux enseignants affectés dans le supérieur. Le Tribunal administratif¹¹ a considéré au contraire qu'en sa qualité de professeure agrégée du second degré, elle pouvait s'en prévaloir. Fort de cette interprétation, le DDD en déduit que le refus opposé par le rectorat sans motif valable constitue une discrimination fondée sur le handicap de la réclamante. Il recommande donc le réexamen de la situation et l'indemnisation de la réclamante à hauteur des préjudices subis. Au-delà du cas d'espèce, le DDD demande de veiller à l'application du dispositif d'aménagement des emplois publics, en particulier tel qu'issu du décret de 2007, pour l'ensemble des enseignants du second degré quelle que soit leur affectation.

Décision MLD-2014-188 du 22 décembre 2014

Après avoir réussi l'examen professionnel d'attaché d'administration une fonctionnaire handicapée n'a pas été affectée à un poste correspondant et compatible avec son handicap qui exigeait notamment une souplesse d'horaires et l'absence de trajets prolongés dans les transports en commun. Elle a déposé une réclamation auprès du DDD se considérant victime d'une discrimination.

Il rappelle l'obligation incombant aux employeurs publics d'adopter les mesures appropriées pour permettre aux travailleurs d'accéder à un emploi correspondant à leur qualification, sauf dans l'hypothèse où cela occasionnerait des charges disproportionnées pour l'employeur¹². Et le DDD de préciser qu'en vertu de la directive n° 2000/78 du 27 novembre 2000 sur l'égalité de traitement le caractère proportionné s'apprécie notamment au regard « des coûts financiers » induits, en tenant compte de « la taille et les ressources financières de l'organisation » concernée. Il ajoute que cette obligation est une obligation de moyen renforcée¹³. Au regard des éléments factuels à sa disposition, l'Autorité administrative conclut que l'employeur public n'a pas justifié par des motifs légitimes le refus d'accès à l'emploi opposé à la réclamante, en particulier, il n'a pas démontré la charge disproportionnée qui aurait résulté de cet accès à l'emploi, de sorte que ce traitement est discriminatoire.

b - Licenciement discriminatoire

Décision MLD-2014-135 du 3 novembre 2014

Un salarié ayant été déclaré handicapé et inapte à son poste suite à un accident du travail a fait l'objet d'un licenciement pour inaptitude médicale. Il conteste en justice ce licenciement qui fait suite à une impossibilité de reclassement qu'il juge discriminatoire. Le Conseil des prud'hommes¹⁴ comme la Cour d'appel¹⁵ ont estimé, contrairement au DDD qui a fait des observations¹⁶, que l'entreprise a bien entrepris des recherches loyales et sérieuses en vue du reclassement du salarié. Par conséquent l'article L. 5213-6 du code du

travail obligeant l'employeur à prendre les mesures appropriées afin de permettre au travailleur handicapé de conserver un emploi correspondant à sa qualification a été respecté selon les juges du fond. A l'inverse le DDD a considéré que l'entreprise avait négligé de contacter certaines sociétés du groupe et de fournir l'ensemble des éléments constituant le profil de cet employé. Le licenciement pour impossibilité de reclassement n'est donc pas objectif, nécessaire et approprié et constitue dès lors à ses yeux une discrimination fondée sur le handicap.

3 – Participation à la vie démocratique

A la veille des élections départementales de mars dernier le DDD a rendu dernier un rapport thématique sur L'accès au vote des personnes handicapées.

Afin que les personnes handicapées soient des citoyens à part entière la loi de 2005 relative aux personnes handicapées dispose que les bureaux et les techniques de vote doivent leur être accessibles quel que soit le handicap, physique, sensoriel, mental ou psychique.

A l'occasion des élections municipales de 2014 il avait pourtant été saisi de 65 réclamations relatives à des difficultés d'accessibilité des bureaux de vote qui, certes, n'avaient pas empêché (sauf sans un cas) l'électeur de voter, mais qui avaient grandement compliqué l'exercice de ce droit (communication électorale, stationnement, transports, entrée du bureau de vote, absence d'instauration d'un QR code sur les bulletins). Le DDD était alors intervenu auprès des 51 communes concernées. Au-delà, il fait un certain nombre de recommandations telles que permettre à titre dérogatoire à la personne handicapée ayant des difficultés de déplacement à voter dans le bureau le plus proche de son domicile, augmenter le quota de places de stationnement réservées les jours de scrutin, prévoir un assesseur dédié à l'accueil des personnes handicapées ou encore mettre en place une signalétique adaptée.

B – Discriminations fondées sur le sexe

Alors que le projet de loi sur le dialogue social actuellement en discussion au Parlement remet en cause l'outil de mesure des écarts de rémunérations entre les femmes et les hommes¹⁷ le DDD s'est montré particulièrement attentif à cette question au sein de la fonction publique. Il a sollicité plusieurs études scientifiques sur les écarts de rémunération entre les hommes et les femmes dans les trois fonctions publiques¹⁸. Des écarts de 12 % sont à relever de façon globale dans la fonction publique contre 19 % dans le secteur privé. Plus précisément, cet écart s'élève à 16 % dans la fonction publique d'Etat, à 14 % au sein de la fonction publique hospitalière et à 8 % pour la fonction publique territoriale. Deux facteurs explicatifs de ces différences sont avancés. Le facteur structurel tout d'abord lié au fait que les populations de salariés hommes et femmes n'ont pas les mêmes caractéristiques individuelles liées aux salaires (diplôme, âge, temps de travail) ou n'occupent pas les mêmes emplois¹⁹. Ceci conduit à des différences de niveaux de rémunération. Ensuite, le traitement genré des carrières et des rémunérations se conjugue au premier facteur et aboutit à ce que ces écarts persistent en pratique malgré l'interdit des discriminations fondées sur le sexe dans l'emploi.

C – Discrimination fondée sur l'origine

Contrôle au faciès

Dans l'affaire dite des contrôles au faciès, treize requérants se considérant victimes de contrôles d'identité discriminatoires demandaient réparation du préjudice subi en appel, après avoir été déboutés en première instance. Le DDD a dans ses observations devant la Cour d'appel de Paris relevé trois problèmes principaux. Le DDD regrette tout d'abord l'absence de traçabilité des contrôles d'identité lorsqu'ils ne sont pas suivis de garde à vue ou de vérification d'identité. Il critique ensuite le refus d'appliquer les dispositions de la loi du 27 mai 2008 sur l'aménagement de la charge de la preuve du traitement discriminatoire opposé par le TGI en première instance, alors que la loi a simplement exclu la matière pénale. Il souligne enfin l'absence pour le justiciable de voie de recours effective contre de tels traitements dès lors qu'est exigé l'établissement d'une faute lourde de l'Etat sans aménagement de la charge de la preuve.

L'arrêt doit être rendu le 24 juin prochain.

Le sujet des contrôles d'identité est une préoccupation constante du DDD, au carrefour de l'ensemble de ses champs de compétence puisque couvrant à la fois les dysfonctionnements des services publics, la déontologie de la sécurité, les mineurs et les discriminations, qui avait donné lieu à la rédaction en 2014 d'un rapport²⁰

*

Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » (ADL) du CREDOF (pour s'y abonner) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme (RevDH) – Contact

NOTES

1. Pour rappel, l'extension consiste à rendre la convention applicable à l'ensemble des entreprises visées par son champ d'application professionnel et territorial.
2. Commentée ci-dessous.
3. Idem
4. TA Montpellier, Ord. 13 octobre 2014, n° 1404528.
5. « Afin de garantir le respect du principe d'égalité de traitement à l'égard des travailleurs handicapés, l'employeur prend, en fonction des besoins dans une situation concrète, les mesures appropriées pour permettre aux travailleurs mentionnés aux 1° à 4° et 9° à 11° de l'article L. 5212-13 d'accéder à un emploi ou de conserver un emploi correspondant à leur qualification, de l'exercer ou d'y progresser ou pour qu'une formation adaptée à leurs besoins leur soit dispensée. Ces mesures sont prises sous réserve que les charges consécutives à leur mise en oeuvre ne soient pas disproportionnées, compte tenu de l'aide prévue à l'article L. 5213-10 qui peuvent compenser en tout ou partie les dépenses supportées à ce titre par l'employeur.

Le refus de prendre des mesures au sens du premier alinéa peut être constitutif d'une discrimination au sens de l'article L. 1133-3. »

6. Article L. 1132-1 du Code du travail.

7. Cass. soc., 16 février 2005, n° 02-43402.

8. Le tribunal des droits de la personne de la province de Québec du 25 juillet 2013 (n° 455-53-000009-113) a condamné un centre de soins qui avait refusé à une massothérapeute non-voyante l'utilisation de son chien guide sur son lieu de travail, en raison notamment des allergies aux poils d'un employé, des odeurs et du manque d'espace disponible, considérant que le fait d'obliger une personne handicapée à laisser son chien guide à domicile ne pouvait constituer un accommodement ou aménagement raisonnable.

9. CJUE, 19 avril 2012, aff. C 415-10, Galina Meister contre Speech Design Carrier Systems GmbH : la Cour de justice de l'Union européenne a considéré que le silence d'un employeur ou son refus de se justifier sur les faits de discrimination allégués « peut constituer l'un des éléments à prendre en compte dans le cadre de l'établissement des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte ».

10. Depuis la loi du 11 février 2005 les employeurs publics sont, toute comme les employeurs du secteur privé tenus de prendre « les mesures appropriées pour permettre aux travailleurs d'accéder à un emploi (...) d'accéder à un emploi ou de conserver un emploi (...) sous réserve que les charges consécutives (...) ne soient pas disproportionnées ». Voir Article 6 sexies de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant sur les droits et obligations des fonctionnaires telle que modifiée par la loi n° 2005-102 du 11 février 2005

11. TA Cergy, 20 novembre 2014

12. Article 6 sexies de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

13. Se fondant sur CE 14 novembre 2008, n° 311312 : « Considérant que les dispositions législatives précitées imposent à l'autorité administrative de prendre tant les règlements spécifiques que les mesures appropriées au cas par cas pour permettre l'accès de chaque personne handicapée à l'emploi auquel elle postule sous réserve, d'une part, que ce handicap n'ait pas été déclaré incompatible avec l'emploi en cause et, d'autre part, que lesdites mesures ne constituent pas une charge disproportionnée pour le service ; que ces dispositions ne font pas obstacle à l'édition, pour le bon fonctionnement du service public, des obligations de portée générale qui fixent des conditions d'aptitude physique liées à l'exercice même de certains emplois ; »

14. Conseil des prud'hommes de Périgueux, 6 janvier 2014.

15. CA Bordeaux 28 janvier 2015, n° 14/00537.

16. Loi du 29 mars 2011.

17. Le projet de loi dispense les entreprises d'établir des diagnostics de l'égalité hommes-femmes, plus précisément le rapport de situation comparée institué par la loi Roudy de 1983 et qui oblige à établir un diagnostic de l'égalité dans l'entreprise (sur la base des salaires, accès à la formation, déroulement de carrière).

18. Etudes menées par les équipes d'Economix-Université Paris Ouest Nanterre, du Centre d'Etudes de l'Emploi et du CREM

19. On parle de ségrégation professionnelle pour décrire la concentration des femmes et des hommes dans des types et niveaux d'activité et d'emplois différents. Cette ségrégation recoupe largement les stéréotypes de genre, c'est-à-dire les qualités professionnelles attribuées aux femmes et aux hommes. Elle expliquerait 40 % des écarts.

20. Dès 2012, le DDD avait entrepris l'audition de différents acteurs (institutionnels, associatifs et syndicaux) et examiné des pratiques étrangères (Royaume-Uni, Etats-Unis, Canada), ce qui l'a conduit à établir en mai 2014 un rapport Relations police-citoyens et contrôles d'identité, rapport se voulant pédagogique dans lequel il préconisait l'identification des fonctionnaires effectuant

les contrôles au moyen d'un matricule (identification de nature à faciliter les réclamations), l'encadrement des palpations de sécurité dans le code de procédure pénale et dans celui de déontologie, dans un premier temps sous la forme d'une expérimentation.

RÉSUMÉS

La présente chronique couvre la période du 1er octobre 2014 au 30 avril 2015. Elle rend compte de la jurisprudence relative aux discriminations du Conseil constitutionnel, de la Cour de cassation, du Conseil d'Etat, de la Cour de justice de l'Union européenne, de la Cour européenne des droits de l'homme et mentionne également des décisions du Défenseur des droits (DDD). L'objectif poursuivi n'est pas de rendre compte avec exhaustivité des arrêts et des décisions en la matière mais de relever les plus significatifs.

AUTEURS

THOMAS DUMORTIER

Post-doctorant (Université de Paris Ouest Nanterre La Défense – CREDOF)

FRÉDÉRIC GUIOMARD

Maître de conférences en droit privé (Université de Paris Ouest Nanterre La Défense – IRERP)

TATIANA GRÜNDLER

Maître de conférences en droit public (Université de Paris Ouest Nanterre La Défense – CREDOF)

ISMAËL OMARJEE

Université de Paris Ouest Nanterre La Défense (UPOND) – CEJEC

MARC TOUILLIER

Maître de conférences en droit privé (Université de Paris Ouest Nanterre La Défense – CREDOF)