MINISTERE DU TRAVAIL MINISTERE DE LA JUSTICE MINISTERE DES DROITS DES FEMMES

RAPPORT SUR LES DISCRIMINATIONS COLLECTIVES EN ENTREPRISE :

LUTTER CONTRE LES DISCRIMINATIONS AU TRAVAIL :

UN DÉFI COLLECTIF

LAURENCE PÉCAUT-RIVOLIER

RAPPORTEUR : DAMIEN PONS

SOMMAIRE

	Pages
LETTRE DE MISSION	*7*
INTRODUCTION	*9*
1ERE PARTIE - LE CHAMP DE LA MISSION	*10*
1.1- Le champ inclus par la mission	*11*
1.1.1 - Le champ de l'entreprise	*11*
1.1.2 - Le champ de la discrimination	*11*
1.2- Les champs exclus de la mission	*12*
1.2.1 - Discrimination et égalité de traitement	*12*
1.2.2 - Discrimination dans les entreprises privées et discrimination dans le secteur public (contribution de G. Calvès)	*15*
2EME PARTIE - CONSTATS	*17*
2.1 Des raisons de s'intéresser à la discrimination collective en entreprise	*18*
2.2 Des discriminations collectives qui concernent en particulier certaines catégories de salariés	*18*
2.2.1 - Discrimination en raison du genre	*18*
2.2.2 - Discrimination liée aux origines	*21*
2.2.3 - Discrimination syndicale	*23*
2.2.4 - Discrimination liée à l'état de santé et au handicap	*25*
2.2.5 - Discrimination liée à l'âge	*25*
2.2.6 - Autres discriminations	*26*
2.3 – Des discriminations collectives le plus souvent d'origine « systémique »	*27*
2.4 - La lutte contre les discriminations et la performance de l'entreprise	*28*
Synthèse de la 2ème partie	*30*
3EME PARTIE - LES DISPOSITIFS EXISTANTS	*31*
3.1- L'égalité professionnelle : accords et désaccords	*32*
3.1.1 - Le mille-feuille des négociations sur l'égalité professionnelle	*32*
3.1.1.1- Les négociations de branche et professionnelle	*32*
3.1.1.2- La négociation d'entreprise : une obligation annuelle devenant triennale en cas	*34*

d'accord

3.1.2 – La sanction financière de l'article L. 2242-5-1 du code du travail *36*

3.2 - Le rapport de situation comparé : l'homme est-il la mesure de toute chose ? *38*

3.2.1- L'existant *38*

3.2.1.1 - Le rapport de situation comparée : 30 ans déjà ! *38*
3.2.1.2 - Distinction selon la taille de l'entreprise *39*
3.2.1.3 - Contenu du rapport *39*
3.2.1.4 - Présentation *39*
3.2.1.5 - Rôle de l'administration *40*
3.2.1.6 - Diffusion du plan d'action *40*
41

3.2.2- Les propositions faites à la mission

3.3 - La prise en compte des discriminations liées à l'âge : des seniors au contrat de génération *44*

3.4 - La prise en compte des discriminations liées au handicap *47*

3.4.1- L'insertion professionnelle des travailleurs handicapés *48*

3.4.1.1- Négociation obligatoire au niveau de la branche *48*
3.4.1.2- Négociation obligatoire au niveau de l'entreprise *48*
3.4.1.3- Obligation d'emploi et sanction *49*

3.4.2- La pénibilité *49*

3.5 - Les dispositifs concernant les mandats syndicaux *51*

3.6 - Faut-il renforcer le contrôle des conventions et accords collectifs? *53*

3.7 - Faut-il renforcer le pouvoir de sanction de l'autorité administrative? Le pouvoir de sanction de l'administration : faut-il le renforcer ? *55*

3.7.1- Sanction du fait discriminatoire *55*
3.7.2- Sanction afférente aux négociations collectives *56*

Synthèse de la 3ème partie *58*

4EME PARTIE - LES ACTIONS VOLONTAIRES DES ENTREPRISES *59*

4.1- Les actions volontaires pour lutter contre les discriminations à l'embauche *60*

4.1.1 les discriminations à l'embauche un phénomène inquiétant *60*

4.1.2 - L'absence de réponse unique (**fiches sur registre embauche et cv anonyme**) *61*

4.1.3 - Eléments de réponse *64*

4.1.3.1 - La publication de critères transparents de recrutement *64*

4.1.3.2 – Les pratiques de sensibilisation (fiches testing, et exemples de pratiques volontaires) 65

Sous-synthèse des constats sur la discrimination à l'embauche 67

4.2- Les actions volontaires pour lutter contre les discriminations dans le déroulement de la vie professionnelle 68

4.2.1 - La négociation collective volontaire : engagements de l'employeur pour que s'engagent ses équipes 68
4.2.2 - La labellisation 70
4.2.3- Les territoires d'excellence 71

Synthèse des constats sur les discriminations professionnelles 72

5EME PARTIE - LE ROLE DES INSTITUTIONS REPRESENTATIVES DU PERSONNEL ET DES ORGANISATIONS SYNDICALES 73

5.1 -Le rôle des institutions représentatives élues 74

5.1.1 - Le droit d'alerte des délégués du personnel 74
5.1.2 - La mission générale du comité d'entreprise 75
5.1.3 - Faut-il renforcer les pouvoirs du CHSCT ? 77

5.2 - Le rôle des organisations syndicales dans l'entreprise 77

5.2.1 - Les revendications que sont chargés d'exprimer les délégués syndicaux ainsi que, désormais, les représentants de section syndicale 78
5.2.2 - La participation à la négociation collective des organisations syndicales 78
5.2.3 - Le droit d'action en justice des organisations syndicales dans l'intérêt collectif de la profession qu'elles représentent 78

5.2.3.1 - L'action en défense des intérêts collectifs exercée à titre principal 79
5.2.3.2 - L'action en défense des intérêts collectifs exercée par ~~en~~ intervention à une action individuelle 79
5.2.3.3 - L'action en exécution d'une convention collective par les syndicats signataires de l'accord 79
5.2.3.4 - L'action en substitution 80
5.2.3.5 - La multiplication des actions individuelles 81
5.2.3.6 - L'action pénale 82
5.2.3.7 - Récapitulatif des différentes actions en justice et de leurs caractéristiques 83
5.2.3.8 – Modifier le cadre d'action des syndicats ? La proposition de la CGT 84

Synthèse du rôle des IRP et des organisations syndicales 85

6EME PARTIE - QUELLES SOLUTIONS POUR AMELIORER LA RESORPTION DES DISCRIMINATIONS COLLECTIVES ? 86

6.1 - Les pistes qui ne paraissent pas devoir être retenues 87

6.1.1 - Renforcer les obligations des entreprises en matière de négociation collective ou bases 87

de données
6.1.2 - Opter pour un système de discrimination positive 88
6.1.3 - Instaurer une *class action* 90

6.2 - Les problématiques qui appellent une réponse 92

6.2.1 - L'accès à la preuve 92

6.2.2 - Ensuite la difficulté du relais entre les acteurs 94

6.2.2.1 - Le défenseur des droits 94
6.2.2.2 - L'autorité administrative en charge de missions d'inspection du travail 95
6.2.2.3 - L'ANACT 96

6.3 - La nécessité d'une réponse collective à une situation de discrimination collective figée 97

7EME PARTIE - LES PROPOSITIONS DE LA MISSION 98

7.1 - Accès à la preuve 99

7.1.1 - L'anonymisation 99
7.1.2 – Le rôle du bureau de conciliation 100

7.2 - Action en justice collective 101

7.2.1 - Qui peut saisir la juridiction ? 101
7.2.1.1- Les organisations syndicales 101
7.2.1.2 - Les associations ? 101
7.2.1.3 - Les salariés à titre individuel ? 102
7.2.1.4 - Les autorités en charge de la discrimination ? 102
7.2.1.5 - Le procureur de la République 102

7.2.2 – Quelle juridiction saisir ? 102
7.2.3 - Quelle ouverture de saisine ? 102
7.2.4 - Quel rôle pour la juridiction saisie ? 103
7.2.5 - Que faire si les injonctions ne sont pas suivies d'effet ? 103
7.2.6 - -Le maintien des actions individuelles en réparation intégrale du préjudice subi 104

7.2.6.1 - La compétence naturelle du conseil des prud'hommes 104
7.2.6.2 - La suspension des actions individuelles? 105
7.2.6.3 - Les effets du jugement déclaratif sur l'action individuelle 105
7.2.6.4 - Nécessité de suspendre la prescription 105
7.2.6.5 – Nécessité d'écarter les effets de la règle de l'unicité de l'instance (contribution de M.Guiomard) 105
7.2.6.6 - Nécessité de régler la problématique récurrente des dossiers sériels (contribution de M.Lacabarats) 109

7.3 - Organiser la coordination entre les interventions des différents acteurs 110

7.3.1- Une autorité relais 110
7.3.2- Rôle transversal des acteurs 111

SYNTHESE GENERALE DU RAPPORT *113*

ANNEXES *115*

116

1. Tableau de droit comparé

120

2- Les textes principaux

3- Contributions des organisations syndicales *134*

CGT- FO- CFE/CGC- CFDT- CFTC

4- Liste des auditions. *162*

Liberté • Égalité • Fraternité
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

MINISTERE DU TRAVAIL, DE L'EMPLOI, DE LA FORMATION PROFESSIONNELLE ET DU DIALOGUE SOCIAL

GARDE DES SCEAUX MINISTERE DE LA JUSTICE

MINISTERE DES DROITS DES FEMMES, PORTE PAROLAT DU GOUVERNEMENT

Les Ministres

REF: CAB/EG/BB

Paris, le 30 OCT. 2013

Objet : Mission confiée à Mme Laurence Pecaut Rivolier

Madame le conseiller,

Depuis plus de quarante ans, le code du travail garantit l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes pour un travail de valeur égale (art. L 3221-2). La Cour de cassation a désormais une jurisprudence établie tant sur les règles de preuve applicables que sur la réparation à accorder au salarié victime d'une discrimination.

La loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations facilite, en son article 4, la preuve de la discrimination puisque la personne qui s'estime victime doit simplement apporter la preuve de faits laissant présumer l'existence d'une discrimination. Il appartient à l'auteur de ceux-ci de démontrer qu'il ne s'agissait pas de discrimination. Cette disposition a été reprise dans plusieurs articles du code du travail (art. L. 1134-1 sur les discriminations en général, L. 1141-1 sur l'égalité hommes-femmes).

Pour autant, la réalité est encore celle de la persistance d'inégalités fortes dans les salaires, notamment entre femmes et hommes. Si l'on tient compte des différences de statut d'emploi, d'expérience, de qualification et de secteur d'activité, il demeure un écart d'environ 9% des rémunérations entre les femmes et les hommes, qui ne peuvent s'expliquer que par des discriminations, qu'elles soient directes ou indirectes. Des discriminations salariales existent également pour d'autres motifs (âge, origine, etc…), même si elles ont été moins étudiées et documentées.

Les conseils de prud'hommes ont rendu ces dernières années des décisions importantes en matière de discrimination salariale notamment entre les hommes et les femmes. Cependant, ces décisions restent isolées dès lors qu'elles ne concernent que la relation entre un salarié et son employeur dans le cadre de l'exécution du contrat de travail.

Madame Laurence Pecaut Rivolier
Conseiller
Cour de Cassation
5, quai de l'Horloge
75055 PARIS

101 rue de Grenelle – 75007 PARIS – téléphone : 01 40 56 60 00
13 place Vendôme – 75001 PARIS – Téléphone : 01 44 77 60 60
35 rue Saint-Dominique – 75007 PARIS – téléphone : 01 42 75 80 00

Le code du travail permet pourtant à des associations et des organisations syndicales (L1134-2 et 3 du code du travail) d'agir pour la défense d'intérêts particuliers, éventuellement d'ailleurs plusieurs d'entre eux, et ce sans mandat exprès pour tout ce qui concerne les discriminations. S'il est donc possible d'agir de manière collective pour la défense d'intérêts individuels, il n'en demeure pas moins que cette action est rarement exercée.

Pour répondre à ces difficultés, certains pays anglo-saxons ont développé le recours à l'action collective (class action) dans le cadre du contentieux de l'égalité des rémunérations. Appliquée dans notre pays marqué par une culture juridique et contentieuse différente, l'extension du champ de l'action de groupe au contentieux de l'égalité de rémunération pourrait entraîner la remise en cause du rôle des organisations syndicales dans la conduite des actions collectives et mettre en péril les équilibres de cette juridiction paritaire.

Des solutions alternatives méritent donc d' être étudiées, notamment celles conduisant à renforcer les prérogatives de la juridiction prud'homale pour étendre la portée de sa décision, celles permettant de renforcer les pouvoirs de la juridiction dans la phase de mise en état du dossier, notamment dans la production des pièces nécessaires à la manifestation de la vérité, celles permettant d'améliorer la procédure visées à l'article L. 1134-2 et 3 précité ou encore celles permettant de faciliter la transmission des informations entre la Justice et les différents acteurs qui œuvrent dans le domaine de la discrimination: inspecteurs du travail, Défenseur des droits...

Nous vous demandons de bien vouloir expertiser ces différentes pistes pour apporter une meilleure réponse aux salariés qui, collectivement au sein d'une entreprise, peuvent être victimes de discrimination.

Vous conduirez votre mission en lien avec les directions concernées et notamment de la direction des affaires civiles et du sceau du ministère de la justice, de la Direction générale du travail du ministère du travail et du service des droits des femmes.

Vous consulterez également les partenaires sociaux.

Nous souhaitons recevoir vos analyses et propositions à la mi-décembre 2013.

Je vous prie d'agréer, Madame le conseiller, l'expression de mes sentiments respectueux.

Michel Sapin **Christiane Taubira** **Najat Vallaud-Belkacem**

INTRODUCTION

Par lettre du 30 octobre 2013, le Ministre du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, la Ministre de la Justice, garde des sceaux, et la Ministre des droits des femmes, porte parole du gouvernement, ont décidé la mise en place d'une mission ayant pour objet d'examiner les améliorations susceptibles d'être apportées dans la détection et le traitement des discriminations collectives dans le monde du travail.

Il s'est vite avéré, au fil des auditions, que l'objet de la mission comportait quatre écueils.

- Il était considéré par nombre de nos interlocuteurs comme un « épi-sujet » dans une société en proie aux difficultés économiques et aux inquiétudes quant à la place de la France dans le système compétitif mondial. La focalisation sur ce sujet n'aurait pour effet, si ce n'est pour objet, que de détourner l'attention de problèmes de fond bien plus complexes et bien plus vitaux pour notre avenir.

- Il reposerait sur un postulat de base contestable, à savoir l'existence même du concept de « *discrimination collective* », dès lors que la discrimination ne peut être qu'individuelle – certes parfois multi-individuelle-, mais en toute hypothèse en aucun cas collective.

- Il constituerait un sujet beaucoup trop restreint dans son approche. A l'heure des résultats alarmants pour l'enseignement français de l'enquête PISA, se borner à examiner le phénomène des discriminations collectives au sein des entreprises, privées qui plus est, pourrait apparaître comme une manière de focaliser sur un seul aspect absurdement réducteur par rapport à un phénomène social plus global à la source de profondes inégalités au préjudice de certaines catégories de personnes.

- Mais, à l'inverse, l'objet même de la mission embrasserait finalement des réalités bien trop disparates : comment comparer une discrimination en raison du sexe à la discrimination liée à l'âge, aux origines ou au handicap ? A trop vouloir privilégier une approche unique, ne risquerait-on pas finalement d'occulter des réalités spécifiques, et de ne proposer que des solutions théoriques et générales, donc inadaptées aux enjeux propres à chacune des catégories de la population victimes de discrimination ?

Face à cette série de questions, la mission a jugé utile d'auditionner le plus grand nombre possible d'acteurs et de « sachants ». Elle a recherché les approches les plus diverses et les plus éclairées. Les auditions, parfois vives, ont toujours été extrêmement riches et pertinentes, souvent suivies d'un temps de maturation permettant de préciser certains aspects évoqués oralement.

La mission a pu heureusement bénéficier du concours de celles et ceux qui, tout en exprimant des options diverses tant quant au diagnostic que quant aux solutions envisageables, ont à cœur d'assurer la cohésion de notre société et de donner vie aux valeurs qui fondent la République.

Que tous ceux qui ont bien voulu participer à ces travaux en soient vivement remerciés. Ils en trouveront, je l'espère, des traces visibles dans ce rapport

Finalement, les conclusions auxquelles parvient la mission se sont imposées comme une évidence à partir de ces échanges qui, bien que parfois opposés dans leur approche, se sont révélés convergents dans leurs constats. Entre les réactions individuelles très présentes dans le monde du travail face au phénomène de la discrimination, et la nécessité de réactions collectives lorsqu'il y a défaillance, une complémentarité s'est imposée, qui serait seule à même de permettre de rendre efficace le dispositif de lutte contre les discriminations collectives dans le monde du travail.

1ERE PARTIE

LE CHAMP DE LA MISSION

1-1- Le champ inclus par la mission

En 2013, plusieurs études ont montré que malgré tous les efforts, la discrimination collective persistait dans le monde du travail, et même que, dans certains domaines, son taux progressait, sans que les outils conçus pour y répondre ne soient suffisants ou suffisamment utilisés.

Des propositions de loi ont alors émergé, tant au Sénat qu'à l'Assemblée nationale, pour proposer la création d'une action de groupe en matière de discrimination collective au travail, et le gouvernement a souhaité qu'une étude soit menée sur ces propositions et sur les alternatives possibles.

Tel que résultant de la lettre signée par les trois ministres, le champ de la mission couvre l'ensemble des discriminations pouvant survenir dans le monde du travail. La mission est donc très large, mais doublement délimitée :

1.1.1- Le champ de l'entreprise

La recherche se cantonne au champ de l'entreprise, excluant ainsi toutes les discriminations pouvant survenir dans des situations non liées directement au monde du travail. On peut schématiser les situations de discrimination au travail selon trois groupes[1]:

- celles qui consistent à refuser d'employer des membres de minorités dans des emplois pour lesquels ceux-ci sont pourtant qualifiés ;

- celles qui consistent à les employer mais à des salaires faibles, ou exiger d'eux des qualifications supérieures quand ils sont embauchés aux mêmes salaires que les autres travailleurs ;

- celles qui consistent à prendre certaines mesures (sanctions, licenciement, ou à l'inverse promotion) en raison de l'appartenance du salarié.

Les discriminations dans le champ de l'entreprise constituent les trois quarts des situations de discriminations qui font l'objet d'actions en justice[2].

1.1.2- Le champ de la discrimination

En droit communautaire, comme en droit interne, la notion de discrimination est très restrictive : elle ne peut que résulter d'un comportement en lien avec l'appartenance du salarié à une catégorie expressément visée par le droit du travail. Il est vrai que le nombre des catégories protégées n'a cessé d'augmenter, puisque les situations visées par l'article L.1132-1 du code du travail sont désormais au nombre de 19. Cependant, cette liste marque la frontière entre la discrimination prohibée et la différence de traitement qui ne l'est pas de la même façon.

---

1 Les deux premiers groupes sont répertoriés par Combarnous, *in Discrimination et marché du travail, concepts et théorie*, Centre d'économie du développement, Université de Bordeaux IV, 1994.

2 E. Serverin et F. Guiomard *Des revendications des salariés en matière d'égalité et de discrimination : les enseignements d'un échantillon d'arrêts extrait de la base JURICA (2007-2010)*, Rapport établi dans le cadre de la Mission de recherche Droit et Justice, 2013.

Les dix-neuf cas de discrimination en droit du travail

- l'origine ;
- le sexe ;
- les mœurs ;
- l'orientation sexuelle ;
- l'identité sexuelle ;
- l'âge ;
- la situation de famille ;
- la grossesse ;
- les caractéristiques génétiques ;
- l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ;
- l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une nation ;
- l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une race ;
- les opinions politiques ;
- les activités syndicales ou mutualistes ;
- les convictions religieuses ;
- l'apparence physique ;
- le nom de famille ;
- l'état de santé ;
- le handicap ;

Il faut y ajouter:

- l'exercice normal du droit de grève (C. trav., art. L1132-2) ;
- le fait d'avoir témoigné d'agissements de discrimination (C. trav., art. L1132-3) ;
- les fonctions de juré ou de citoyen assesseur (C. trav., art. L1132-3-1) ;

Il faut également signaler désormais:
- l'interdiction de discriminer les lanceurs d'alerte introduite par la loi du 11 octobre 2013 (l'entrée en vigueur de la disposition étant subordonnée à la publication du décret concernant le futur président de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique)
- le projet de loi sur la ville actuellement en discussion, dans le cadre duquel il est proposé de créer un vingtième cas de discrimination au travail, celui tenant au lieu de résidence.

Dans ces conditions, la mission exclut de son champ de travail certaines questions qui, de par leur proximité, sont ont pu être évoquées au cours des différentes auditions.

1.2- Les champs exclus de la mission

1.2.1- Discrimination et égalité de traitement.

La question a été maintes fois entendue au cours des auditions: une mission peut-elle véritablement limiter son champ d'investigation à la discrimination, sans évoquer plus généralement la problématique de l'égalité de traitement, dont on sait qu'elle est une notion proche, tant par les termes employés que par le traitement judiciaire qui lui est assuré, notamment au niveau des règles de preuve?

Le rapport écarte cependant délibérément l'assimilation de la discrimination et de l'égalité de

traitement. Les constats de situation, et les propositions qui seront faites pour améliorer la détection et les réponses à apporter ne concerneront que la discrimination, et non l'égalité de traitement, sauf bien évidemment lorsque le terme d'égalité de traitement se rapporte à une situation de discrimination[3].

Il est vrai que certaines situations recèlent une inégalité de nature collective qui mériterait aussi d'être prises en compte : ainsi des salariés titulaires de contrat à temps partiel, pour qui les conditions de travail sont souvent en deçà de ce qui devrait être la norme[4], des intérimaires, souvent insuffisamment intégrés, des salariés d'entreprise sous-traitantes qui travaillent pour le compte d'un donneur d'ordre et sont traités différemment des salariés de l'entreprise principale...

Ces situations, qui doivent être d'autant plus prises en charge qu'elles occasionnent pour les salariés des risques psycho-sociaux et physiques, et pour l'entreprise une diminution de la performance, ne sont pour autant du ressort de la discrimination sauf si la catégorie victime de l'inégalité se trouve être justement une catégorie protégée par la loi : femmes, salariés plus âgés, salariés d'origine étrangère...

Discrimination et inégalité de traitement : un régime juridique différent[5]

Il ne fait guère de doute que pour un salarié, l'inégalité de traitement peut être vécue comme une injustice terriblement douloureuse. La jurisprudence a reconnu d'ailleurs à la règle d'égalité de traitement le statut de principe général du droit, et en tire un certain nombre de conséquences juridiques empruntées au régime de la discrimination: règles de preuve, sanctions. Or, de même que pour la discrimination, l'inégalité peut être collective: ainsi de la différence faite entre salariés en CDI et salariés en CDD, entre salariés travaillant sur un même chantier mais provenant d'entreprises sous-traitantes différentes...

Pourtant, principe de non-discrimination et principe d'égalité de traitement ne peuvent pas être confondus.

- Ils ne peuvent pas être confondus d'abord de par l'origine du principe. Le premier est un principe général, reconnu par les textes internationaux et européens, fondement de l'organisation de la société et du droit du travail. Son non-respect est pénalement sanctionné. Le second est un principe reconnu spécifiquement en France, qui répond à une aspiration des salariés à voir reconnaître une transparence et une égalité dans les règles qui leur sont applicables, face à toute autorité, fut-elle

3 C'est ainsi que le code du travail lui-même intitule le titre IV du livre 1er, consacré aux discriminations hommes/femmes : « Egalité professionnelle entre les femmes et les hommes"

4 L'ANACT considère que les conditions de travail des salariés à temps partiel, notamment s'agissant dans les emplois d'aide à la personnel, sont d'une pénibilité telle qu'ils ne pourraient pas, en tout état de cause, être exercés à temps plein.

5 Sur la question des rapports entre la notion d'égalité de traitement et de discrimination, voir notamment: J. Porta, « Discrimination, égalité et égalité de traitement », *in RDT* 2011 p.291; et du même auteur : « Egalité, discrimination et égalité de traitement », *in RDT* 2011, p.354 ; A. Jeammaud, « Du principe d'égalité de traitement des salariés », i*n Droit social* 2004, p. 694; E. Dubout, " Principe d'égalité et droit de la non-discrimination », *in J.cl. Libertés* 2009, fasc.500, §§2 et s.; ainsi que le Rapport annuel de la Cour de cassation, 2008, « Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation », notamment §1.1.1.1: "la distinction entre la discrimination et les règles d'égalité en droit du travail" et suivants, et le Rapport du Conseil d'Etat sur "Le principe d'égalité", 1996, notamment n°48 et s.

celle de leur employeur. Selon la formule de J.-M. Béraud, la première règle est la traduction juridique d'une pensée ontologique, la seconde la traduction juridique d'une pensée sociologique[6].

Ils ne peuvent pas être confondus ensuite par le contenu de la règle. La discrimination inclut un double concept: une différence de traitement pratiquée à l'égard d'une ou plusieurs personnes, et un motif expressément prohibé par la loi. L'inégalité ne repose que sur le constat d'une différenciation.

De ce fait, la discrimination ne peut pas recevoir de justification, sauf dans les cas exceptionnels où la loi l'autorise elle même (recrutements de nationaux dans les services publics, recrutement pour des rôles de cinéma...). En revanche, l'inégalité peut recevoir de multiples justifications. L'inégalité est presque inhérente à la vie en société, et plus encore à la vie en entreprise, où les tâches sont différentes, les attentes différentes. N'est donc sanctionnée que l'inégalité qui, face à une situation identique, ne reçoit aucune justification objective. Eu égard au concept d'égalité, il doit faire en sorte qu'il n'y ait pas d'inégalité injustifiée, mais il n'est pas exigé une égalité totale entre tous les salariés de son entreprise. Eu égard au concept de discrimination, l'employeur a une obligation de résultat.

Les deux notions ne se confondent pas totalement, malgré les apparences, dans le domaine de la preuve. L'inégalité de traitement suppose, toujours, une comparaison. La discrimination repose sur l'acte, positif ou négatif, réalisé en raison de l'appartenance du salarié à l'une des catégories visées par l'article L.1132 du code du travail.

Il en résulte qu'une comparaison n'est pas impérative.

Enfin, la sanction n'est pas la même: la nullité de l'acte litigieux n'est encourue qu'en cas de discrimination.

De manière générale, parce que la discrimination est plus complexe à établir, puisqu'il faut non seulement prouver la différence de traitement ou l'acte négatif, mais en outre son motif illicite, les études montrent que les salariés victimes de discrimination agissent plus fréquemment sur le terrain de l'inégalité, qui ne leur demande que l'établissement de la différence de traitement, et non celle du lien avec le motif discriminant[7].

Ainsi, la discrimination mérite à l'évidence un régime et une réponse spécifiques, dans la mesure où sa gravité est justement liée au fait qu'elle n'est pas seulement une différence faite sans justifications entre deux salariés, mais une différence faite en raison d'une particularité du salarié que la culture politique et juridique européenne interdit de prendre en compte négativement.

Le présent rapport axera donc exclusivement ses propositions sur les questions de discrimination.

[6] Rapport annuel de la Cour de cassation, 2008, précité.

[7] E. Serverin et F. Guiomard *Des revendications des salariés en matière d'égalité et de discrimination : les enseignements d'un échantillon d'arrêts extrait de la base JURICA (2007-2010)*, Rapport établi dans le cadre de la Mission de recherche Droit et Justice, 2013.

1.2.2- Discrimination dans les entreprises privées et discrimination dans le secteur public.

Parce que le régime applicable aux salariés de droit privé et aux fonctionnaires n'est pas identique; parce que les actions administratives et judiciaires qui leur sont offertes sont complètement séparées, la lettre de mission n'évoque que la question de la discrimination dans les entreprises privées, et les propositions de la mission ne pourront que s'y cantonner.

Et pourtant, la discrimination peut aussi bien exister dans les fonctions publiques, et elle doit être tout autant soumise à des réponses dissuasives, tant dans la prévention que dans la sanction. Ainsi que l'indique le syndicat CGT dans une note adressée à la Mission:

"Il est indispensable que les travailleurs des secteurs publics soient également concernés par ce renforcement de l'action collective. Les syndicats doivent pouvoir agir en justice de la même manière que dans le secteur privé pour défendre les travailleurs, d'autant plus en matière de discrimination que les règles applicables sont les mêmes dans le privé que dans le public".

Réflexions sur l'action collective:

Le contentieux des discriminations et du harcèlement dans la fonction publique

Gwénaële Calvès, Professeure de droit public

L'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (égale admissibilité aux emplois publics), l'article 6 du statut général de la fonction publique (interdiction de la discrimination et du harcèlement sexuel ou moral), ainsi que la loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, alimentent, devant les juridictions administratives, un flot croissant de demandes d'annulation de mesures réglementaires ou individuelles, mais aussi de réparation du préjudice subi par les victimes.

Dans ce contentieux en pleine expansion, l'introduction éventuelle d'un mécanisme d'action collective mérite d'être examinée avec attention.

L'apport d'un tel dispositif n'est certes pas à attendre sur le terrain du recours pour excès de pouvoir dirigé contre des actes réglementaires. Cette voie de droit, largement ouverte, permet déjà – notamment aux associations et aux syndicats- d'obtenir des décisions d'annulation dont bénéficieront, par définition, toutes les personnes que l'acte annulé excluait ou désavantageait, en raison par exemple de leur sexe, de leur âge, de leur nationalité ou de leur état de santé.

Mais la discrimination, on le sait, s'exprime le plus souvent par des mesures individuelles, ou par un ensemble de mesures individuelles qui visent systématiquement le même « type » de personnes : dans tel ou tel service (exemples fictifs) on ne recrute pas de « vieux », on affecte généralement les « Arabes » à certaines tâches plutôt qu'à d'autres, on ne renouvelle jamais le contrat d'une femme enceinte, on attribue des primes sans tenir compte des situations de handicap, *etc*. C'est dans ce genre de situation qu'un mécanisme d'action collective pourrait présenter un réel intérêt, tant pour les justiciables que pour les employeurs publics qui seraient ainsi amenés à réformer leurs modes de recrutement et de gestion des ressources humaines.

Il est vrai que des pratiques généralisées de discrimination ou de harcèlement moral peuvent déjà

faire l'objet, depuis 2008, d'une certaine forme d'action collective. En effet, le gouvernement français, après mise en demeure et avis motivé de la Commission européenne, a dû assouplir la règle en vertu de laquelle seul le destinataire d'une décision individuelle dite négative, c'est-à-dire qui lui est défavorable, peut la contester devant le juge administratif (jurisprudence *Syndicat des patrons-coiffeurs de Limoges,* CE, 28 décembre 1906, GAJA n°17). Le décret n° 2008-799 du 20 août 2008 prévoit ainsi une dérogation au profit de l'agent public (ou du candidat à un emploi public) qui s'estimerait frappé par une mesure empreinte de discrimination, ou constitutive de harcèlement. Dans ce cas, les associations régulièrement déclarées depuis au moins cinq ans qui se proposent, par leurs statuts, de lutter contre les discriminations, peuvent introduire une action (de plein contentieux le cas échéant) en lieu et place de la victime[8]. Rien ne s'oppose, en outre, à ce qu'elles agissent au nom de plusieurs victimes dûment identifiées.

Force est toutefois de constater qu'aucune action, à ce jour, n'a été intentée sur le fondement de cette « disposition spéciale » du code de justice administrative (art. R. 779-9). Cette ébauche de mécanisme d'action collective doit donc être repensée. Pour lui insuffler un peu de vie, il conviendrait peut-être d'en ouvrir le bénéfice aux syndicats ou à des associations *ad hoc*, constituées par exemple de plusieurs agents qui s'estimeraient collectivement victimes de discrimination ou de harcèlement. La nécessité d'avoir identifié des victimes et recueilli leur assentiment préalable pourrait également être supprimée, pour permettre, comme le proposait le rapport Belaval[9], à une association – ou même à une simple personne physique – d'engager une action en réparation du préjudice subi par les membres d'un groupe *virtuel*, composé de toutes les personnes placées dans une même situation de droit ou de fait à l'égard d'un employeur public. Un jugement déclaratoire de responsabilité concluant, par exemple, au caractère fautif du rejet par l'administration de la candidature d'une personne affectée d'un diabète insulino-dépendant permettrait qu'intervienne, dans un second temps, l'indemnisation individualisée, mais massive et rapide, de toutes les personnes justifiant être dans la même situation que celle qui a donné lieu au jugement déclaratoire.

Le contentieux administratif de la non-discrimination disposerait ainsi d'un puissant levier pour rendre plus effectifs les principes constitutionnels d'égal accès à l'emploi public et d'égalité de traitement entre les agents publics.

La mission appelle donc le Gouvernement à s'attacher à cette question.

8 « L'association doit justifier avoir obtenu son accord écrit de l'intéressé après avoir porté à sa connaissance les informations suivantes : 1° La nature et l'objet de l'action envisagée ; 2° Le fait que l'action sera conduite par l'association qui pourra exercer elle-même les voies de recours ; 3° Le fait que l'intéressé pourra, à tout moment, intervenir dans l'instance engagée par l'association ou y mettre fin » (art. R. 779-9 CJA).

9 *L'action collective en droit administratif*, Rapport du groupe de travail sur l'action collective en droit administratif, 2009.

2ème partie

CONSTATS

Dans un premier temps, la mission s'est attachée, avec l'aide des experts qui ont répondu aux auditions, à répondre à une double question: y a-t-il un sujet réel touchant à la discrimination collective en entreprise, et y a-t-il une nécessité à modifier la législation existante?

2.1 - Des raisons de s'intéresser à la discrimination collective en entreprise

L'entreprise, espace de discrimination. Le monde du travail est à l'évidence un lieu privilégié pour les inégalités de tous ordres, d'autant qu'il a naturellement tendance à traiter différemment, en fonction de leurs mérites et de leur adaptation au travail demandé, les salariés qui travaillent ensemble. Or, s'il apparaît normal que tous les salariés ne soient pas placés sur un plan d'égalité, il en va autrement lorsque l'inégalité ne naît pas de la mise en œuvre de critères légitimes liés au travail, mais de critères affirmés comme illicites par le code du travail et, au-delà, par les textes européens[10]. Dans ce cas, l'inégalité devient discrimination et est passible de sanctions tant civiles que pénales.

Le Défenseur des droits, qui édite chaque année un « Baromètre de la perception des discriminations au travail » constate, dans la dernière édition de cet ouvrage, **que 30% des salariés affirment avoir été victimes de discrimination au travail, ou avoir connu un proche qui en a été victime[11].** La discrimination est donc loin d'être un phénomène marginal. Pire encore, en période de crise, elle augmente, et se durcit, en raison d'un rétrécissement de l'emploi disponible et de la crainte des salariés de perdre leur travail[12]. Certes, le baromètre du Défenseur des droits mesure des perceptions. Mais, outre que les chiffres coïncident avec les autres études faites sur la même période, le ressenti est, en matière de discrimination, un élément de celle-ci en marquant la conséquence traumatique du fait discriminatoire.

Si certaines discriminations sont individuelles, et naissent d'un véritable rejet de la personne du salarié (notamment les discriminations liées à l'orientation sexuelle, situation de famille...), beaucoup de discriminations sont collectives, c'est à dire qu'elles touchent plusieurs personnes appartenant à la même catégorie discriminée.

Sur ce point, les études effectuées au niveau national ne laissent guère de doute, tant les chiffres font apparaître une différence plus que significative entre salariés réunissant un des critères considérés comme discriminatoires et les autres.

2.2 - Des discriminations collectives concernent en particulier certaines catégories de salariés.

2.2.1 - Discriminations en raison du genre

Les chiffres sont ici très connus. On sait qu'il existe une différence de salaire de 27% entre hommes et femmes tous temps de travail confondus, et **de 9% après prise en compte de l'ensemble des différences tenant au recours aux contrats à temps partiel, aux diplômes, et aux fonctions**[13].

---

10 Sur la différence entre égalité de traitement et discrimination, voir infra, prologue.

11 Baromètre de la perception des discriminations au travail, défenseur des droits/IFOP, janvier 2013

12 Constat du BIT (« L'égalité au travail, un objectif qui reste à atteindre », mai 2011): "Les périodes de difficultés économiques constituent un terrain propice à l'éclosion de discriminations au travail, explique le directeur général du BIT, cela pourrait mettre en péril les acquis difficilement obtenus. " Même constat du défenseur des droits, dont le baromètre fait apparaître un accroissement des situations vécues de discrimination au fil de la crise économique.

13 Etude Dares 2009, Ministère du travail.

Les discriminations sont encore plus criantes si l'on tient compte non seulement des situations égales mais également, comme le veulent les textes européens, des situations de valeur égale. Autrement dit, des différences de rémunération entre des emplois occupés par les hommes et ceux occupés par les femmes qui ne sont a priori par les mêmes, mais qui nécessitent une compétence, une qualification, et une expertise similaires. Comparer des situations qui sont comparables mais ne sont pas identiques donne une base plus large de vérification des discriminations. Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle reconnu l'existence d'une discrimination au détriment d'une directrice des ressources humaines dont la rémunération était inférieure à celle de ses collègues masculins, directeurs en charge de la politique commerciale et des finances de l'entreprise, alors que leurs fonctions exigeaient des capacités comparables et représentait une charge nerveuse du même ordre, et que l'ancienneté de la DRH était supérieure à celle de ses collègues[14]. A l'aune de cette nouvelle grille de comparaison, la différence entre hommes et femmes dans le parcours professionnel et la rémunération marque un écart encore plus considérable.

La France est ainsi, en matière d'égalité hommes femmes dans le monde du travail, au cœur d'un paradoxe: elle est un des pays d'Europe qui a le mieux réussi l'intégration des femmes dans le monde du travail (87% des femmes travaillent), mais un de ceux qui a le moins bien réussi en matière d'égalité professionnelle après l'entrée dans le monde du travail. C'est d'ailleurs ce que montrent les études internationales qui sont menées sur l'égalité hommes/femmes. Dans la dernière étude du forum économique mondial, la France, qui se situe en moyenne générale au 45ème rang sur 137 pays, au 1er rang pour l'accès aux études, et au 31ème rang pour l'accès à l'emploi, se trouve au …**129ème rang sur 137 pour l'égalité professionnelle** (« Wage equality for similar work »)[15]!

En outre, aux discriminations touchant à la rémunération et à la progression professionnelle, il faut ajouter des discriminations relatives aux conditions de travail qui, pour être moins visibles n'en sont pas moins extrêmement répandues et peuvent avoir des répercussions en terme de santé.

Un exemple de discrimination indirecte (Source: ANACT)

Description de l'entreprise et de sa demande

L'intervention concernait une entreprise qui fait l'impression et la reliure de livres et catalogues et qui emploie 225 personnes, dont 36% sont des femmes. Cette société opère sur deux ateliers : l'impression et la finition. La demande de l'entreprise portait sur ce dernier, où on assemble les pages précédemment imprimées à l'aide de machines de collage qu'il faut alimenter. L'entreprise motivait sa demande à l'ARACT par des plaintes de salariés concernant des douleurs et par un taux élevé d'absences du travail. Puisque cette demande concernait surtout les travailleuses, l'ARACT y a vu l'opportunité d'une analyse selon le genre.

Des effets différenciés sur la santé entre les femmes et les hommes Une plus grande proportion de femmes que d'hommes rapporte des douleurs à tous les sites du corps sauf les jambes. Entre 2005 et 2009, les salariés de l'atelier se sont absentés en raison de maladies ou accidents de trajet pendant un total de 3059 jours. Les aides de finition, femmes et hommes, qui constituaient 33% des salariés, comptaient pour 54% des jours d'absence. Ce poste comptait aussi les deux maladies professionnelles déclarées ainsi qu'un tiers des accidents de travail déclarés.

Les gestionnaires sont conscients que les femmes ont plus de problèmes, ce qu'ils attribuent non pas aux postes de travail mais à des caractéristiques spécifiques des femmes : « Pour les arrêts de travail, les femmes c'est pas terrible (grossesses, fragilité). »

Une division du travail et de l'emploi selon le genre

L'atelier de finition emploie 63 personnes en 2009, dont 26 femmes (41%). Dix-sept parmi celles-ci (65%) sont

[14] Soc., 6 juillet 2010, pourvoi n° 09-40.021, *Bull.* 2010, V, n° 158.

[15] *The Global Gender Gap Report*, World Economic Forum 2013, voir notamment p. 201 et 202.

concentrées dans le poste d'aide de finition, où elles constituent 71% du personnel. Les 14 autres conducteurs de machines sont des hommes ainsi que les quatre aides conducteurs de machines, les deux massicotiers, les trois manutentionnaires, les trois caristes et les trois chefs ou contremaître. En résumé, les femmes occupent cinq postes parmi les 11, les hommes en occupent 9,96% des femmes sont affectées à des postes où il y a plus de 70% de femmes; 78% des hommes sont affectés à des postes où il y a plus de 70% d'hommes.

Lors des entrevues, les gestionnaires ont montré qu'ils étaient conscients de cette division du travail, qu'ils attribuaient aux exigences physiques du poste. On a aussi invoqué le fait que les femmes avaient plus de problèmes de santé : « Un conducteur est irremplaçable, la formation est longue ... les arrêts de travail sont trop fréquents chez les femmes pour qu'on les mette sur ces postes. » On a également invoqué le manque de compétence des femmes : « "Dans l'atelier pliage, il y a des femmes conductrices, c'est normal, il y a moins de responsabilités: si on "foire" une feuille, c'est moins grave que si on "foire" un livre. » Aussi, les femmes étaient moins qualifiées parce que…elles n'avaient pas eu accès à de la mobilité avant : « Pour être conducteur, il faut avoir fait un peu de tous les postes avant ».

Une invisibilité de la pénibilité de l'activité de travail

L'analyse sur le terrain a mis en évidence que le poids soulevé par une aide de finition est en moyenne de 11 tonnes par jour (80 cartouches de cahiers à l'heure, pesant en moyenne 20 kg et pouvant peser jusqu'à 35 kg). Un examen des postures de travail des aides de finition permet d'identifier des postures à risque de provoquer des troubles musculo-squelettiques, dont la manipulation de charges avec des postures contraignantes au niveau des poignets et le maintien des bras en l'air. Ces femmes occupent des postes caractérisés par de la manutention répétitive, du port de charges (lot de cahiers pouvant peser jusqu'à 35 kg) et des contraintes posturales élevées (postures statiques prolongées).

Les conducteurs de machines règlent la machine principale d'encollage au début de chaque série et approvisionnent celle-ci en couvertures en fonction des besoins. Puisqu'il y a plus de cahiers que de couvertures, leur activité d'alimentation de la machine est plus lente que celle des aides de finition. Hormis ces deux tâches, l'activité principale des conducteurs est la surveillance du bon fonctionnement du processus. Les aides conducteurs assistent les conducteurs et peuvent les relever au besoin.

Lors des entretiens avec l'encadrement, une certaine image de la pénibilité des postes de conducteurs a été évoquée comme obstacle à la mixité. Cependant, les résultats du diagnostic mené par l'ergonome n'ont pas confirmé ces représentations. Le poste de massicotier, par contre, comporte des exigences physiques qui rendent ce poste difficile d'accès pour des personnes de force physique moyenne. En effet, la pénibilité s'était déplacée dans le temps et ce sont les femmes qui étaient dorénavant les plus exposées que les conducteurs, sans que personne ne s'en rende compte. Pendant l'entrevue, un gestionnaire a successivement dit : « Les postes de conducteurs sont les plus physiques, c'est notamment pour cela qu'on n'y met pas des femmes …Dans le temps, les conditions de travail étaient plus dures …. C'est énorme ce qu'on a fait depuis 10 ans", toujours en parlant de l'évolution du poste de conducteur.

Une division des contraintes temporelles: une différenciation dans la rémunération des pauses

Les femmes (dont la plupart sont aides de finition) ont accès à des pauses règlementaires au cours de leurs journées de travail. Les hommes (qui sont principalement sur d'autres métiers comme conducteurs, aides conducteurs, et massicotiers) ont cédé leurs droits aux pauses contre une rémunération additionnelle. À l'origine, ce système a été mis en place pour éviter d'arrêter les machines (la remise en route étant jugée trop coûteuse car souvent synonyme de dysfonctionnements et donc de perte matière et perte de temps) tout en préservant les femmes d'une exposition quotidienne ininterrompue à un travail répétitif. Les postes d'hommes, par contre, n'exigeant pas une activité continue, n'empêchent pas leurs titulaires de prendre des moments de repos ou même de s'absenter pour aller aux toilettes. Un souci de prévention de problèmes de santé chez les femmes a cependant poussé l'entreprise à refuser toutes leurs demandes en vue de bénéficier de la même prime que leurs homologues masculins.

Une division des parcours entre les femmes et les hommes dans l'entreprise

Selon les registres de la compagnie, l'âge du personnel de l'atelier de finition est assez avancé et les femmes sont plus âgées que les hommes. Les femmes ont aussi une ancienneté plus grande. De plus, depuis 2005, l'ancienneté des femmes s'est accrue deux fois plus que celle des hommes. On remarque que depuis 10 ans, la majorité des recrues sont des hommes. En entrevues, certains interlocuteurs ont suggéré que l'engagement des hommes devait pallier une incidence élevée d'absentéisme et de plaintes de douleurs chez les femmes.

L'historique des mouvements du personnel a été suivi pour la période 2005-2009 en utilisant les données provenant de l'entreprise. Pendant la période, il y eu 21 femmes qui ont travaillé comme aides de finition, ayant été recrutées sur ce poste ou ayant été transférées depuis un autre poste de l'entreprise. À la fin de la période, quatre étaient parties : une à la retraite, les trois autres licenciées pour inaptitude. Il reste 17 femmes qui demeurent au poste d'aide de finition; aucune n'a été promue ou mutée.

Pendant la même période, 19 hommes ont travaillé comme aides de finition. Sur les 19, neuf ont été promus dans

d'autres fonctions, surtout conducteurs ou aides conducteurs. Trois, qui n'ont pas été promus, ont rapidement démissionné.

Conclusion

Le travail de l'intervenant de l'Aract a permis de démontrer à l'entreprise que la répartition sexuée des postes, la pénibilité des tâches des aides de finition qui avait été sous-estimée, et le cumul d'une durée d'exposition plus importante du fait du blocage des parcours des femmes, était probablement responsable du taux élevé d'absentéisme et de plaintes provenant des femmes. De plus, certaines discriminations ont été mises en évidence, dont le blocage des parcours des femmes et le traitement différentiel des pauses et ce, en partie, au nom de la protection de la santé des femmes. Notons que ce traitement différentiel était probablement possible à cause du rythme de travail relativement lent aux postes des hommes, qui rendait moins nécessaire les pauses réglementaires. Non seulement les femmes étaient moins promues que les hommes, comme en témoignent les chiffres concernant les parcours, mais, en cercle vicieux, leur manque d'expérience à d'autres postes a bloqué leur accès à d'autres promotions.

L'inégalité entre hommes et femmes n'est pas liée, on le sait, à un facteur unique. Ainsi, s'agissant du fameux « *plafond de verre* » qui empêche les femmes d'accéder à certaines fonctions de direction, il apparaît qu'il tient à la conjonction de deux facteurs : la difficulté, dans un univers traditionnellement masculin, d'accepter la présence de femmes, et la difficulté, pour les femmes, d'accepter de se prêter à la compétition que l'accès à ces postes nécessite – parce qu'elles supportent moins la pression et la hiérarchie d'un marché du travail de plus en plus tendu ; parce qu'elles supportent plus les contraintes familiales, et probablement aussi par choix personnel, en raison d'une éducation « féminisée »[16].

2.2.2 - La discrimination liée aux origines

Bien que ce type de discrimination soit extrêmement difficile à établir, puisque la France ne pratique pas les statistiques ethniques, de nombreuses études montrent que l'origine étrangère, et plus particulièrement certaines origines, sont un frein à la fois à l'embauche et à l'évolution de carrière.

Ainsi, les immigrés ont deux fois plus de risques d'être au chômage[17], trois fois moins de chances en envoyant un CV d'être sélectionnés pour un entretien, sont en majorité employés sur des emplois sous qualifiés[18], et gagnent moins qu'un salarié non immigré occupant le même emploi. Une étude de la DARES ciblée sur les salariés descendants d'immigrés africains fait par exemple ressortir une différence de 14% entre les salariés français descendants d'immigrés africains et les salariés dont les parents sont français[19].

La discrimination raciale: quelques exemples portés devant la Justice

2005: 27 salariés immigrés saisissent la justice pour discrimination raciale: leur employeur, chez qui ils travaillent pour certains depuis plus de 30 ans, leur refuse le bénéfice de l'accord de pré-retraite de l'entreprise parce que, faute d'état-civil dûment établi, ils ne peuvent pas prouver qu'ils ont atteint l'âge de 57 ans.

---

16 Voir les conclusions de l'Observatoire des inégalités (www.inégalités.fr) qui constate qu'après une stagnation de la situation entre 1998 et 2004, une amélioration lente a repris entre 2005 et 2010 (chiffres INSEE).

17 J. Perrin-Haynes, « L'activité des immigrés en 2007 », INSEE, 2008.

18 Étude de J. Perrin-Haynes, note précédente.

19 *Lara Muller, Roland Rathelot, « Les salariés français descendant d'immigrés : salaires et profil socioprofessionnel dans les entreprises de 10 salariés ou plus en 2006 », Dares, février 2010, n°7.*

2007: 27 salariés d'une usine, originaires du Maghreb, d'Afrique ou des Antilles, saisissent le CPH pour voir reconnaître qu'ils n'ont pas eu le même déroulement de carrière que les salariés blancs de l'usine. Ils évoquent un système « d'ethnisation des tâches ». Ils obtiennent gain de cause.

2011: une grande entreprise de cosmétique et une société d'intérim sont condamnées pour discrimination pour avoir organisé le recrutement de 200 démonstratrices de produits cosmétiques, en intérim, en conditionnant les embauche à la condition « BBR » (bleu, blanc, rouge)

2012- un salarié attaque son employeur, une grande banque, parce qu'une promotion lui est refusée pour un poste de cadre de haut niveau au motif, selon lui, de sa « couleur de peau ». Le CPH fait droit à sa demande.

La discrimination raciale, ou ethnique, ou liée aux origines, est donc bien portée devant la justice. Mais sa détermination et sa prévention se heurtent à la question des statistiques ethniques.

La problématique des statistiques ethniques

Depuis de nombreuses années, un débat agite les chercheurs sur l'opportunité d'intégrer dans les enquêtes, notamment de l'INSEE et de l'INED, des statistiques ethniques ou raciales. Pour certains, des études à partir de données tenant compte des origines sont indispensables pour permettre de mieux détecter et de mieux traiter les discriminations qui sont en lien avec ces éléments. Pour d'autres, de telles études supposeraient d'isoler un « groupe ethnique », ce qui conduirait à créer artificiellement une communauté d'individus qui pourtant sont extrêmement différents : français issus de l'immigration, immigrés de première génération, ultramarins vivant en métropole...Elles risqueraient également de renforcer les préjugés.

Dans une décision du 15 novembre 2007, le Conseil constitutionnel a provisoirement clos le débat en affirmant que : *« si les traitements nécessaires à la conduite d'études sur la mesure de la diversité des origines des personnes, de la discrimination et de l'intégration peuvent porter sur des données objectives, ils ne sauraient, sans méconnaître le principe énoncé par l'article 1er de la Constitution, reposer sur l'origine ethnique ou la rac*e »[20].

Pourtant, plusieurs pays ont développé des statistiques ethniques (Royaume-Uni, Pays Bas....) et de nombreux chercheurs et praticiens continuent à déplorer de ne pas pouvoir disposer de telles données[21], et la CNIL accorde des dérogations au cas par cas dans le cadre d'études publiques.

Au cours des auditions pratiquées par la mission, plusieurs DRH ont regretté de ne pas pouvoir utiliser d'outils statistiques ou de détection tenant compte des critères d'origine ou de « race », afin de pouvoir réagir plus efficacement contre les discriminations, notamment dans les entreprises employant une importante main-d'œuvre d'origine étrangère.

De fait, il est difficile de lutter efficacement si on ne peut pas tenir compte du critère qui sert de fondement à la discrimination.

[20] Cons.const., 15 novembre 2007, décision n° 2007-557 DC, Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile.

[21] Voir notamment l'échange entre G. Calvès et R. Castel sur l'opportunité d'autoriser les statistiques ethniques dans *Alternatives Economiques*, « les statistiques ethniques contre la discrimination », mars 2008, n°38.

Il y a là une difficulté que l'importance des discriminations liées aux origines devrait conduire à surmonter. Le fait d'avoir des indicateurs reposant sur des éléments précis (pays de naissance, ou pays de naissance des parents, par exemple) devrait pouvoir faire progresser les choses, sans se heurter aux risques signalés par les opposants à ce type d'indicateurs.
Il serait donc opportun de réfléchir à l'autorisation des statistiques ethniques en en encadrant les conditions de détermination et d'utilisation.

2.2.3 - La discrimination syndicale

La participation à une activité syndicale est une des plus grandes sources de discrimination en entreprise. Elle résulte de la conjonction, chez le même individu, de deux facteurs négatifs: d'une part, le détachement du lien de subordination et la possibilité offerte au représentant du personnel ou syndical d'exercer un droit de critique, d'autre part, les absences du poste de travail liées au mandat. Cette discrimination, qui peut parfois être violente et directe, se manifeste le plus souvent de manière plus insidieuse, par un retard dans l'évolution de carrière et l'évolution salariale, liés au fait que le manager qui le suit préfèrera promouvoir des salariés qui occupent leur poste en permanence.

La discrimination syndicale a probablement été, historiquement, la première discrimination au travail combattue avec méthode par les acteurs sociaux. Parce qu'ils la connaissaient bien, et parce qu'il est particulièrement grave de discriminer une personne en raison de son investissement pour la collectivité de salariés, les syndicats ont réagi et réussi à faire évoluer considérablement les perceptions.

Si la recrudescence des litiges montre que ce cas de discrimination est loin d'être résorbé, trois facteurs contribuent aujourd'hui à sa prise en charge efficace:

- **la vigilance des syndicats, qui ont notamment élaboré des mécanismes permettant de mieux cibler la discrimination**[22]**.**

Deux exemples de méthodes pour savoir s'il existe une discrimination:

<u>La méthode des panels</u>

Théorisée par un syndicaliste, François Clerc, la méthode des panels est très souvent utilisée dans les affaires de discrimination syndicale. Elle repose sur trois étapes:

1- recueil de faits : dresser une liste nominative de collègues de travail entrés à la même époque au même niveau de formation ou de qualification et au même coefficient, à partir d'un panel exhaustif pour ne pas être accusé d'avoir fait une sélection entre les salariés.

2 - modéliser : élaborer des tableaux, graphiques ou des histogrammes faisant apparaitre distinctement leur situation et celle des comparants du panel

3 - comparer avec la situation de l'intéressé : montrer la place de la personne sur le tableau ou le graphique de telle manière que la différence de traitement apparaisse nettement.

[22] Elaboration de grilles de comparaison, telles celle dite de la « méthode Clerc » mise en œuvre par un membre de la CGT etc...

La méthode dite de la proratisation

Mise en avant à partir d'une décision de la chambre sociale du 6 juillet 2010[23], elle permet de vérifier si des éléments de discrimination sont détectables en matière de fixation des objectifs et rémunération variable. Il faut alors rapporter les objectifs fixés au salarié ou les primes attribuées en fonction du temps que le salarié peut consacrer à son travail, à l'exclusion du temps consacré à l'exercice des mandats.

- **le canevas jurisprudentiel, qui veille à ce que les représentants syndicaux ne puissent pas être pénalisés du fait de leur activité syndicale, sans pour autant qu'ils soient avantagés.**

Le dispositif jurisprudentiel contre la discrimination syndicale

1- Un représentant syndical ne peut pas être payé moins dans le cadre de son mandat qu'il ne l'aurait été dans le cadre de son emploi salarié. Par conséquent, hors les frais remboursés sur factures, il doit percevoir non seulement tout son salaire, mais toutes les primes et accessoires dont il bénéficiait habituellement (Soc. 2 juin 2004[24]).

2- Un représentant syndical doit être évalué, comme les autres salariés, avec la même régularité (sauf si lui-même s'y oppose). L'évaluation peut faire référence à son mandat, mais sans aucune connotation négative notamment pour signaler ses fréquentes absences (Soc. 17 janv. 2013, pourvoi n° 11-24.604).

3- Un représentant syndical ne doit pas être freiné dans son déroulement de carrière par l'exercice de mandats. Bien qu'il ne soit pas à son poste de travail à plein temps, il doit bénéficier des mêmes formations, progressions, et propositions d'avancement que s'il y était demeuré (Soc. 10 janv. 2006, pourvoi n° 04-43.070).

4- De manière générale, un représentant syndical ne peut pas être traité de manière différente des autres salariés. Si la comparaison n'est pas le seul élément de nature à établir la discrimination (une sanction peut être discriminatoire, sans qu'il ne soit nécessaire de disposer d'une comparaison), elle est souvent au fondement des actions en discrimination. Il appartient alors à l'employeur de prouver que la différence faite envers le salarié n'est pas liée à ses activités syndicales. Le fait que d'autres représentants syndicaux n'aient pas subi les mêmes difficultés n'est pas en soi un élément justificatif suffisant, car la discrimination syndicale, bien que souvent collective, est également fréquemment ciblée (Soc., 30 oct.2013, pourvoi n° 12-23.325)

- **Les accords collectifs relatifs au déroulement de carrière des représentants du personnel.**

Ces accords se sont développés au cours de ces dernières années. Ils sont désormais organisés par l'article L. 2141-5, alinéa 2 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi du 20 août 2008, qui prévoit qu'« *un accord détermine les mesures à mettre en œuvre pour concilier la vie*

[23] Soc., 6 juillet 2010, pourvoi n° 09-41.354, *Bull.* 2010, V, n° 157.
[24] Soc., 2 juin 2004, pourvoi n° 01-44.474, *Bull.* 2004, V, n° 160.

professionnelle avec la carrière syndicale et pour prendre en compte l'expérience acquise, dans le cadre de l'exercice de mandats, par les représentants du personnel désignés ou élus dans leur évolution professionnelle ».

On trouve notamment, dans ces accords, des règles permettant au salarié titulaire de mandats de bénéficier d'augmentations de salaire au moins égales à celles des autres salariés et surtout des mécanismes pour valoriser au niveau des compétences acquises la période pendant laquelle le salarié a occupé des mandats (voir développements sur les dispositifs législatifs existants, partie 3.5).

Tous ces mécanismes, pourtant, ne suffisent pas à empêcher la persistance de discriminations que le salarié lui-même ne perçoit souvent qu'après plusieurs années, lorsqu'il s'aperçoit que le décalage avec les autres salariés s'est accentué. Décalage persistant, ce que confirment des études récentes[25] et les témoignages qui ont été reçus par la mission.

2.2.4 - La discrimination liée à l'état de santé et au handicap

En France, 1,8 million de personnes bénéficient du statut administratif de reconnaissance du handicap. Si on tient compte de celles ayant des problèmes de santé depuis au moins six mois, et de celles ayant subi un accident du travail, le nombre de personnes ayant des problèmes de handicap s'élève à 9,6 millions[26].

Or, les personnes atteintes d'un handicap sont victimes de discriminations importantes, à l'embauche, et dans leur progression de carrière. Il en est de même des salariés qui, en raison de leur état de santé, sont régulièrement absents de l'entreprise[27].

2.2.5 - La discrimination liée à l'âge

Les discriminations liées à l'âge sont désormais parmi les premières sources de discrimination. C'est qu'en effet, la France a assez brutalement modifié son approche de la question de l'âge.

La modification de l'approche de la question de la retraite au cours des dix dernières années, et les répercussions sur l'appréhension de l'âge en entreprise

Pendant des années, la loi a favorisé les dispositifs conventionnels permettant aux salariés de partir à la retraite de manière précoce, dans l'idée que serait ainsi privilégiée l'embauche de salariés jeunes, pour lesquels l'accès au marché du travail est difficile. La loi du 30 juillet 1987 instituait notamment un mode légal de rupture du contrat de travail en raison de l'âge du salarié, et les accords de pré-retraites et autres départs volontaires à partir de 55 ans bénéficiaient d'aides de l'Etat.

Or, à partir de 2003, le mouvement s'est brutalement inversé, avec la prise de conscience du déficit des régimes de retraites.

---

[25] Thomas Breda, "Are union representatives badly paid? Evidence from France », *Document de travail n° 2010-26* de l'école d'économie de Paris, octobre 2010, qui estime la différence salariale à 10% environ.

[26] Source: INSEE 2011.

[27] Gérard Bouvier et Xavier Niel, « Les discriminations liées au handicap et à la santé », division Enquêtes et études démographiques, Insee 2010. Selon cette étude, 41% des personnes souffrant d'un handicap indiquent avoir subi au moins une fois une discrimination

La loi du 21 août 2003 a reculé à 65 ans l'âge du départ à la retraite et la loi du 17 décembre 2008 a prévu un départ à la retraite à 70 ans. Les législations ont, dans le même temps, supprimé tous les dispositifs d'aide aux départs en pré-retraite.

Parallèlement, sous l'influence d'une jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne très ferme sur la question des discriminations liées à l'âge, la Cour de cassation a rendu une série d'arrêts affirmant que les dispositions conventionnelles autorisant à prendre certaines décisions, notamment de départ à la retraite ou de refus d'accès à des formations, exclusivement en considération de l'âge du salarié, violaient le principe de non-discrimination si elles ne répondaient pas à un motif légitime et proportionné. Deux procès emblématiques, concernant plusieurs centaines de salariés, ont ainsi conduit à des condamnations multiples des employeurs:

- Le premier, mené par les techniciens de l'Opéra de Paris, qui reprochaient à leur employeur de ne pas les faire bénéficier du même droit à pré-retraite que celui octroyé au personnel chargé de l'habillement et des perruques et du maquillage sur les plateaux (Soc., 30 septembre 2013, n° 12-14.752)
- Le second critiquait les dispositions statutaires d'une grande compagnie aérienne (Soc., 3 juillet 2012, n°11-13.795. Cet arrêt n'étant que la prise en compte de la jurisprudence européenne: CJUE, 13 septembre 2011, affaire C-447/09, Prigge e.a)

Il résulte de cette modification brutale des paradigmes que beaucoup d'entreprises se sont trouvées en décalage, avec une prise de conscience retardée de la discrimination exercée sur une catégorie de salariés dite « senior ».

En termes statistiques, les personnes âgées de plus de 54 ans ne sont plus que 56% à travailler (en 2009), ce qui est en deçà de la moyenne européenne (59%). Elles sont en forte difficulté pour retrouver une activité lorsqu'elles se trouvent au chômage, les employeurs reconnaissant eux mêmes qu'ils ne souhaitent pas embaucher des personnes de plus de 55 ans. Elles sont plus fréquemment menacées de licenciement économique, notamment dans les catégories ouvriers et employés[28].

Les seniors en activité bénéficient quant à eux de moins de formations que les autres salariés, et de moins d'occasions de promotions, sauf pour les cadres supérieurs.

A un taux de 91%, les seniors s'estiment régulièrement discriminés dans le monde du travail[29], alors même que c'est probablement dans le domaine du travail des seniors que le nombre d'accords signés au cours de ces dernières années est le plus important (32.300 entreprises ont mis en place un plan d'action ou accord d'entreprise, 400 branches professionnelles sont couvertes, selon les chiffres du ministère du travail pour 2012).

La majorité des litiges judiciaires portant sur une discrimination liée à l'âge recèle des questions d'ordre collectif.

2.2.6. Autres discriminations

[28] DARES, Emploi et chômage des 50-64 ans en 2008, Premières Synthèses Informations, n°39.2, septembre 2009 ; DARES, Pénibilité du travail et sortie précoce de l'emploi, Premières Synthèses et Informations, n°03.1, janvier 2008

[29] Enquête réalisée par l'association A compétence égale, regroupant 63 cabinets de recrutement et présentée le 26 février 2013.

Les autres critères de discrimination figurant dans le code du travail ne seront que très peu évoqués dans le présent rapport. En effet, si les discriminations au détriment des salariés homosexuels[30], ou encore des personnes ayant une apparence physique considérée comme n'étant pas dans la norme (obésité, etc. …) sont à l'évidence réelles, ce type de discrimination est essentiellement individuel et ne saurait donc appeler une réponse collective.

Encore que la discrimination collective ne soit pas exclue, même lorsqu'il s'agit d'apparence physique.

Apparence physique et discrimination collective.

La marque de vêtements Abercrombie and Fitch, bien connue pour la présence dans les rayons de vendeurs et vendeuses au physique très avenant, a d'abord été l'objet d'une action collective en discrimination aux Etats-Unis d'Amérique de la part de plusieurs personnes pour s'être vu refuser un emploi chez Abercrombie en raison de leur origine ou d'avoir été contraints de travailler à des postes loin des regards des clients. Après que le dirigeant ait dans un premier temps déclaré: "nous embauchons des gens beaux dans nos magasins, parce que nous voulons nous adresser à des gens cool et beaux", il a nié la discrimination, mais s'est acquitté quelques mois plus tard d'un dédommagement de 50 millions de dollars (37,8 millions d'euros) pour mettre fin à la procédure. Après l'ouverture par la marque d'un magasin en France, la polémique a éclaté lorsque plusieurs candidats ont reproché à l'entreprise de les avoir écartés en raison de leur apparence physique. Les offres d'emploi évoquent le recrutement, sur des postes de vendeurs, de « mannequins H/F».

Le Défenseur des droits a annoncé, le 24 juillet 2013, avoir ouvert une enquête sur les conditions de recrutement dans l'entreprise.

Il est en tout état de cause établi que, s'agissant des discriminations syndicales, liées au sexe, à l'âge, aux origines ou à l'état de santé, les pratiques illicites sont souvent collectives en ce qu'elles touchent tout ou partie des salariés appartenant à la catégorie discriminée, et non pas seulement un salarié isolé.

2.3- De l'avis de tous les experts, les discriminations collectives sont le plus souvent d'origine « systémique »

Qu'est ce qu'une discrimination systémique?

La discrimination systémique est une discrimination qui relève d'un système, c'est-à-dire d'un ordre établi provenant de pratiques, volontaires ou non, neutres en apparence, mais qui donne lieu à des écarts de rémunération ou d'évolution de carrière entre une catégorie de personnes et une autre.

Cette discrimination systémique conjugue quatre facteurs:

[30] Thierry Laurent et Ferhat Mihoubi, « Moins égaux que les autres ? Orientation sexuelle et discrimination salariale en France », Centre d'Étude des politiques économiques (EPEE), FR CNRS n°3126 Travail, emploi et politiques publiques (Tepp), Université Évry Val d'Essonne & UniverSud Paris. Décembre 2009, qui évoque une différence de salaire de 6,65% au détriment des salariés hommes homosexuels

- les stéréotypes et préjugés sociaux ;
- la ségrégation professionnelle dans la répartition des emplois entre catégories ;
- la sous-évaluation de certains emplois ;
- la recherche de la rentabilité économique à court terme.

La particularité de la discrimination systémique est qu'elle n'est pas nécessairement consciente de la part de celui qui l'opère. A fortiori, elle n'est pas nécessairement décelable sans un examen approfondi des situations par catégories.

L'ANACT relève ainsi qu'elle est souvent saisie par les employeurs qui s'interrogent sur la raison pour laquelle les arrêts de travail sont en augmentation, ou l'entreprise jugée peu attractive. Or, l'analyse concrète révèle très souvent que c'est à partir d'une organisation du travail générant nécessairement de la discrimination que naissent les problèmes rencontrés par l'employeur.

C'est cette discrimination systémique que le droit européen, puis le droit français, ont tenté d'appréhender avec la notion de « discrimination indirecte », dont l'apport principal est de « penser la discrimination (…) également comme le résultat d'une situation sociale »[31]. Dans l'intérêt des salariés, mais aussi celui des entreprises dont la performance à terme peut être gravement atteinte par cette situation, des mécanismes doivent être mis en œuvre pour y remédier.

En ce qu'elles sont systémiques, les discriminations collectives doivent être d'abord combattues par la formation et la sensibilisation. Il sera fait référence à cette nécessité tout au long du rapport, tant la chose paraît essentielle.

Par ailleurs, le législateur a déjà prévu un nombre important de mécanismes pour tenter de résorber les discriminations dans le monde du travail. Et de nombreuses entreprises ont elles-mêmes été au-delà des exigences de la loi en instituant, par accords collectifs, des dispositifs de veille et de réaction très efficaces pour certains d'entre eux.

Ces réponses constituent elles des solutions suffisantes?

2.5 Les discriminations collectives sont non seulement inacceptables sur le plan des droits fondamentaux, mais en outre préjudiciables au bon fonctionnement des entreprises

Les auditions réalisées par la mission, ainsi que les études qui ont été menées au cours de ces dernières années montrent que:

- Si des efforts sont incontestablement faits par de nombreuses entreprises pour tenter de résorber les situations de discriminations, qu'elles soient collectives ou individuelles, la période de crise économique a paradoxalement conduit à accroître les situations de discrimination. Selon une étude du BIT, le marché du travail pléthorique, la peur du chômage, et le manque de moyens des autorités chargées de la lutte contre les discriminations sont autant de facteurs qui conduisent à constater une

[31] Borrillo (D.), « Apports philosophiques et contribution pratique du droit européen en matière de lutte contre les discriminations », in Discriminations : Pratiques, Savoirs, Politiques s.l.dir. de E. Fassin , J.-L. Halperin, La Documentation Française, 2009.

hausse des discriminations en période de crise économique[32].

- Des inégalités fortes existent entre les entreprises qui, conscientes du problème, ont mis en place des outils de réponse, et celles qui estiment qu'il ne peut en aucun cas s'agir d'une priorité.

- Les acteurs sociaux ne sont pas toujours suffisamment investis sur cette question. Les organisations syndicales, notamment, sont, sauf exceptions, rarement porteuses de cet enjeu, tant au niveau de la négociation collective que de la réaction face à des discriminations constatées. Pour certaines personnes auditionnées, notamment DRH, DIRECCTE ou spécialistes des problèmes de discrimination, les organisations syndicales admettraient parfois tacitement que des catégories moins bien traitées servent de « variable d'ajustement » dans des entreprises dont l'équilibre économique est précaire. Lors de leur audition, les organisations syndicales ont indiqué cependant vouloir s'investir dans la recherche de meilleures solutions pour lutter contre les discriminations, quelles qu'elles soient.

Or, des études qui ont été menées dans plusieurs secteurs montrent qu'en favorisant une plus grande diversité et une meilleure intégration de toutes les catégories de salariés, l'entreprise favorise une meilleure ambiance et donc améliore à terme sa performance. Comme l'indiquent les acteurs sociaux eux-mêmes: « *les bénéfices attendus d'une bonne gestion de la diversité dans l'entreprise sont multiples : optimiser la gestion de ses ressources humaines, améliorer son ancrage territorial, accroître ses capacités d'innovation, s'ouvrir à de nouveaux marchés ou encore faire face aux risques d'images et de réputation* »[33].

Ainsi, la présence de femmes dans les équipes de direction améliore statistiquement la performance des entreprises[34]. Une étude récente chiffre à 26% l'augmentation de la performance boursière à la suite de l'arrivée de femmes dans les conseils d'administration[35].

La démonstration des effets positifs de la diversité sur la performance n'est en réalité plus à faire[36]. Ainsi, pour les chercheurs québécois : « **une gestion efficace et stratégique de la diversité permet à l'entreprise d'améliorer sa créativité et de hausser ses innovations, d'optimiser ses communications, de réduire les différends, de diminuer l'absentéisme et le taux de roulement du personnel, de saisir les occasions qu'offre la mondialisation, de se doter d'habiletés de travail d'équipe plus performantes, d'améliorer les relations interentreprises et d'optimiser le service à la clientèle** [37]».

Des constats similaires ont été faits en termes d'intégration des salariés ayant un handicap : non seulement les employeurs ont constaté des qualités individuelles qui permettent d'accéder à une

---

32 BIT, « L'égalité au travail, un objectif qui reste à atteindre », 2011.

33 IMS entreprendre, valoriser la diversité, 2012.

34 Voir par exemple l'étude menée par S. Landrieux-Kartochian en 2004, sous l'égide de la DARES: « des femmes à la performance, une revue de la littérature ».

35 « Gender Diversity and the Impact on Corporate Performance, 2012 », étude menée par le Credit Suisse Research Institute sur 2400 entreprises pendant six années.

36 N. J. Alder, *International dimensions of organizational behaviour*, quatrième édition, Cincinnati, Ohio, South Western, Thompson Learning, 2002 ; N. Basset-Jones, (2005) "The Paradox of diversity management, creativity, and innovation", Creativity and Innovation Management, 14, 2, p. 169-176 ; S. H. Cady et J. Valentine (1999). "Team innovation and perceptions of consideration: What difference does diversity make ?", Small Group Research, 30, p. 730-750 ; O. Grassman (1991). " Multicultural teams: increasing creativity and innovation by diversity ", Creativity and Innovation Management, 10, 2, p. 88-95, dans COMMISSION EUROPÉENNE (2009) *Continuer dans la voie de la diversité; Les pratiques, les perspectives et les avantages pour l'entreprise*, Luxembourg : Office des publications officielles des Communautés européennes.

37 Rapport du comité interministériel québécois « Mieux soutenir les employeurs en matière de gestion de la diversité », 2010.

performance meilleure pour l'entreprise[38], mais en outre de créer au sein de l'entreprise une solidarité qui favorise le travail d'équipe et par conséquent une meilleure dynamique.

[38] La question de l'intégration des handicapés dans l'entreprise : Au-delà de l'obligation légale, une source de performance ? Par Charles-Henri Besseyre des Horts - août 2006.

Synthèse des constats

Pour de nombreux interlocuteurs, tant du côté des salariés que du côté des employeurs, la discrimination au travail ne devrait pas être un sujet prioritaire dans une période où la crise économique conduit à mettre d'abord l'accent sur les mesures qui favorisent la compétitivité et l'emploi, et par conséquent sur celles qui diminuent les contraintes trop importantes qui pèsent sur les entreprises. Et ce d'autant plus que le monde du travail ne peut pas être un monde d'égalité absolue, sous peine de ne plus pouvoir fonctionner.
Cependant, la lutte contre les discriminations collectives doit malgré tout être poursuivie, même en période de crise économique. Il ne s'agit pas de lutter pour une égalité parfaite, mais à empêcher qu'une catégorie minoritaire, dûment protégée par la loi, ne soit systématiquement défavorisée. Cette lutte constitue une priorité d'ordre public.

Or:

1- Les discriminations collectives en entreprise existent incontestablement. Elles sont particulièrement détectables s'agissant des critères hommes/femmes ; activités syndicales ; âge ; handicap ; origines ; apparence physique. Liées à des facteurs divers, qu'il est nécessaire d'identifier avec précision pour chacune des catégories, ces discriminations sont très généralement systémiques, c'est à dire résultant de l'organisation et de la conception du travail plus que d'une volonté délibérée de l'employeur ou de ses représentants.

2- Les discriminations collectives augmentent en période de crise économique. Parce que le marché de l'emploi se rétrécit, parce que la vigilance des acteurs sociaux diminue lorsqu'un péril pèse sur la survie des entreprises, parce que le comportement de quelques uns se modifie avec le sentiment que les contraintes habituelles ne sont plus d'actualité, les chiffres montrent que les discriminations collectives, qui avaient fortement diminué au moins pour certaines catégories au cours des dernières années ont tendance à croître à nouveau.

3- Les discriminations collectives relèvent d' une problématique sociale à un triple niveau:
- Au niveau individuel, elles constituent une atteinte à des droits fondamentaux défendus par les textes internationaux, européens et français.
- Au niveau social, elles paralysent les politiques d'intégration, d'une part, et d'ascenseur social, d'autre part, ce qui a pour effet direct d'exacerber les tensions sociales et de freiner les dynamismes de la main d'œuvre.
- Au niveau de l'entreprise, elles créent un sentiment d'injustice, de malaise, et parfois, au delà, un ressenti de maltraitance qui ont une incidence en termes de performance et de présentéisme.

Toutes les études montrent que la diminution des discriminations a pour corollaire, pour l'entreprise, une meilleure ambiance, un plus grand dynamisme, et par conséquent une amélioration de la performance.

C'est au regard de ces différents éléments que la mission s'est attachée à examiner, d'abord, les principaux dispositifs existants dans la lutte contre les discriminations collectives en entreprise et leur efficacité, ensuite, les solutions complémentaires qui pourraient être mises en œuvre.

3ème Partie

LES DISPOSITIFS LEGISLATIFS EXISTANTS POUR LUTTER CONTRE LES DISCRIMINATIONS AU SEIN DES ENTREPRISES.

Pour lutter contre les discriminations collectives en entreprise, la loi s'appuie d'abord et essentiellement sur la négociation collective.

Elle a, au cours de ces dernières années, considérablement élargi les obligations en ce domaine.

La discrimination ne constitue pas, en tant que telle, un thème de négociation. Cependant, à observer les objectifs des négociations obligatoires, on peut identifier des points d'entrée qui sont autant de façons de lutter contre les discriminations dans l'entreprise.

Certains thèmes abordés dans la négociation collective permettent ainsi de s'attaquer directement à leur source[39] :

- L'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ;
- L'âge, désormais appréhendé sous l'angle du contrat de génération ;
- La santé (pénibilité) et le handicap;
- La gestion de carrière des représentants du personnel ;

3.1- <u>L'égalité professionnelle : accords et désaccords</u>

3.1.1 – Le mille-feuille des négociations sur l'égalité professionnelle

Les textes placent l'égalité professionnelle au centre de la négociation collective. Et ils multiplient les occasions de définir les moyens d'y parvenir, que ce soit au niveau de la branche ou de la profession, ou au niveau de l'entreprise.

3.1.1.1- Les négociations de branche et professionnelle

A ces niveaux, l'obligation d'**aborder** le thème de l'égalité est à la fois annuelle, triennale et quinquennale.

Les négociations **annuelles** sur les salaires (L. 2241-1 du code du travail) et les classifications (L2241-7) « *prennent en compte l'objectif d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes* ». La négociation sur les salaires est d'ailleurs l'occasion d'examiner « *l'évolution des salaires effectifs moyens par catégories professionnelles et par sexe* » (L. 2241-2)

La négociation **triennale** a notamment pour objet de définir « *les mesures tendant à assurer l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes »* ainsi que *« les mesures de rattrapage tendant à remédier aux inégalités constatées* » (L. 2241-3)

---

39 La discrimination se manifestant par l'attribution ou le refus de droits fondée sur un motif illicite, elle peut se manifester de multiples manières : par exemple à travers la rémunération et l'épargne salariale, la classification, etc., qui sont autant de thèmes de négociation collective. Mais ces questions ne sont que des révélateurs, le lieu possible où s'exprime la discrimination, non leur cause.

L'obligation est **quinquennale** s'agissant de la révision des classifications. Les négociations doivent alors prendre en compte, comme pour la négociation annuelle, « *l'objectif d'égalité professionnelle entre les femmes et les* hommes » (L. 2241-7). Les classifications ont été pointées par différentes personnes auditionnées comme pouvant être vecteur de discriminations, au moins indirectes, entre femmes et hommes.

Au vu du dernier bilan de la négociation collective le nombre d'accords de branche abordant le thème de l'égalité professionnelle a lentement progressé en 2012[40].

Années	Accords spécifiques égalité professionnelle	Accords de branche abordant le thème de l'égalité, à l'exclusion des accords spécifiques	Nombre et % d'accords de branche abordant le thème de l'égalité	Nombre total d'accords
2007	9	24	33 (soit 3,2%)	1038
2008	19	34	53 (soit 4,5 %)	1215
2009	35	75	110 (soit 9,5%)	1161
2010	37	112	149 (soit 12, 8%)	1161
2011	27	140	167 (soit 13,5%)	1241
2012	**19**	**164**	**183 (soit 14,5%)**	**1265**

Les accords visant à supprimer les écarts de rémunération, conclus à la suite des négociations annuelle et quinquennale sont déposés auprès de l'autorité administrative. A défaut de dépôt d'accord ou de transmission d'un procès-verbal de désaccord, la commission mixte paritaire est réunie à la demande du ministre du travail.

Les ambitions affichées au niveau de la branche et de la profession sont importantes. Pour autant, l'égalité n'est pas atteinte, ainsi que le législateur a dû en prendre acte en 2010.

Suppression de la date butoir… de suppression des écarts de rémunération

Les négociations annuelle et quinquennale précitées ont aussi pour objet de définir et programmer les mesures « *permettant de supprimer les écarts de rémunérations entre les femmes et les hommes* ». On observera à ce sujet que certaines personnes auditionnées ont déploré le fait que le législateur ait supprimé, en 2010, l'obligation de parvenir à cette suppression avant le 31 décembre de la même année[41].

Si la suppression de la mention d'une date butoir dans la loi peut signer le constat d'échec par rapport à l'ambition de parvenir à la réalisation de l'égalité professionnelle, il apparaît difficile de proposer le rétablissement de ce genre de disposition, plus incantatoire qu'efficace, qui semble rendre l'Etat responsable des discriminations à raison du sexe pouvant encore être pratiquées dans l'entreprise, alors que ces dernières sont aussi le résultat de facteurs exogènes à celle-ci : les stéréotypes restent à l'œuvre dans l'ensemble de la société.

40 Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social, *La négociation collective en 2012*, page 353.

41 La même obligation de mettre fin aux écarts de rémunérations avant fin 2010 existait au niveau de l'entreprise et a été expurgée de l'article L. 2242-7 du code du travail.

Les dispositifs concrets d'évaluation et les leviers d'actions existants, éventuellement renforcés par un affinement d'outils comme le RSC et une meilleure appropriation de ceux-ci par les salariés et les syndicats, apparaissent beaucoup plus pertinents.

3.1.1.2- La négociation d'entreprise : une obligation annuelle devenant triennale en cas d'accord

Au niveau de l'entreprise, l'employeur doit engager chaque année une négociation sur les objectifs d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes dans l'entreprise ainsi que sur les mesures permettant de les atteindre. Une fois l'accord conclu, la périodicité de la négociation est portée à trois ans.

On constate cependant un cumul des négociations. Dans l'entreprise comme au niveau de la branche, les négociations obligatoires doivent prendre en compte « *l'objectif d'égalité professionnelle* » (L. 2242-6 du code du travail), étant précisé que celles portant sur les salaires effectifs, que l'employeur doit engager chaque année, doivent elles aussi « *viser à définir et à programmer les mesures permettant de supprimer les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes* » (L. 2242-7). On rappellera que le rapport Grésy de 2009 préconisait de rationaliser les négociations en ne conservant qu'une négociation sur l'égalité professionnelle[42]. Des débats sont en cours au Parlement à ce sujet.

Actuellement, la négociation porte notamment sur :

- les conditions d'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle ;
- les conditions de travail et d'emploi et en particulier celles des salariés à temps partiel ;
- l'articulation entre la vie professionnelle et les responsabilités familiales ;
- la possibilité dite de sur-cotiser à temps partiel (L. 241-3-1 du code de la sécurité sociale) ;

Informer les salarié(e)s sur le contenu des accords égalité

Il a été reproché au système actuel de mettre en place un arsenal conventionnel qui est totalement inconnu de celles qu'il a vocation à aider. Il est donc proposé par certaines personnes auditionnées de prévoir que l'accord égalité soit remis à tous les salariés de l'entreprise lors de leur embauche.

Cette mesure apparaît pouvoir relever des dispositions à inclure dans l'accord égalité, plutôt que de l'intervention du législateur ou du pouvoir réglementaire. Les syndicats ont sans doute aussi un rôle à jouer pour assurer cette diffusion.

En 2012, le thème de l'égalité professionnelle a été abordé dans 5716 accords sur 31 310 signés, soit 18% des cas[43]. A titre de comparaison, 36% des accords signés sur la même période portent sur les salaires et primes.

[42] Rapport préparatoire à la concertation avec les partenaires sociaux sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, établi par Mme B. Grésy, juillet 2009, page 89.

[43] Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social, La négociation collective en 2012, page 520.

Mais un certain nombre d'entreprises n'avaient pas attendu la sanction financière pour se doter de tels accords.

Exemples d'accord d'égalité professionnelle

Les accords d'égalité communiqués à la mission montrent que beaucoup d'entreprises se sont engagées, parfois de longue date, dans des actions très affirmatives en vue de parvenir à une mixité et favoriser les carrières des femmes, dans les filières ou des métiers où la prédominance masculine est parfois très forte, pour des raisons ne tenant pas seulement aux stéréotypes mais aussi, par exemple, aux conditions de travail. Illustration[44]:

« Non discrimination dans les recrutements
Nous continuerons à veiller à la neutralité des offres d'emploi que nous publions, a minima avec la mention « H/F » (Homme/ Femme)
Les termes employés ne doivent pas permettre une distinction de genre entre les candidats

Mixité dans les recrutements
Dans les métiers à prédominance d'un genre, les sociétés du Groupe s'engagent à favoriser la mixité des équipes.
Pour ce faire, lors de la fin des processus de recrutement, le genre le moins représenté dans la catégorie professionnelle considérée sera favorisé, à profil et compétence équivalent »

Horaires des réunions et déplacement
Le management est sensibilisé pour leur équipe trouve le bon équilibre, notamment pour que la majorité des réunions soient organisées et réalisées pendant les horaires habituels du site (fin de la réunion au plus tard à 18 heures) selon les usages de leur activité professionnelle et sauf circonstances exceptionnelles »

Dans une autre entreprise[45] :

« (…) Par ailleurs, les objectifs prioritaires suivants seront poursuivis au sein des sociétés du Groupe :

- **Favoriser l'accès des femmes à certains métiers scientifiques et techniques traditionnellement masculins et inversement en :**
- **Identifiant clairement les métiers majoritairement occupés par les hommes ou par les femmes,**
- **Mettant en place des actions de formation susceptibles d'attirer des salarié(e)s dans des métiers traditionnellement occupés par des femmes ou des hommes (formations diplômantes ou qualifiantes, changement d'intitulé de poste)**
- **Mettant en place des tutorats.**
- **Veiller à l'accès des femmes aux postes ouverts en interne, et notamment aux postes à responsabilité, en s'attachant à présenter des candidates lors des recherches réalisées pour pourvoir un poste en interne »**

[44] Accord d'égalité professionnelle, Groupe Lafarge, 2012.
[45] Avenant n° 1 à l'accord cadre groupe relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes dans le groupe Thales en France, 2012.

L'absence d'accord portant sur l'égalité professionnelle expose l'employeur d'au moins 50 salariés à une sanction financière, à laquelle il ne peut échapper que s'il est couvert par les objectifs et mesures constituant le plan d'action défini dans le rapport unique applicable aux entreprises de moins de 300 et dans le rapport de situation comparée applicable aux entreprises d'au moins 300 salariés. Dans ces dernières, l'échec des négociations doit être dûment constaté par procès-verbal de désaccord.

Le rapport de situation comparée apparaît dès lors être un outil indispensable tant en ce qu'il informe et permet de négocier, qu'en ce qu'il est censé receler, en cas d'échec de la négociation collective, un programme en vue d'agir sur les inégalités (voir 3.1.2).

3.1.2 - La sanction financière de l'article L. 2242-5-1 du code du travail

Depuis la loi du 9 novembre 2010, les entreprises concernées qui n'ont pas négocié un accord ou mis en place un plan d'action sur ce thème s'exposent à une sanction financière.

Prévue par l'article L.2242-5-1 du code du travail, elle peut conduire à l'application d'une pénalité allant jusqu'à 1% de la masse salariale de l'entreprise par mois de carence à compter du terme de la mise en demeure -qui doit être adressée à l'employeur préalablement- d'établir ou modifier dans les six mois l'accord égalité de rémunération ou le plan d'action.

Le dispositif est récent, puisque ses modalités d'application résultent seulement du décret du 7 juillet 2011, lui même explicité par une circulaire du 28 octobre 2011. Il est entré en vigueur le 1er janvier 2012. Une loi du 26 octobre 2012 est encore venue en préciser le processus, en prévoyant l'existence d'un procès verbal de désaccord à défaut d'accord des partenaires sociaux, et un décret du 18 décembre 2012 a rendu en outre obligatoire un indicateur de la « rémunération effective » et la transmission des plans d'action à la DIRECCTE.

La circulaire DGT du 18 janvier 2013 indique que « *la production d'un rapport de situation comparée –ou rapport unique- n'exonère pas de la pénalité puisque dans le cadre de ce dispositif toute entreprise d'au moins cinquante salariés doit être couverte par un accord relatif à l'égalité ou, à défaut, par un plan d'action unilatéral.* »

Déploiement de la sanction financière

Ces modifications semblent avoir commencé à porter leurs fruits. Le site du ministère du droit des femmes indiquait en avril 2013 que quatre mois après la modification du décret, près de 1500 nouveaux plans avaient été déposés par les entreprises et 135 mises en demeure délivrées. Selon les derniers chiffres disponibles[46] :

LES MISES EN DEMEURE

Au 15 juillet 2013, 402 mises en demeure ont été adressées aux entreprises dont 156 depuis le 1er janvier 2013 :

- 110 ont pour motif l'absence d'accord ;
- 46 ont pour motif la non-conformité d'un accord ou d'un plan d'action déposé (soit 2%

[46] Données communiquées par le ministère du travail (DGT).

des dépôts) ;

LES PENALITES

Au 15 juillet 2013, 4 pénalités financières ont été appliquées en suite de mises en demeure :

- 2 pour motif d'absence d'accord ou de plan d'action ;
- 2 pour motif de non-conformité d'un plan d'action ;
  - Pour l'une des entreprises, la régularisation est intervenue au bout d'un mois.

Ce dispositif de sanction semble pouvoir expliquer la montée en charge de la conclusion d'accords ou de dépôt de plans d'action. En effet, selon les données les plus récentes du ministère du travail[47] :

L'ACTIVITE CONVENTIONNELLE DES ENTREPRISES

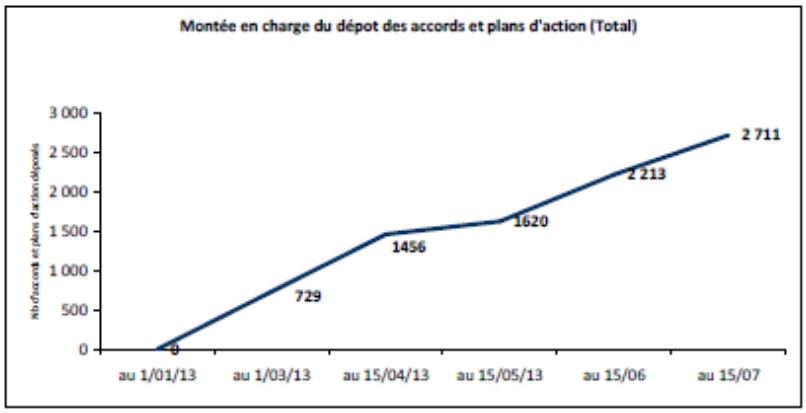
Au 15 juillet 2013, 23% des entreprises assujetties sont couvertes par un accord ou un plan d'action[1].

Cette donnée globale couvre des réalités différentes en fonction de la taille des entreprises :

- 59% des entreprises de + de 1 000 salariés sont couvertes
- 44% des entreprises de + 300 salariés et de – de 1 000 salariés sont couvertes
- 19% des entreprises de + 50

Ce taux de couverture doit être regardé avec précaution en prenant en compte le fait qu'avant le décret du 18/12/2012, les plans d'action ne faisaient pas l'objet d'un dépôt obligatoire, ce qui minore certainement le taux de couverture réel.

Le nombre d'accords et de plans d'action déposés depuis le 1er janvier 2013 progresse de façon régulière.



Certaines personnes auditionnées ont fait valoir que les textes réglementaires prévoyant le mécanisme de sanction peuvent apparaître ambigus quant à la possibilité de sanctionner la seule insuffisance du plan.

L'article R. 2242-6 du code du travail énonce qu' « *il est tenu compte, pour fixer le taux de pénalité, des motifs de défaillance dont l'employeur a justifié* ». La défaillance est caractérisée si celui-ci « *n'est pas en mesure de communiquer* » l'accord ou à défaut le plan d'action « *mis en place ou modifié* » (R. 2242-4), ce qui laisse bien entendre que l'administration exerce un contrôle sur le document qui lui est fourni. Ce contrôle ne porte pas sur la légalité mais sur l'existence des éléments de situation comparée.

47 Données communiquées par le ministère du travail (DGT).

La pratique de l'administration s'est ainsi orientée vers la sanction de plans insuffisants aussi bien que de l'absence de remise de document.

Faut-il aller plus loin et étendre les obligations de l'entreprise sanctionnées par une pénalité financière ?

Etendre le domaine de la pénalité financière ?

Il a été proposé à la mission de relier la « sanction 1% » au non-dépôt du RSC.

Les textes prévoient d'ores et déjà que le rapport unique ou RSC contient nécessairement un plan d'action (R. 2323-9 et R. 2323-12). Certes, c'est bien la conclusion de l'accord égalité et à défaut le dépôt du plan d'action qui sont sanctionnés par la pénalité prévue par la loi. Mais le plan d'action est indissociable du RSC lui-même, lequel, rappelons le, doit être établi annuellement même lorsqu'un accord égalité a été conclu.

Dans ces conditions, étendre la sanction à la non-transmission du RSC aboutirait à sanctionner deux fois l'entreprise pour la même cause : une première fois en raison de l'absence d'accord égalité ou plan d'action (qui supposent des éléments de situation comparée), une deuxième au titre du RSC lui-même. La sanction apparaîtrait dans ces conditions disproportionnée.

La mission estime donc qu'il convient de faire fonctionner le dispositif existant - manifestement revitalisé par la sanction financière- plutôt que d'étendre le champ de l'infraction au non-dépôt du RSC, mesure dont la constitutionnalité serait douteuse au vu des éléments précités.

3.2. La situation comparée des femmes et des hommes dans l'entreprise : l'homme est-il la mesure de toute chose ?

3.2.1.- L'existant

3.2.1.1- Le rapport de situation comparée : trente ans déjà !

C'est la loi n° 83-635 du 13 juillet 1983 qui a imposé aux entreprises disposant d'un comité d'entreprise de transmettre chaque année à celui-ci « *un rapport écrit sur la situation comparée des conditions générales d'emploi et de formation des femmes et des hommes dans l'entreprise* » (ancien article L. 432-3-1 du code du travail).

Ce texte a été modifié à de nombreuses reprises et en particulier par la loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale qui a ajouté parmi les différents indicateurs existants celui « *d'articulation entre l'activité professionnelle et l'exercice de la responsabilité familiale* » et a fixé l'objectif de supprimer les écarts de rémunération au 31 décembre 2010[48].

[48] Objectif reconsidéré en 2010, puisque les dispositions en ce sens ont été abrogées par la loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010.

3.2.1.2- Distinction selon la taille de l'entreprise

– A partir de 300 salariés : rapport de situation comparée

Dans les entreprises d'au moins 300 salariés, l'employeur a donc l'obligation de **soumettre pour avis** « *un rapport écrit sur la situation comparée des conditions générales d'emploi et de formation des femmes et hommes dans l'entreprise* » au comité d'entreprise ou à défaut aux délégués du personnel, soit directement, soit par l'intermédiaire de la commission de l'égalité professionnelle lorsqu'elle existe (L. 2323-57 du code du travail). Ce rapport est également communiqué aux délégués syndicaux.

– En deçà de 300 salariés : rapport unique portant notamment sur la situation comparée

Dans les entreprises de moins de 300 salariés, c'est la loi n° 93-1313 du 20 décembre 1993 qui a mis à la charge de l'employeur l'obligation de remettre au comité d'entreprise une fois par an un rapport unique se substituant à l'ensemble des informations et documents à caractère économique, social et financier, et portant notamment « *sur la situation comparée des conditions générales d'emploi et de formation des femmes et des hommes dans l'entreprise* ».

3.2.1.3- Contenu du rapport

Le rapport de situation comparée sert d'analyse mais aussi de base de discussion à la négociation annuelle obligatoire sur les objectifs d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. Grâce à ce document, le comité d'entreprise et les salariés disposent d'une information précise sur ces questions.

Cependant, le RSC ou le rapport unique sont indépendants de la négociation, puisque celle-ci, en cas de signature d'un accord comportant les objectifs et mesures exigées par la loi, devient **triennale**.

Or, le RSC ou le rapport unique doit **chaque année** être remis pour avis ou soumis au CE, respectivement selon que l'entreprise comprend plus ou moins de 300 salariés.

Le RSC doit contenir un certain nombre d' **indicateurs** Il reprend notamment des indicateurs existants dans le bilan social établi par les entreprises d'au moins 300 salariés ainsi que des données présentes dans d'autres documents de l'entreprise telles que la déclaration annuelle des données sociales.

L'article 99 de la loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites a renforcé l'édifice législatif en imposant aux entreprises d'au moins 50 salariés **l'obligation** d'établir un **plan d'action** destiné à assurer l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes.

En effet, les articles L. 2323-47 et L. 2323-57 modifiés du code du travail prévoient que, selon le cas, le rapport annuel unique ou le RSC doit établir « *un plan d'action destiné à assurer l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes* » étant précisé qu' « *Après avoir évalué les objectifs fixés et les mesures prises au cours de l'année écoulée, ce plan d'action, fondé sur des critères clairs, précis et opérationnels, détermine les objectifs de progression prévus pour l'année à venir, la définition qualitative et quantitative des actions permettant de les atteindre et l'évaluation de leur coût.* »

A la suite de la loi du 9 novembre 2010, le décret n° 2011-822 du 7 juillet 2011 relatif à la mise en œuvre des obligations des entreprises pour l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes a ajouté **la rémunération effective** et **la conciliation entre l'activité professionnelle et l'exercice de la responsabilité familiale** aux thèmes du rapport sur la situation économique de l'entreprise employant moins de 300 salariés. Le décret a aussi précisé le **contenu** du plan d'action en faveur de l'égalité professionnelle que les entreprises devront arrêter ainsi que les éléments de ce plan à faire figurer dans la synthèse rendue publique par l'entreprise.

Les objectifs prévus dans les accords collectifs ou les plans d'action doivent porter sur un certain nombre de domaines d'actions prévus par le code du travail, en fonction du nombre de salariés dans l'entreprise :

- embauche ;
- formation ;
- promotion ;
- qualification ;
- classification ;
- conditions de travail ;
- rémunération effective ;
- articulation entre l'activité professionnelle et l'exercice de la responsabilité familiale ;

Le décret n° 2012-1408 du 18 décembre 2012 relatif à la mise en œuvre des obligations des entreprises pour l'égalité professionnelles entre les femmes et les hommes **a porté le nombre minimal de domaines d'action inclus obligatoirement dans les accords et plans d'action** respectivement de deux à **trois** pour les entreprises de moins de 300 salariés et de trois à **quatre** pour les entreprises de 300 salariés et plus et a rendu obligatoire celui de la **rémunération effective**.

Il a également précisé que la synthèse du plan d'action comprend au minimum des **indicateurs par catégories professionnelles** venant ainsi modifier les articles D. 2323-9-1 et D. 2323-12-1 récemment créés et applicables depuis le 1er janvier 2012.

3.2.1.4- Présentation

L'administration du travail préconise de présenter le RSC en trois axes s'agissant des entreprises de 300 salariés et plus, et sur deux axes pour celles n'atteignant pas ce seuil[49].

3.2.1.5- Rôle de l'administration

- S'agissant des éléments de situation comparée

Dans celles d'au moins 300 salariés, le RSC est **transmis** à l'inspection du travail accompagné de l'avis du comité d'entreprise.

Dans les entreprises de moins de 300 salariés, le rapport unique est **tenu à la disposition** de l'inspecteur du travail, accompagné de l'avis du comité d'entreprise.

- S'agissant du plan d'action

[49] Rapport de situation comparée, Guide de réalisation, ministère du Travail, août 2008.

L'article 6 de la loi n° 2012-1189 du 26 octobre 2012, entré en vigueur au 1er janvier 2013, a introduit dans le code du travail, aussi bien dans les entreprises de moins de 300 salariés que dans celles excédant ce seuil, une disposition prévoyant le **dépôt du plan d'action auprès de l'autorité administrative**[50].

3.2.1.6- Diffusion du plan d'action

Le plan d'action fait l'objet d'une synthèse comprenant un certain nombre d'indicateurs et d'objectifs définis par décret. Celle-ci fait l'objet d'un affichage dans l'entreprise ainsi que d'une publication sur le site internet de l'entreprise lorsqu'il en existe un. La synthèse peut être portée à la connaissance des salariés par tout autre moyen approprié et doit être tenue à la disposition de toute personne qui la demande (L. 2323-47 et -57 du code du travail).

3.2.2- Les propositions faites à la mission

Critiqué par certains pour ses insuffisances, approuvé par la majorité sur son principe, ce document, au centre des préoccupations, ne donne pas lieu à contentieux judiciaire: la mission n'a pu identifier de cas de saisine du juge pour en demander l'établissement ou le faire compléter.

Certains points sont cependant revenus régulièrement en débat.

Elargir le champ des entreprises concernées. Il a été proposé d'abaisser le seuil d'effectifs dans l'entreprise rendant exigibles les éléments de situation comparée.

Le seuil est actuellement de 50 salariés et correspond à celui de constitution du comité d'entreprise avec l'obligation corrélative d'établir annuellement un rapport unique. Il y a actuellement en France plus de 25000 entreprises d'au moins 50 salariés. La cible paraît donc suffisamment large et il convient déjà de permettre à l'administration d'exercer le contrôle qui lui incombe, concernant la conclusion d'accords égalité ou le dépôt de plan d'action. Par ailleurs, la lourdeur inhérente à ce dispositif ne doit pas être méconnue s'agissant des entreprises de taille moyenne.

Rendre lisible le RSC

En 2009, déjà, le rapport Grésy relevait que « *les entreprises transmettent peu de rapports de situation comparée qui sont de surcroît difficiles à lire et dépourvus souvent d'un vademecum d'explicitation* », ajoutant que « *ce constat est partagé par les organisations syndicales qui déplorent l'absence de lisibilité des documents fournis et une profusion de données qui empêche plus sûrement une bonne compréhension de la situation en entreprise que quelques indicateurs clairement explicités* »[51].

Ce constat a été réitéré devant la mission par de nombreux professionnels du droit et organisations syndicales auditionnées, même si ceux-ci reconnaissent la part de formation nécessaire à l'appréhension de la complexité inhérente à ce genre de document, qui s'est trouvé enrichi au fil du

[50] Dont les modalités de mise en œuvre sont précisées aux articles D. 2323-9-2 et D. 2323-12-2 du code du travail.

[51] Rapport préparatoire à la concertation avec les partenaires sociaux sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, établi par Mme Brigitte Grésy, 2009, tome 1, page 64.

temps, précisément pour mieux remplir sa fonction.

L'objet de cet outil est bien évidemment de mettre en évidence les tendances (par exemple un écart entre hommes et femmes dans une catégorie donnée) et les tensions (du type plafond de verre).

Ainsi, il semble utile que se généralise la pratique déjà en cours dans un certain nombre d'entreprises, consistant à présenter les écarts sous la forme de « nuages de points » qui permettent d'identifier la place respective des femmes et des hommes en fonction de l'âge, sur une catégorie professionnelle donnée, voire sur un métier particulier.

Les négociations obligatoires et les comités de suivi sont l'occasion de déterminer les critères retenus pour l'établissement de ces graphiques, en fonction des caractéristiques propres à chaque entreprise.

A également été déploré le fait, s'agissant des entreprises de moins de 300 salariés que les éléments de situation comparée sont noyés dans le rapport unique. Eu égard à l'objet du document unique, la mise en évidence en son sein de la situation comparée paraît davantage relever des bonnes pratiques que de la réglementation.

Diversifier. Faut-il introduire éléments de diversité dans RSC ? Cette proposition paraît difficile à mettre en œuvre.

Si les RSC peuvent inclure des données -évidemment anonymes- sur les suspensions de contrat de travail pour maladie, sur les accidents du travail ou le handicap[52], cela ne peut être étendu aux données « ethno-raciales ». En effet, la loi « Informatique et Libertés » de 1978 interdit de recueillir et d'enregistrer des informations faisant apparaître, directement ou non, les origines raciales ou ethniques ou encore les appartenances religieuses des personnes (voir supra n° 2.2.2)[53].

Dynamiser. De nombreuses critiques ont porté sur la nécessité de rendre le document dynamique (actuellement c'est une photographie et non un film), notamment afin que le juge, dans le cadre d'une instance portant sur un cas de discrimination, ne soit pas obligé d'avoir recours à une expertise pour évaluer la situation dans la durée.

Sur ce plan, certaines propositions méritent d'être plus particulièrement évoquées :

- faire figurer obligatoirement la rémunération médiane (actuellement, l'article R. 2323-12 du code du travail relatif aux entreprises d'au moins 300 salariés permet de retenir la moyenne ou la médiane ; ce choix existe aussi s'agissant de la synthèse du plan d'action D. 2323-9-1 et D. 2323-12-1) ;

- affiner les données liées au genre en introduisant :

[52] Le rapport unique comprend nécessairement une rubrique portant sur le handicap. Cf. article R. 2323-9 du code du travail, II – Evolution de l'emploi, des qualifications et de la formation, 5°.

[53] On trouve sur le site de la CNIL l'évocation d'un cas de plainte formée suite à la pratique d'une grande entreprise, consistant à enregistrer ses salariés selon la typologie « ethno-raciale » suivante : « Africain, Antillais, Asiatique, Eurasien, Indien, Méditerranéen, Occidental ». Cette entreprise était « soucieuse de promouvoir la diversité de son personnel et de lutter contre les discriminations ». http://www.cnil.fr/documentation/fiches-pratiques/fiche/article/le-profilage-communautaire-une-pratique-interdite/

- un indicateur de promotion sexué ; cette proposition est d'ailleurs formulée dans l'ANI du 19 juin 2013 - article 6 : « Dans le cadre de l'article 5 ci-dessus et dans la même perspective, un indicateur de promotion sexué sera élaboré afin de suivre l'évolution des taux de promotion Femmes/ Hommes par métiers dans une même entreprise » ;

- une référence à l'âge et à la qualification au sein des catégories professionnelles évoquées aux articles L. 2323-47 et L. 2323-57 du code du travail, du type : « *le rapport unique ou le rapport de situation comparée compare notamment le niveau de rémunération, de qualification et l'âge des salariés embauchés à un niveau de qualification équivalent, de façon à mesurer d'éventuels écarts dans les trajectoires de carrière professionnelle* » ;

- faire figurer le nombre de procès en discrimination ou encore le nombre de réclamations individuelles sexuées concernant les salaires ;

S**ur ce dernier point, la mission estime que les indicateurs de situation comparée -lesquels relèvent du champ réglementaire- sont déjà très nombreux et qu'il apparaît plus opérant de prévoir les conditions de formation des destinataires (comité d'entreprise, délégués syndicaux) afin de pouvoir lire et utiliser les données qu'il fournit dans de bonnes conditions, que d'en ajouter d'autres dans l'immédiat. En outre, s'agissant des indicateurs d'évolution, ils seront à terme nécessairement connus grâce à l'historique que contiennent les rapports de situation comparée des années précédentes.**

Contrôler. Certaines préconisations ont porté sur l'introduction d'un contrôle de l'élaboration du RSC par l'administration du travail, se traduisant par la possibilité de délivrer à l'employeur une mise en demeure lorsque les données apparaissent insuffisantes.

Le contrôle de l'inspecteur du travail porte actuellement sur la couverture de l'entreprise par un accord égalité ou un plan d'action. Il ne s'agit pas d'un contrôle de légalité mais de la conformité de ce document aux obligations légales et réglementaires (cohérence de la construction, existence du diagnostic et des indicateurs). L'inspecteur du travail peut toujours, à l'occasion d'un contrôle, demander que lui soit transmis le rapport unique ou RSC.

La mission estime qu'il ne peut être demandé à l'inspecteur du travail d'effectuer un contrôle plus important, notamment sur l'opportunité de développer certains indicateurs plus que d'autres. Cette compétence appartient au comité d'entreprise qui est en mesure de réclamer des informations complémentaires, si cela est justifié, lorsque le document lui est transmis.

S'agissant du plan d'action, l'administration doit pouvoir contrôler l'existence du nombre d'indicateurs exigé par les textes, sans qu'un contrôle en opportunité, problématique en termes de légitimité et de moyens, doive lui être confié. Là encore, ce contrôle doit être exercé par les institutions représentatives du personnel, notamment par le comité d'entreprise.

Diffusion- Les organisations syndicales souhaiteraient pouvoir disposer d'une version informatique du RSC. A priori, rien ne s'y oppose, mais là encore, c'est l'accord entre employeur et syndicats qui doit organiser les modalités d'une diffusion efficace.

Propositions de la mission

La mission se limitera ici à reprendre les propositions tendant à ce que le rapport unique et le

RSC :

- **permettent d'analyser dans quelle mesure les niveaux de rémunération des salariés des deux sexes prennent en compte la qualification et l'ancienneté ;**
- **permettent de suivre l'évolution des taux de promotion Femmes / Hommes par métier.**

Ce qui suppose simplement une rationalisation des indicateurs actuels.

3.3. La prise en compte des discriminations liées à l'âge : des seniors au contrat de génération

La loi n° 2008-1330 du 17 décembre 2008 de financement de la sécurité sociale pour 2009 avait instauré une obligation pour les entreprises d'au moins cinquante salariés ou appartenant à un groupe d'au moins cinquante salariés de négocier sur le thème de l'emploi des salariés âgés.

L'accord d'entreprise ou de groupe devait être conclu pour une durée maximale de trois ans et à défaut d'accord, les entités concernées devaient établir un plan d'action[54].

Mais les entreprises ou groupes employant entre 50 et 300 salariés n'étaient pas obligées de conclure un accord ou un plan d'action, dès lors qu'elles étaient couvertes par un accord de branche étendu.

L'obligation de couverture par un plan ou un accord au 1er janvier 2010 était assortie d'une pénalité égale à 1% de la masse salariale de l'entreprise.

Montant des recouvrements du « 1% seniors »[55]

D'après les remontées de l'Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS), la pénalité de 1 % a donné lieu à des recouvrements d'un peu plus de 7 millions d'euros (7 032 556 euros) en 2010, et d'environ 2,4 millions d'euros (2 392 998 euros) en 2011. En 2012, le montant des pénalités déclarées s'élève à 1 687 950 euros.

Pour cette année, le nombre d'établissements ayant déclaré au moins une fois (mensuellement ou trimestriellement) la pénalité "seniors" est égal à 1 473 (environ 90 établissements ont déclaré une pénalité tout au long de l'année) (chiffres : Direction de la sécurité sociale).

Ainsi que cela a pu être relevé, « la pénalité 1% seniors a permis de mettre massivement la gestion des âges à l'agenda de la négociation d'entreprise et de branche, alors que le contexte

[54] Le décret n° 2009-560 du 20 mai 2009 avait notamment défini les domaines d'action pouvant être retenus dans le cadre des politiques mises en place au niveau de l'entreprise : recrutement des salariés âgés de l'entreprise ; anticipation de l'évolution des carrières professionnelles ; amélioration des conditions de travail et prévention des situation de pénibilité ; développement des compétences et des qualifications et accès à la formation ; aménagement des fins de carrière et de la transition entre activité et retraite ; transmission des savoirs et des compétences et développement du tutorat

[55] Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social, *La négociation collective en 2012*, p. 670.

économique pouvait sembler défavorable.[56] »

Bilan de la négociation[57]
Le ministère du travail indique qu'ont été déposés : **90** accords couvrant environ 400 branches professionnelles **32300** accords d'entreprise (dont deux tiers de plans d'action et un tiers d'accords) Sont ainsi couverts par ces accords : **7, 3** millions de salariés **80%** des salariés d'entreprise de 50 salariés ou plus

Le dispositif a été abrogé par la loi du 1er mars 2013 transposant l'accord national interprofessionnel du 19 octobre 2012 instituant le contrat de génération. Les négociations sur l'emploi des seniors se désormais trouvent incluses dans celles relatives au contrat de génération qui comprend son propre dispositif de pénalité[58].

Au niveau de la branche. L'article L. 2241-4 du code du travail dispose que la négociation de branche et professionnelle triennale portant sur les conditions de travail, la GPEC et la pénibilité peut aussi porter sur le contrat de génération.

Au niveau de l'entreprise. L'obligation de négocier se décline en fonction de l'importance de l'entreprise.

Entreprises d'au moins 300 salariés. Les entreprises d'au moins 300 salariés ou appartenant à un groupe de cette taille doivent être couvertes par un accord collectif d'entreprise ou de groupe ou, à défaut d'accord constaté par procès-verbal de désaccord, par un plan d'action. L'absence d'accord ou de plan d'action est sanctionnée par une pénalité.

Entreprises de moins de 300 salariés. Celles comprenant de 50 à moins de 300 salariés ne sont pas tenues de négocier un accord collectif ou d'établir un plan d'action (sous réserve qu'elles n'appartiennent pas à un groupe de 300 salariés et plus), mais doivent remplir un certain nombre de conditions cumulatives pour bénéficier d'une aide de l'Etat, parmi lesquelles, précisément, la couverture par un accord d'entreprise ou de groupe ou par un plan d'action si un procès-verbal de désaccord a été établi, ou, à défaut d'accord ou de plan d'action, par un accord de branche étendu.

Entreprises de moins de 50 salariés. Celles-ci, dès lors qu'elles n'appartiennent pas à un groupe

[56] Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social, *La négociation collective en 2012*, p. 657.

[57] *Ibidem.*

[58] A la suite du document d'orientation du 4 septembre 2012 relatif à la négociation nationale interprofessionnelle sur le contrat de génération, la circulaire interministérielle n° 2012/17 du 2 octobre 2012 avait apporté un certain nombre de précisions sur la mise en œuvre de la pénalité dans la période transitoire jusqu'à l'entrée en vigueur du dispositif de contrat de génération. La circulaire DGEFP / DGT n° 2013-07 du 15 mai 2013 a rappelé que la pénalité de 1% restait applicable jusqu'au 4 mars 2013, date d'entrée en vigueur de la loi portant création du contrat de génération, s'agissant des entreprises assujetties à l'obligation de négociation en faveur de l'emploi des salariés âgés qui n'étaient pas couvertes au 4 septembre 2012 par un accord ou plan d'action en la matière.

employant au moins 50 salariés, sont éligibles à l'aide financière sous diverses conditions mais sans obligation de négociation préalable.

Diagnostic. La négociation de l'accord suppose préalablement l'élaboration d'un diagnostic qui s'appuie sur celui effectué en vue de déterminer les objectifs et mesures relatifs à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. Ce diagnostic a notamment pour objet d'identifier les métiers dans lesquels la proportion de femmes et d'hommes est déséquilibrée.

Plan d'action. A défaut d'accord constaté par procès-verbal, le plan d'action doit être soumis pour avis au comité d'entreprise ou à défaut, aux délégués du personnel.

Dépôt des accords ou plans d'action. Conformément au droit commun des accords collectifs, ceux portant sur le contrat de génération doivent être déposés auprès de l'administration (DIRECCTE).

Le plan d'action, auquel doivent être annexés d'une part l'avis du comité d'entreprise ou délégués du personnel et d'autre part, le procès-verbal de carence doivent également être déposés auprès de la DIRECCTE.

Contrôle de l'administration. L'accord collectif, ou le plan d'action, ainsi que le diagnostic, font l'objet d'un contrôle de conformité qui doit s'effectuer dans un délai de trois semaines pour les accords et six semaines pour les plans d'action, à l'issue duquel ils sont, à défaut de notification de l'administration réputés conformes si l'entreprise comporte au moins 300 salariés, ou non conformes, si elle comporte de 50 à 299 salariés.

Mise en demeure. L'entreprise non couverte par un accord ou un plan conforme est mise en demeure de régulariser sa situation, dans un délai d'un à quatre mois. A défaut de régularisation, et après avoir reçu les explications, éventuellement orales, de l'employeur, quant aux motifs de sa défaillance, le DIRECCTE notifie la pénalité.

Montant de la pénalité

Seules les entreprises d'au moins 300 salariés, ou celles appartenant à un groupe atteignant ce seuil, qui ont l'obligation de négocier sur le contrat de génération, encourent la pénalité en cas de défaillance. La décision prononçant la sanction, qui doit être **motivée**, est notifiée à l'employeur dans le délai d'un mois à compter de la date d'expiration de la mise en demeure

La pénalité est **plafonnée** au plus élevé des deux montants suivants :

- **1 % de la masse salariale**, dont l'assiette comprend l'ensemble des rémunérations ou gains versées aux travailleurs ou assimilés, soumis à cotisations sociales (au sens de l'article L. 241-1 du code de la sécurité sociale ou de l'article L 741-10 alinéa 1er du code rural);

- **10% du montant de la réduction générale des cotisations patronales de sécurité sociale sur les bas salaires** dite réduction « Fillon » applicable à ces mêmes rémunérations ;

Sont prises en compte les périodes pendant lesquelles l'entreprise n'est pas couverte par un accord collectif ou un plan d'action conforme.

L'administration apprécie le montant du taux de la pénalité au vu des efforts constatés pour conclure un accord collectif ou établir un plan d'action, et notamment de l'existence d'un diagnostic, de l'ouverture des négociations, des dispositifs antérieurement établis sur la pénibilité et le travail de seniors, ainsi que de la situation économique et financière de l'entreprise.

Suivi. Chaque année à compter de l'entrée en vigueur de l'accord collectif ou du plan d'action, l'entreprise doit transmettre à l'administration un document d'évaluation sur la mise en œuvre du dispositif. Dans ce cadre, le DIRECCTE peut adresser des observations relativement à la mise en œuvre des accords ou plans d'action et notamment, mettre en demeure l'entreprise de communiquer ou compléter le document d'évaluation. A défaut de se conformer à ces injonctions, l'entreprise encourt, là aussi, la pénalité précitée[59].

On le voit, le dispositif est très complet. Il n'a pas suscité, de la part des personnes auditionnées par la mission, de demande d'observations particulières.

3.4. La prise en compte des discrimination liées à la sante et au handicap

L'article L. 1132-1 du code du travail prohibe toute discrimination à raison de l'état de santé ou du handicap.

Le risque est grand, en effet, que ces caractéristiques, inhérentes à la personne d'un salarié réputé disposer d'une moindre employabilité ou nécessitant des conditions de travail aménagées, donc censées être plus coûteuses, constituent un obstacle à l'accès à l'emploi ou en provoquent la perte.

Mais la protection de la santé du salarié et l'insertion des travailleurs handicapés constituent aussi des objectifs de politiques publiques qui au niveau de l'entreprise, trouvent un écho dans l'obligation de négocier non seulement sur le handicap, mais aussi sur la pénibilité et la prévoyance maladie.

Ce dernier thème peut être brièvement évoqué. Dans les entreprises où sont constituées une ou plusieurs sections syndicales d'organisations représentatives, l'employeur doit annuellement engager une négociation sur le thème du régime de prévoyance maladie, lorsque les salariés ne sont pas couverts par un accord de branche ou d'entreprise en définissant les modalités (L2242-11 du code du travail). La négociation peut avoir lieu au niveau des établissements ou groupes d'établissements composant l'entreprise[60].

La portée de l'obligation pour l'employeur de prendre les mesures idoines en matière de handicap et de pénibilité apparaît plus décisive pour notre problématique :

- Le non-respect par l'employeur du taux d'emploi de travailleurs handicapés fixé par loi le rend passible d'une sanction.

[59] La circulaire DGEFP/ DGT 2013/07 du 15 mai 2013 précise le cadre de l'action des services administratifs en la matière.

[60] La question de la prévoyance maladie peut aussi être traitée par le biais de la négociation annuelle obligatoire sur la rémunération collective et de celle sur l'égalité entre les femmes et les hommes, laquelle porte notamment sur les conditions dans lesquelles l'employeur peut prendre en charge tout ou partie du supplément des cotisations.

– S'agissant de la pénibilité, c'est l'absence de couverture par un accord ou un plan d'action qui est sanctionnée, à l'instar de ce qui existe en matière d'égalité professionnelle ou de contrat de génération.

Ces deux thèmes seront successivement évoqués.

3.4.1- L'insertion professionnelle des travailleurs handicapés

Le handicap figure parmi les critères de discrimination. Il s'agit du versant négatif de la question. Sur le versant positif, il est évident que l'inclusion des personnes handicapées dans la communauté de travail, dont les effets bénéfiques ont été précédemment évoqués, passe par une politique volontariste.

En application des articles L. 5212-1 et suivants du code du travail, l'entreprise d'au moins 20 salariés doit employer des travailleurs handicapés, mutilés de guerre et assimilés, dans la proportion de 6 % de l'effectif total des salariés à temps plein ou à temps partiel. Cette obligation s'applique par établissement lorsque l'entreprise en comprend plusieurs

3.4.1.1- Négociation obligatoire au niveau de la branche

Négociation triennale. L'obligation de négocier sur les mesures tendant à l'insertion professionnelle et au maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés est triennale[61]. Elle doit porter notamment sur:

- les conditions d'accès à l'emploi, la formation et à la promotion professionnelle ;
- les conditions de travail, d'emploi et de maintien dans l'emploi.

Rapport préalable. La négociation se déroule à partir d'un rapport établi par la partie patronale présentant, pour chaque secteur d'activité, la situation eu égard à l'obligation d'emploi de travailleurs handicapés.

3.4.1.2 - Négociation obligatoire au niveau de l'entreprise

Négociation annuelle devenant triennale en cas d'accord. Au niveau de l'entreprise, l'obligation de négocier sur les mesures relatives à l'insertion professionnelle et au maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés est annuelle[62]. Il s'agit ici non seulement de poser un diagnostic, mais aussi de mobiliser le collectif pour lutter contre les stéréotypes et faire changer les mentalités. Elle doit porter notamment sur:

- les conditions d'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles ;
- les conditions de travail et d'emploi ;
- les actions de sensibilisation au handicap de l'ensemble du personnel de l'entreprise ;

L'obligation de négocier devient triennale lorsqu'un accord collectif comportant de telles mesures est conclu.

---

61 Article L. 2241-5 du code du travail.
62 Article L2242-13 du code du travail.

Rapport préalable. Cette négociation se déroule, comme au niveau de la branche, sur la base d'un rapport établi par l'employeur présentant la situation de l'entreprise eu égard à l'obligation d'emploi de travailleurs handicapés.

Carence de l'employeur. Selon le droit commun de la négociation obligatoire, à défaut d'initiative de l'employeur depuis plus de douze mois suivant la précédente négociation, la négociation s'engage obligatoirement à la demande d'une organisation syndicale représentative dans les quinze jours suivant cette demande[63].

3.4.1.3 - Obligation d'emploi et sanction

Afin de justifier du respect de ses obligations en matière de handicap, l'employeur qui entre dans le champ d'application de la loi doit chaque année adresser à l'Agefiph une déclaration relative à l'emploi des travailleurs handicapés.

Pénalité pour non-respect des obligations d'emploi de travailleurs handicapés

La loi ne sanctionne pas l'absence de dépôt d'accord ou de plan d'action mais le non-respect des obligations d'emploi en tant que telles. En effet, l'employeur est astreint à titre de pénalité auprès du Trésor public d'une somme dont le montant est égal à celui de la contribution instituée par le second alinéa de l'article L. 5212-10, majoré de 25%, lorsqu'il manque :

- à son obligation d'employer dans la proportion de 6% de l'effectif total de ses salariés, à temps plein ou à temps partiel, des travailleurs handicapés, mutilés de guerre et assimilés (L. 5212-2) ;

- ou à celles lui permettant de s'acquitter de l'obligation d'emploi précitée par d'autres mécanismes (contrat avec des entreprises employant des handicapés, accueil en stage d'handicapés ; versement d'une contribution annuelle au fonds de développement pour l'insertion professionnelle des handicapés…).

L'employeur est également passible de cette sanction lorsqu'il manque à son obligation de procéder à la déclaration annuelle destinée à l'Agefiph.

3.4.2- La pénibilité

La pénibilité, à la différence du handicap, a trait non à la personne du salarié, mais à la prise en compte des conditions de travail. Le poste de travail doit être adapté au salarié et non l'inverse. De même, les conditions de travail particulièrement éprouvantes doivent être reconnues. Celles-ci ont, de manière évidente, une incidence sur la santé du salarié, dont la protection incombe à l'employeur.

Depuis la loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites, l'employeur est tenu de prendre les mesures nécessaires à la prévention de la pénibilité au travail, dans le cadre de son obligation plus générale de sécurité de résultat.

Un certain nombre de personnes auditionnées ont fait valoir que les conditions de travail, et à

[63] Article L. 2242-1 du code du travail.

travers elles la pénibilité, pouvaient être des révélateurs, voire des facteurs de discrimination.

Obligation au niveau de la branche ou au niveau professionnel. L'obligation de négocier sur la prise en compte de la pénibilité du travail est ici triennale[64]. C'est un thème de négociation à part entière depuis la loi n° 2013-185 du 1er mars 2013.

Obligation au niveau de l'entreprise. Les entreprises d'au moins 50 salariés dont l'effectif contient au moins 50% de salariés exposés à des facteurs de pénibilité, doivent conclure un accord collectif ou un plan d'action, faute de quoi elles s'exposent depuis le 1er janvier 2012 à une pénalité prévue par l'article L. 138-29 du code de la sécurité sociale. A la différence de ce qui existe pour l'égalité professionnelle ou le contrat de génération, le recours au plan d'action ne se fait pas par défaut mais constitue une alternative à l'accord[65].

Les entreprises d'au moins 50 et moins de 300 salariés n'encourent pas la pénalité lorsqu'elles sont couvertes par un accord de branche étendu portant sur la pénibilité[66].

Diagnostic. L'employeur doit déterminer la proportion de salariés exposés aux facteurs de pénibilité définis par le code du travail (contraintes physiques marquées ; environnement physique agressif ; rythmes de travail particuliers tels que de nuit, en équipes successives alternantes ou répétitif)[67]. Cette proportion, qui doit faire l'objet d'une actualisation, est consignée dans le document unique d'évaluation des risques.

Objet. L'accord d'entreprise ou de groupe, de même que l'accord de branche étendu, doit obligatoirement aborder certains thèmes parmi les six dont la liste est établie par décret.

Durée. La durée maximale des accords et plans d'action est de trois ans (L. 138-30 et -31 du code de la sécurité sociale, applicables à compter du 1er janvier 2012). Les accords et plans sont déposés auprès de l'autorité administrative.

Sanction : le 1% pénibilité

Si l'entreprise n'est pas couverte par un accord ou par un plan d'action, elle encourt depuis le 1er janvier 2012 une pénalité égale au maximum à 1% des rémunérations et gains versés aux travailleurs exposés à un ou plusieurs facteurs de pénibilité, aussi longtemps que son abstention perdure (L. 138-29 du code de la sécurité sociale).

Lorsqu'il constate l'absence d'accord ou de plan, ou leur insuffisance, l'inspection du travail met en demeure l'employeur de remédier à cette situation dans le délai de six mois.

A l'issue de ce délai, et à défaut pour l'employeur d'avoir pris les mesures idoines ou de justifier de sa défaillance, le DIRECCTE décide s'il y a lieu d'appliquer la pénalité.

Le taux de la pénalité est fixé en fonction de l'effectif de l'entreprise, des efforts constatés en matière de prévention de la pénibilité et de l'état d'avancement des négociations.

64 Article L. 2241-4 du code du travail.

65 Circulaire DGT n° 08 du 28 octobre 2011 relative aux accords et plans d'action en faveur de la prévention de la pénibilité prévus à l'article L. 138-29 du code de la sécurité sociale.

66 Article L. 138-31 alinéa 2 du code de la sécurité sociale.

67 Articles L. 4121-3-1 et D. 4121-5 du code du travail.

Le produit est affecté à la branche ATMP de la sécurité sociale.

La pénibilité: un objectif de suivi ambitieux

Il a été indiqué à la mission que « dans le prolongement des réflexions conduites lors des deux grandes conférences sociales et dans le cadre de la réforme des retraites » l'administration du travail entend accompagner les entreprises et assurer « un suivi approfondi de la dynamique de négociation de la prévention de la pénibilité »[68].

Il s'agit là d'une priorité dans la vigilance exercée par l'administration du travail.

3.5. Les négociations relatives aux salaries investis d'un mandat de représentation

L'article L. 1132-1 du code du travail prohibe toute discrimination, directe ou indirecte, fondée sur l' appartenance syndicale ou sur l'exercice d'activités syndicales. Cela implique qu'un tel motif ne peut être invoqué au soutien d'une sanction ou d'un licenciement ou encore pour fonder une décision en matière de rémunération, de formation, de promotion professionnelle, de mutation, etc.

La Cour de cassation a ainsi récemment rappelé « *qu'un employeur ne peut, fût-ce pour partie, prendre en compte les absences d'un salarié liées à ses activités syndicales pour arrêter ses décisions en ce qui concerne notamment la conduite et la répartition du travail, la formation professionnelle, l'avancement et la rémunération* »[69].

Les systèmes d'évaluation et de déroulement de carrière d'un salarié investi d'un ou plusieurs mandats de représentation, parfois pendant plusieurs années, posent cependant d'importantes et récurrentes questions pratiques.

Saisie de ces questions, la Cour de cassation ne s'était à l'origine pas montrée très favorable aux accords collectifs prévoyant des dispositions spécifiques de déroulement de carrière de cette catégorie de salariés.

Ainsi, elle avait validé l'analyse d'une cour d'appel ayant constaté l'existence d'une discrimination après avoir retenu que « *le système d'avancement propre aux salariés exerçant des activités syndicales à plein temps faisait de l'appartenance syndicale un critère d'application d'un régime différent de celui des autres salariés* »[70].

Elle avait aussi jugé que constitue une discrimination directe « *une stipulation conventionnelle qui, dans le cadre d'un accord de progression de carrière des représentants du personnel et syndicaux, limite pour ces seuls salariés la progression de rémunération dont ils peuvent bénéficier à la suite*

[68] Source : Ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, document de programmation transmis aux DIRECCTE pour la construction de leur maquette 2014, dans le cadre du Programme 111 – Amélioration de la qualité de l'emploi et des relations de travail, notamment ceux relatifs aux pénalités financières.

[69] Soc., 20 février 2013, pourvoi n° 10-30.028, Bull. 2013, V, n° 54.

[70] Soc. 29 janvier 2008, pourvoi n° 06-42.066, diffusé.

d'une promotion »[71].

Il était nécessaire que le législateur intervienne pour poser un cadre et habiliter les partenaires sociaux à adopter par la voie conventionnelle les mesures appropriées en la matière. Ce fut chose faite en 2008.

Le dispositif de négociation issu de la loi du 20 août 2008 : Valoriser sans favoriser

Afin de favoriser l'objectivation des pratiques des entreprises et si possible de faire diminuer le risque de contentieux, la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 a institué un dispositif de négociation collective sur le thème de l'activité syndicale[72].

L'article L. 2141-5 du code du travail prévoit ainsi, en son deuxième alinéa, qu' « *Un accord détermine les mesures à mettre en œuvre pour* ***concilier la vie professionnelle avec la carrière syndicale*** *et pour prendre en compte* ***l'expérience acquise****, dans le cadre de l'exercice de mandats,* ***par les représentants du personnel*** *désignés ou élus dans leur évolution professionnelle* ».

L'obligation de négocier vise dès lors aussi bien les salariés investis d'un mandat syndical (délégués syndicaux, représentant de la section syndicale…) que ceux représentant le personnel à la suite d'une élection (délégué du personnel, membres du comité d'entreprise ou du CHSCT…).

Aucune sanction n'est ici expressément prévue par la loi.

L'article L. 2242-20 du code du travail, dispose par ailleurs que « *Dans les entreprises d'au moins 300 salariés, ainsi que dans les entreprises mentionnées aux articles L. 2331-1 et L. 2341-3 employant au moins trois cents salariés, la négociation prévue à l'article L. 2242-15 porte également sur le* ***déroulement de carrière*** *des salariés exerçant des responsabilités syndicales et l'exercice de leurs fonctions.* »

Les entreprises atteignant ce seuil doivent ainsi aborder la question de la carrière des syndicalistes dans le cadre de la gestion prévisionnelle des emplois (GPEC) qui fait l'objet d'une négociation triennale.

Il ressort des auditions effectuées par la mission que les entreprises et les partenaires sociaux ont adopté des accords ou sont en cours de négociation sur ces questions avec le souci d'aboutir à un dispositif qui valorise comme il se doit l'expérience résultant de l'exercice de mandats (lesquels sont de nature à développer les qualités de dialogue, de synthèse, de prise de parole etc.) mais qui ne favorise, ni défavorise, les salariés exerçant un mandat par rapport à la communauté des travailleurs occupant un emploi équivalent.

La clé semble ainsi être dans la négociation collective mais aussi dans la mise au jour de

[71] Soc., 24 septembre 2008, pourvoi n° 07-40.935, *Bull.* 2008, V, n° 187.

[72] A la suite de cette modification, la Cour de cassation a jugé que sauf application d'un accord collectif visant à en assurer la neutralité ou à le valoriser, l'exercice d'activités syndicales ne peut être pris en considération dans l'évaluation professionnelle d'un salarié (Soc., 23 mars 2011, pourvoi n° 09-72.733, diffusé).

bonnes pratiques ayant pour objet de sensibiliser les managers et de veiller à la formation continue des salariés concernés, afin d'entretenir et de développer l'employabilité des intéressés, sans distinction selon que le ou les mandats dont ils sont titulaires impliquent ou non un exercice à temps plein.

I**l est d'autant plus important d'anticiper les difficultés en amont par la voie conventionnelle qu'en aval, les cas de discrimination syndicale restent ceux dont l'administration du travail est le plus souvent saisie et généralement*, in fine,* la justice.**

3.6. Faut-il renforcer le contrôle des conventions et accords collectifs ?

Parmi les propositions recueillies lors des auditions, l'une d'elles[73] suggérait d'instaurer un contrôle systématique des conventions et accords collectifs afin de « traquer » les clauses qui, isolément ou par concours, présenteraient un caractère discriminatoire.

L'idée part du constat –indiscutable- que l'illicéité potentielle de certaines clauses est facteur d'insécurité juridique, tant pour le salarié qui se la voit appliquer que pour l'employeur qui, l'appliquant, s'expose à une condamnation sans d'ailleurs généralement en être conscient.

Il s'agirait donc d'instaurer un contrôle abstrait et *a priori*, par des représentants des partenaires sociaux eux mêmes, des normes collectives au regard de la règle de non-discrimination, toute convention ou accord collectif étant ainsi soumis à un examen de sa légalité avant d'entrer en vigueur.

Le contrôle s'effectuant *a priori*, selon cette proposition, il ne pourrait par hypothèse être confié au juge. L'objectif serait précisément de vider le contentieux et donc d'éviter la voie judiciaire.

Par ailleurs, les normes en question ayant un caractère privé, ce contrôle ne saurait être confié à l'administration, sauf à changer de paradigme et de culture juridiques.

Ainsi que le rappelle le directeur adjoint du travail, « *Traditionnellement, l'examen des accords collectifs conclus entre les employeurs et les organisations syndicales ne relève pas de l'Administration, qui en est simplement dépositaire, au nom de la liberté contractuelle entre partenaires sociaux. Le dépôt des accords collectifs ne fait pas l'objet d'un examen de légalité* »[74].

Certes, il existe des exceptions. Par exemple[75] :

- l'administration contrôle l'existence d'accord portant sur la pénibilité et l'égalité professionnelle, ainsi qu'il a été vu précédemment ;

- l'administration peut refuser d'enregistrer l'accord d'entreprise sur les salaires effectifs, en l'absence d'ouverture des négociations sur les écarts de rémunération entre femmes et hommes (L. 2242-10 du code du travail) ;

---

[73] Cette proposition émane du **Professeur Jean-François Akandji-Kombé**, Professeur à l'Université Paris I – Panthéon- Sorbonne.

[74] Th. Kapp, "Le rôle de l'Administration dans le contrôle des accords collectifs ou plans d'action portant sur le contrat de génération », *in JCP Social*, n° 17 2013, 1176.

[75] Th. Kapp, article précité.

– l'administration opère un contrôle lors de la procédure d'extension des conventions collectives : ainsi concernant les conventions et accords portant sur l'égalité professionnelle et salariale[76]. Ce qu'illustre le tableau suivi établi par le ministère du travail concernant la répartition des accords spécifiques en fonction des observations à l'extension[77] :

Année	Accords égalité (étendus sans réserve)	Accords égalité incomplet (étendus avec réserve	Accords se limitant à un rappel de la loi (étendus avec réserve)	**Total**	Part des accords étendus sans réserve
2007	1	6	0	7	14%
2008	4	12	3	19	21%
2009	10	20	4	34	29%
2010	20	17	0	37	54%
2011	13	10	3	27*	48%
2012	**8**	**6**	**4**	**19***	**42%**

Source : ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social –DGT (BDCC)
**dont un accord ayant fait l'objet d'un refus d'extension*

La proposition faite à la mission impliquerait de soumettre au contrôle de légalité un nombre bien plus important d'accords.

Dans la mesure où 88000 accords d'entreprises sont signés chaque année[78], il n'apparaîtrait pas raisonnable de confier à l'administration la tâche d'effectuer un contrôle de légalité sur l'ensemble.

C'est pourquoi la proposition recueillie consistait à confier ce contrôle aux partenaires sociaux eux-mêmes, sur le modèle de la commission paritaire de validation des accords de branche.

Actuellement, « ces commissions répondent au souci de contrôler les conditions auxquelles un accord conclu avec un élu du personnel est susceptible d'acquérir la qualité d'accord collectif »[79]. Leur champ de compétence est donc limité au cas où la négociation collective se tient dans une entreprise dépourvue de délégué syndical.

Il apparaît difficile de généraliser et d'approfondir un tel système de contrôle, eu égard aux conditions de validité des accords résultant de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 et de la lourdeur organisationnelle que cela supposerait, au vu des chiffres précités.

Il n'est d'ailleurs pas sûr que le jeu en vaille la peine.

En effet, il faut rappeler que toute organisation syndicale, même signataire dès lors qu'il s'agit de faire respecter des prescriptions d'ordre public, a qualité pour agir en nullité devant le

[76] Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social, *La négociation collective en 2012*, page 354.
[77] Ibidem, page 355.
[78] Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social, *La négociation collective en 2012*, page 513.
[79] Sophie Nadal, « Conventions et accord collectifs (I – Droit de la négociation collective) », *in Répertoire de droit du travail Dalloz*, n° 218.

tribunal de grande instance pour faire annuler la clause illicite d'une convention collective[80].

Cette même possibilité est ouverte au salarié devant le conseil de prud'hommes à l'occasion d'un litige individuel de travail.

Pour l'heure, au vu du volume de contentieux de l'annulation des conventions collectives ou de certaines de leurs clauses, la mission n'estime pas opportun de renforcer le contrôle a priori des conventions et accords collectifs, que ce soit dans un cadre administratif ou paritaire.

3.7. Le pouvoir de sanction de l'administration : faut-il le renforcer ?

3.7.1 Sanction du fait discriminatoire

L'administration joue un rôle important dans le dépistage des cas de discrimination. En application de l'article L. 8112-1 du code du travail qui lui confie la charge de « *veiller à l'application des dispositions du code du travail et des autres dispositions légales relatives au régime du travail* », l'inspecteur du travail a qualité pour constater toute infraction en ce domaine.

Dans ce cadre, elle établit des statistiques en matière de manquements aux dispositions du code du travail relatives aux principes de non-discrimination[81] :

Ces statistiques valent pour l'ensemble des discriminations en entreprise.

A) Pour l'année 2012 mise à jour au 23/11/2013

	Avis (après saisine de l'inspection).	**Décisions** (décision administrative)	**Observations écrites**	**PV**	**Rapport**	**Signalement**	**Total**
L1132-1 Code du travail	11	15	520	3	4	2	556

[80] Soc., 26 mai 2004, pourvoi n° 02-18.756, *Bull.* 2004, V, n° 143. Voir aussi, précédemment : Soc., 9 juillet 1996, pourvoi n° 95-13.010, *Bull.* 1996, V, n° 269

[81] Chiffres communiqués par le ministère du travail (DGT).

B) Pour l'année 2013 mise à jour au 27/11/2013

	Avis (après saisine de l'inspection).	**Décisions** (décision administrative)	**Demande de vérification**	**Observations écrites**	**PV**	**Rapport**	**Signalement**	**Total**
L1132-1 Code du travail	3	7	1	477	5	8	2	503

Les signalements sont transmis au procureur de la République territorialement compétent, qui peut engager des poursuites s'il estime que sont réunis les éléments constitutifs de l'infraction définie aux articles 225-1 et 225-1-1 du code pénal :

La discrimination dans le code pénal

Article 225-1 du code pénal

Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation ou identité sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée.
Constitue également une discrimination toute distinction opérée entre les personnes morales à raison de l'origine, du sexe, de la situation de famille, de l'apparence physique, du patronyme, de l'état de santé, du handicap, des caractéristiques génétiques, des mœurs, de l'orientation ou identité sexuelle, de l'âge, des opinions politiques, des activités syndicales, de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée des membres ou de certains membres de ces personnes morales.

Article 225-1-1 du code pénal

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

L'appréciation du parquet comme autorité de poursuite est évidemment autonome par rapport aux prérogatives de l'inspection du travail. Il importe que néanmoins que celle-ci puisse continuer à signaler les faits qui lui paraissent devoir être poursuivis et qu'elle obtienne, le cas échéant, le explications sur les raisons qui aboutissent à un classement.

3.7.2 - Sanction des obligations afférentes aux négociations collectives

Au niveau financier, le pouvoir de sanction de l'administration apparaît important : des pénalités sanctionnent l'absence de couverture par un accord ou plan d'action s'agissant du contrat de génération, de la pénibilité et bien sûr de l'égalité professionnelle.

L'accompagnement du dialogue social et le contrôle des dispositifs prévoyant une pénalité

financière constituent des déclinaisons des actions du programme annuel de performance portant sur la qualité et l'effectivité du droit d'une part, le dialogue et la démocratie sociale d'autre part[82].

La mission estime qu'il n'y a pas lieu d'envisager de renforcer le dispositif de sanction financière. En effet, ces dispositifs sont récents (les sanctions sont encourues à compter du 1er janvier 2010 pour les seniors, dispositif modifié en 2013 pour le contrat de génération ; et 1er janvier 2012 pour la pénibilité et l'égalité). Il paraît préférable de les faire vivre et d'assurer un véritable suivi, conformément à l'intention du législateur.

Il n'est peut-être pas inutile de rappeler que l'administration n'est pas seule investie d'un pouvoir de sanction.

Le non-respect par l'employeur de ses obligations de négocier peut également prendre une coloration pénale.

Le code du travail prévoit en effet une peine d'un an d'emprisonnement et une amende de 3750 € à l'encontre de l'employeur qui se soustrairait:

- aux obligations relatives à la convocation des parties à la négociation annuelle et à l'obligation périodique de négocier (L. 2243-1 du code du travail) ;

- aux obligations prévues aux articles L. 2242-5 (égalité professionnelle), L. 2242-8 (salaires effectifs et durée effective du temps de travail), L. 2242-9 (évolution de l'emploi dans l'entreprise), L. 2242-11 à -14 (prévoyance maladie, intéressement participation et épargne salariale, ainsi que handicap) et L. 2242-19 (gestion prévisionnelle des emplois dans les entreprises d'au moins 300 salariés) relatives au contenu de la négociation obligatoire (L. 2243-2 du code du travail) .

[82] Source : Ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, document de programmation transmis aux DIRECCTE pour la construction de leur maquette 2014, dans le cadre du Programme 111 – Amélioration de la qualité de l'emploi et des relations de travail, notamment ceux relatifs aux pénalités financières.

Synthèse des observations sur les dispositions de diagnostic et de négociation obligatoire

Au cours des dix dernières années, les obligations de fournir certains indicateurs et de négocier sur la situation de certaines catégories de salariés se sont multipliées. Le système de sanctions, notamment administratives, s'est considérablement alourdi. Certains des textes ayant en outre été modifiés par strates successives plusieurs fois en quelques années, on peut comprendre le sentiment très fortement exprimé par les chefs d'entreprise et DRH d'un « trop plein » de contraintes légales. **la pratique déjà en cours dans un certain nombre d'entreprises, consistant à présenter les écarts sous la forme de « nuages de points » qui permettent d'identifier la place respective des femmes et des hommes en fonction de l'âge, sur une catégorie professionnelle donnée, voire sur un métier particulier.**

Cependant, ces dispositifs, qui pour l'essentiel pèsent surtout sur les entreprises d'au moins 300 salariés, visent à faire en sorte que le principe de non-discrimination, dont chacun admet l'importance, puisse recevoir une véritable inscription dans la pratique. Et de fait, s'agissant des femmes, des personnes handicapées, ou des seniors, les entreprises confirment que ces dispositifs les ont conduit à modifier un certain nombre de leurs pratiques. Et parfois, sous l'effet de la contrainte, de découvrir – ou de faire découvrir à leurs salariés- combien leur approche restait ancrée dans certains préjugés.

De nombreuses propositions ont été faites, au cours des auditions, pour améliorer tel ou tel des dispositifs. Certaines de ces propositions ont un aspect très concret, qui paraît relever de la logique de l'approche négociée: transmission du rapport de situation comparé aux syndicats via internet, remise à chaque salariée, lors de son embauche, d'un exemplaire du rapport...

D'autres sont des réformes d'ampleur, qui ne paraissent pas, pour l'instant, pouvoir être acceptées et mises en œuvre: ainsi du contrôle systématique, a priori, de tous les accords collectifs signés en entreprise ou au niveau de la branche, ou du renforcement des pouvoirs d'intervention de l'inspection du travail quant au contenu des différents accords.
De manière générale, la mission estime qu'un ajout législatif aux dispositifs existants pourrait être contre-productif.

Cependant, il y a quelques points sur lesquels il pourrait être donné plus d'efficacité au RSC tout en en rationalisant les données, en permettant:

- **d'analyser la mesure dans laquelle les niveaux de rémunération des salariés des deux sexes prennent en compte la qualification et l'ancienneté ;**
- **de suivre l'évolution des taux de promotion femmes / hommes par métiers.**

Cet objectif pourrait être atteint par la généralisation de **la pratique déjà en cours dans un certain nombre d'entreprises, consistant à présenter les écarts sous la forme de « nuages de points » qui permettent d'identifier la place respective des femmes et des hommes en fonction de l'âge, sur une catégorie professionnelle donnée, voire sur un métier particulier.**

4ème partie

LES ACTIONS VOLONTAIRES DES ENTREPRISES

De très nombreuses entreprises ont pris conscience de l'importance de la diversité et de la non-discrimination dans l'intérêt des salariés et de l'employeur. Elles ont souvent mis en place des dispositifs volontaires de lutte contre la discrimination, soit de manière autonome, soit avec l'aide de mécanismes publics. Ces pratiques sont importantes, puisque volontairement décidées, elles sont probablement la réponse la plus efficace aux risques de discrimination.

Elles concernent la phase, particulièrement sensible, de l'embauche, ainsi que, par la suite, le déroulement de la carrière des salariés.

4.1- Les actions volontaires pour lutter contre les discriminations à l'embauche

4.1.1- Les discriminations à l'embauche, un phénomène inquiétant

Le constat fait récemment par le défenseur des droits dans une enquête IFOP réalisée avec l'Organisation internationale du travail (OIT)[83] est alarmant: les discriminations à l'embauche sont perçues comme fréquentes par 87% des demandeurs d'emploi, et pour 84% d'entre eux, la crise économique a encore aggravé ce phénomène. Les critères les plus discriminants sont, toujours d'après cette enquête:

- être enceinte (89%) ;
- être âgé de plus de 55 ans (88% dont 94% chez les 50 ans) ;
- être obèse (78%) ;
- le handicap arrive non loin derrière (72%).

Cette enquête ne fait que corroborer les multiples études menées depuis une dizaine d'années sur le sujet. Ainsi de l'importante étude conduite par le Bureau international du travail (BIT) en coordination avec le ministère de l'emploi, et qui constatait que lorsque les employeurs ont le choix, près de quatre fois sur cinq (78,7%) ils favorisent le candidat majoritaire, et seuls 11% respectent une égalité entre les candidats[84]. De même, l'Observatoire des discriminations a mené une enquête qui fait ressortir qu'en moyenne, un candidat de 48-50 ans a 3 fois moins de chances qu'un candidat plus jeune d'obtenir un entretien d'embauche, qu'un candidat maghrébin a également 3 fois moins de chances d'être convoqué à un entretien qu'un candidat blanc, et que le handicap diminue par deux d'obtenir un entretien[85]. Et la situation s'aggrave très nettement pour ces trois catégories en particulier lorsque le poste à pourvoir est en contact avec la clientèle.

Les constats sont donc convergents et massifs. Les moyens d'y remédier ne font en revanche pas l'unanimité. Face aux insuffisances ou aux risques que chacun des procédés proposés révèle, la mission ne propose pas de les rendre obligatoires.

Il en sera fait cependant une description dans le cadre du présent rapport, car ce sont des mécanismes qui sont mis en place spontanément dans des entreprises, ou à l'occasion de

---

83 Enquête sur la perception de la discrimination par les demandeurs d'emploi du défenseur des droits/IFOP, octobre 2013.

84 "Les discriminations à raison de l'origine dans les embauches en France", BIT 2007.

85 Observatoire des discriminations, enquête menée en 2006 sur la base de 6.500 CV envoyés, JF Amadieu, Job board Adia.

partenariats avec des DIRECCTE ou des conseils généraux, et qui peuvent, à l'évidence, faire régresser les discriminations.

4.1.2- L'absence de réponse unique

Il apparaît en réalité que la seule réponse vraiment efficace aux discriminations à l'embauche réside dans l'évolution des mentalités, et par conséquent la sensibilisation, en négatif, à l'interdiction des discriminations, et en positif, à l'apport de la diversité dans le monde de l'entreprise.

Or, cette sensibilisation relève à la fois des pouvoirs publics et des acteurs sociaux.

Le BIT indique ainsi qu'en Belgique, à la suite d'une enquête sur les discriminations à l'embauche similaire à celle conduite en France, trois actions convergentes ont été entreprises, qui ont conduit à une diminution caractérisée de ces discriminations :

- campagne de lutte contre les discriminations menées par les grandes fédérations syndicales ;
- élaboration d'un code de pratique par les fédérations d'employeur ;
- mise en place de mesures administratives et de formations spécifiques par l'employeur.

Ces mesures se mettent également en place en France, mais de manière progressive et éparpillée. Sous l'égide du Défenseur des droits, une charte pour l'égalité dans les recrutements a ainsi été signée en octobre 2013 par les intermédiaires de l'emploi, par lesquels ces derniers s'engagent à tenter d'objectiver et de rendre plus transparentes les conditions de recrutement, et à promouvoir l'égalité des chances entre candidats.

Mais il faut aller plus loin, et pour rendre plus efficace la sensibilisation médiatique, mener une enquête sérieuse sur l'apport de la diversité dans le milieu de travail.

Lorsque de telles campagnes ont été faites, malheureusement de manière éparpillée, leur impact a été certain[86].

Enfin, à défaut de les rendre obligatoires, il faut faire connaître les "bonnes pratiques" adoptées par plusieurs grandes entreprises pour inciter à les partager.

---

86 Guy Tisserant « Le handicap en entreprise : contrainte ou opportunité ? »? : "L'intégration d'un salarié en situation de handicap est une opportunité pour l'entreprise. Cela permet tout d'abord d'améliorer l'image globale de cet employeur. Cela construit aussi un climat propice avec les instances représentatives du personnel. Au niveau des salariés et du terrain, cela crée aussi une meilleure ambiance car le personnel pourra se dire que l'entreprise ne le laissera pas tomber en cas d'accidents. Ensuite, cela permet à l'ensemble d'un bureau de se poser des questions d'éthique sur l'égalité des chances, sur le sens du travail. Travailler sur l'égalité des chances, et donc sur celles des salariés handicapés, est un élément de valorisation de son travail. Le salarié participe à cette marche pour l'égalité."

Faut-il rendre obligatoire un registre des candidats à l'embauche?

Créer et rendre obligatoire un registre répertoriant les candidats à l'embauche permettrait d'avoir une plus forte transparence sur les candidatures finalement retenus, et de vérifier s'il n'y a pas exclusion systématique des mêmes catégories de salariés.

Cette idée, que plusieurs personnes ont développée devant la mission, est intéressante. Elle se heurte cependant à plusieurs obstacles.

- Elle ne pourrait faire apparaître que certaines discriminations, celles qui résultent de la lecture du nom de la personne: hommes/femmes, et personnes d'origine étrangère (mais cette origine peut être fort lointaine si elle ne résulte que du nom).

- Elle est lourde à mettre en place, notamment pour les petites entreprises, qui sont déjà en proie à des difficultés face à l'importance des obligations administratives. Elle serait donc, pour ces entreprises, un risque de frein à l'embauche.

- Elle ne résoudrait qu'une partie des difficultés. En effet, il ne peut être demandé aux employeurs de recenser tous les CV reçus et auxquels ils ne donnent pas suite. Ne seraient donc mentionnés que les candidats effectivement reçus. Or, toutes les enquêtes indiquent que la discrimination à l'embauche passe, dans la très grande majorité des cas, par le rejet du candidat dès la réception du CV.

Dans ces conditions, la mission ne préconise pas la création d'un registre à l'embauche pour toutes les entreprises. Cependant, il pourrait être opportun de le rendre obligatoire pour les entreprises intermédiaires, celles qui sont spécialisées dans le recrutement. La plupart ont d'ailleurs signé la Charte proposée par le Défenseur des droits en ce sens.

Et le CV anonyme?

Pour lutter contre les discriminations à l'embauche, l'article 24 de la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 a institué, à l'article L1221-7 du code du travail, le CV anonyme:

"Dans les entreprises de cinquante salariés et plus, les informations mentionnées à l'article L. 1221-6 et communiquées par écrit par le candidat à un emploi ne peuvent être examinées que dans des conditions préservant son anonymat. »

Les décrets nécessaires à l'application de ce texte n'ont cependant pas été publiés, dans l'attente de l'expérimentation qui devait être menée dans sept départements.

En 2011, une évaluation de cette expérimentation a été effectuée par Pôle emploi. Cette évaluation a mis en avant plusieurs insuffisances du système:

1- Dès lors que le CV anonyme n'est pas imposé à tous les demandeurs d'emploi, les CV non-anonymisés sont systématiquement favorisés par les employeurs, car ils sont plus vivants et apparaissent comme plus ouverts.

2- Anonymiser totalement un CV est en réalité quasiment impossible. Les termes employés (« diplômée en comptabilité »), l'adresse, le parcours professionnel donnent ainsi des indications évidentes sur le sexe, l'âge, et le lieu de résidence, et les langues parlées peuvent donner des informations sur l'origine.

3- Les CV anonymes peuvent parfois même diminuer les chances des candidats car les recruteurs pourraient parfois regarder avec plus de bienveillance le cursus scolaire et professionnel d'une personne issue de l'immigration ou habitant une zone urbaine sensible.

4- Enfin, le CV anonyme ne ferait que reculer le moment où, découvrant lors de l'entretien les caractéristiques du candidat, la personne chargée du recrutement réagit de manière négative.

Ce constat très mitigé, même si Pôle emploi précise que malgré tout, le CV anonyme permet de contourner la tendance des recruteurs à privilégier des candidats du même genre qu'eux, explique que le gouvernement ait retardé le passage de l'expérimentation à l'obligation.

Pourtant, certaines entreprises qui l'ont mis en place volontairement, affirment que le CV anonyme permet de passer outre aux préjugés qui peuvent déterminer le choix du recruteur. Une fois le candidat convoqué, il peut, en s'exprimant, faire chuter considérablement l'impact du préjugé.

En l'état actuel, il apparaît qu'un consensus se dégage pour ne pas généraliser l'expérience, le CV anonyme devenant un outil comme un autre à la disposition des entreprises. Le problème est qu'à l'évidence, un CV anonyme ne peut avoir un effet positif que si tous les CV reçus pour le même poste sont également anonymes. Par conséquent, pour les entreprises qui l'ont mis en place, il est important qu'il soit généralisé à leur échelle.

En réalité, les différentes études menées montrent qu'il n'existe aucune réponse miracle unique pour éviter les discriminations à l'embauche.

Toutefois, deux éléments peuvent contribuer à les diminuer très nettement:

4.1.3- Eléments de réponse

4.1.3.1- La publication de critères transparents de recrutement

Le fait d'annoncer le plus précisément possible quels critères sont déterminants pour le recrutement limite tout à la fois le risque de discrimination et le ressenti d'arbitraire des candidats.

C'est ce qui ressort d'ailleurs d'un arrêt de la Cour de cassation qui, constatant que la candidature d'un salarié d'origine étrangère -qui avait déjà travaillé pour l'entreprise par contrats à durée déterminée- avait été écartée au profit de la candidature d'un autre salarié, considère que dès lors que l'employeur ne pouvait faire état d'aucun critère objectif qui aurait été préalablement déterminé pour l'obtention du poste et qui pourrait expliquer que l'autre candidature ait été retenue, la discrimination était établie[87]. On rejoint le raisonnement poursuivi par la commission européenne qui, dans le cadre de la discussion de la directive sur les quotas obligatoires, semble vouloir opter plutôt pour une obligation de rendre les critères de désignation moins opaques.

Il suffit alors au recruteur de définir critères qui lui semblent adéquats pour poste, et qu'il les fasse connaître à l'avance.

4.1.3.2- Toute pratique mise en œuvre par l'entreprise pour diminuer le risque de discrimination dans les recrutements est en soi un facteur positif, puisqu'il sensibilise nécessairement les recruteurs à cette problématique et donne une impulsion qui a des effets immédiats.

C'est ce qu'indiquent les entreprises qui ont mis en place, volontairement, ou avec l'appui de collectivités, DIRECCTE, ou de Pôle emploi, des mécanismes particuliers pour favoriser l'égalité des chances dans le recrutement: sensibilisées au risque que leurs préjugés influent sur leur sélection, les personnes chargées du recrutement modifient d'elles-mêmes leur approche.

Faut-il autoriser la pratique du « testing » dans les textes ?

Le recours à la pratique du testing peut se révéler extrêmement précieuse pour détecter les discriminations à l'embauche. C'est même souvent le seul moyen de voir si de telles discriminations sont pratiquées, consciemment ou non, par la personne en charge du recrutement. Les entreprises en sont convaincues, qui sont les premières à avoir institué des méthodes de « testing interne » pour faire évoluer les pratiques.

Des propositions ont pu être faites visant à consacrer cette pratique en l'inscrivant, dans les textes du droit du travail, comme mode de preuve admissible en justice. Il n'est pas certain qu'il s'agisse d'une bonne idée.

En effet, à l'heure actuelle, la pratique du testing peut déjà être admise à l'appui d'un dossier en discrimination :

87 Soc., 15 décembre 2011, pourvoi n°10-15.873.

- au pénal, de manière certaine, puisque la preuve y est libre. Il arrive même que le testing soit mis en place à l'initiative du Procureur de la République lui-même[88].
- au civil, la pratique n'a jamais été déclarée illicite. Il semble donc qu'elle puisse être portée dans un procès, puisqu'en matière de discrimination, il appartient au demandeur, non d'apporter une preuve certaine, mais des « éléments » laissant supposer une discrimination. Un testing peut constituer un élément au sens de la jurisprudence sociale.

Toutefois, le testing ne sera pris en considération par le juge civil que s'il estime que les conditions dans lesquelles il a été mis en place présentent un certain nombre de garanties de sérieux et de fiabilité. C'est ce qui explique que certaines associations aient pu se heurter à des refus de tribunaux d'intégrer un testing comme élément de preuve, étant précisé que la Cour de cassation n'a jamais statué sur cette question en matière civile ou sociale.

Si un texte doit inscrire le testing dans le code du travail, il devra nécessairement en prévoir les conditions de recevabilité, donc figer sa mise en œuvre pour que soient respectées un certain nombre de garanties de fiabilité et de contradictoire.

Le risque est grand, en définitive, que le législateur soit dans ces conditions obligé de cantonner le testing dans des contraintes si lourdes ou si générales, qu'il conduise à en rendre la pratique beaucoup plus complexe qu'actuellement.

Il apparaît donc préférable, en l'état, de laisser à l'appréciation du juge la possibilité de prendre en compte ou non les éléments provenant d'un testing en fonction de ses conditions d'élaboration.

[88] Crim., 27 novembre 2012, n° 11-84.395.

Quelques pratiques mises en place par les entreprises[89]

- Le CV filmé

A l'opposé du CV anonyme, le CV filmé fait apparaître plus encore que le CV classique les caractéristiques du candidat… mais aussi sa personnalité et ses atouts. C'est ce qu'expliquent ses adeptes (l'expérience est notamment menée sous l'impulsion de la DIRECCTE d'Ille-et-Vilaine)

- La double lecture des CV

Elle permet de vérifier qu'un CV n'a pas été involontairement écarté pour des raisons discriminatoires.

- Le testing interne

Il permet de s'assurer que des critères de discrimination ne sont pas manifestement pris en compte négativement par les recruteurs. Il est d'une pratique très courante.

- Traitement informatique des CV ne laissant apparaître, dans un premier temps, que les informations relatives aux parcours et aux formations;

- Détermination des critères de sélection en fonction des qualités attendues plutôt qu'en fonction du type de formation, pour éviter le risque de ne recruter que des personnes provenant d'écoles ou de parcours déterminés.

- Recrutement collectif

Présentation des performances par plusieurs candidats, aux profils différents, pour atténuer la pré-sélection à partir d'autres critères[90].

- Recrutement par simulation

Cette méthode, qui a obtenu le label de la Halde en 2007, consiste à recruter les candidats, non à partir de leur formation ou de l'entretien, mais essentiellement sur la base d'exercices fictifs de mise en condition par rapport au poste proposé.

---

89 De très nombreuses grandes entreprises ont mis en place des accords diversités qui incluent des dispositifs spécifiques au recrutement (Saint Gobain, Peugeot PSA, EDF etc....). On se référera utilement également aux préconisations:

- résultant d'un ouvrage édité à la Documentation Française en 2010, sous l'égide du centre d'analyse stratégique:

"La promotion de la diversité dans les entreprises. Les meilleures expériences en France et à l'étranger"

- du groupe de travail inter-entreprise mené en 2004-2005 sous l'égide de l'IME.

90 Selon une étude de trois chercheurs de l'Université de Harvard (« When Performance Trumps Gender Bias: joint versus separate evaluation », par Bohnet, Bazerman et Van Geen, février 2013), le recrutement collectif remet à égalité les candidats qui, pris individuellement, sont beaucoup plus sélectionnés à partir de stéréotypes.

Sous -synthèse des problématiques liées aux discriminations à l'embauche

Constat:

C'est au moment du recrutement que le risque de discrimination est le plus fort. Il en est ainsi parce que les stéréotypes et les préjugés ne sont tempérés par aucune connaissance directe de l'individu qui présente sa candidature.

Les réponses:

Face à ce constat, de multiples études et expériences ont été tentées. Aucune n'apparaît constituer la réponse miracle. Il en est ainsi notamment du CV anonyme qui, bien que présentant des avantages, recèle cependant également des défauts et même des risques de pénalisation pour le candidat. De même, s'agissant de la détection, il n'y a pas lieu d'inscrire dans les textes un mode de preuve particulier, tel le testing : celui-ci, dans le principe, peut constituer un élément de nature à laisser présumer l'existence d'une discrimination, à la condition qu'il ait été effectué dans des conditions de fiabilité et de loyauté que le juge vérifie au cas par cas.

Les préconisations:

Il est certain que le moyen le plus efficace pour diminuer les discriminations à l'embauche passe par une sensibilisation accrue des recruteurs et une impulsion -et une surveillance- renforcée sur ce point des entreprises.

Deux processus peuvent y aider:

1- La détermination, en amont, et de manière transparente, des critères de sélection pour chaque poste proposé (fiche de poste, grille d'analyse élaborée conjointement par la personne en charge du recrutement et le manager).

2- Mise en place de dispositifs visant à favoriser la diversité des recrutements (voir ci-dessus), cette démarche ayant pour effet certain de modifier l'approche par la personne en charge du recrutement de sa perception des candidats à recruter.

Par ailleurs, la question pourrait se poser de savoir s'il ne faut pas rendre obligatoire la tenue d'un registre des candidatures par les cabinets professionnels du recrutement.

4.2- <u>Les actions volontaires pour lutter contre les discriminations dans le déroulement de la vie professionnelle.</u>

Trois catégories de pratiques méritent particulièrement d'être signalées.

4.2.1- La négociation collective volontaire: engagements de l'employeur pour que s'engagent ses équipes.

Hors des cas où la négociation collective est obligatoire (voir supra, 3ème partie), de nombreuses entreprises ont signé des accords collectifs pour favoriser au sein de leur entreprise une plus grande diversité, et une meilleure intégration de tous les salariés, quelles que soient leurs spécificités.

Pour l'essentiel, ces accords ne contiennent que l'évocation d'engagements moraux de la part de l'employeur et réflexions autour de la diversité. Mais en cela déjà, ils sont essentiels: ils marquent, de la part de l'employeur, une volonté de donner son importance à la diversité, génèrent envers les « managers » des consignes pour mettre en œuvre cette volonté, et sensibilisent salariés et syndicats sur cette question.

Accords collectifs pour lutter contre les discriminations et encourager la diversité: morceaux choisis

« *L'objet du présent accord est de:*
-définir les principes clés d'accès à l'égalité des chances dans la vie professionnelle et les modalités cibles de mise en œuvre locale dans les différents pays représentés;
-communiquer auprès de l'ensemble des salariés les engagements du groupe en termes d'égalité des chances et de diversité;
- faire évoluer les mentalités en sensibilisant tous les acteurs concernés par la mise en œuvre de l'accord;
-assurer l'égalité des chances et de traitement (recrutement, promotion, rémunération formation...)
-travailler en concertation avec les membres du Comité de groupe européen dans une démarche de progrès et mettre en place des indicateurs pertinents pour évaluer les progrès réalisés. »
*(*Protocole d'accord de groupe en faveur de l'égalité des chances AREVA)

Autre style:

« Au delà du respect des règles légales, Peugeot Citroën Automobiles entend appliquer et promouvoir les meilleures pratiques et lutter contre toutes les formes de racisme, de xénophopie et d'homophobie et, plus généralement, d'intolérance à l'égard des différences.
Afin de définir un dispositif efficace, les parties sont convenues d'un ensemble de mesures visant à prévenir, à identifier, et à proscrire tout traitement inégal, tant lors du recrutement que lors de la vie professionnelle.
Le déploiement de cette politique nécessite une évolution des mentalités, des attitudes, des comportements et des représentations socio-culturelles de tous les acteurs. Les parties ont donc souhaité développé un volet communication et sensibilisation, qui s'appuient sur des programmes publics nationaux et européens.
Le présent accord a pour ambition d'aider les salariés à travailler ensemble avec leurs différences, et de tendre à supprimer toutes les formes d'inégalités constatées. »

(Accord Peugeot Citroën automobiles, relatif à la diversité et à la cohésion sociale dans l'entreprise, novembre 2011)

Mais les accords collectifs prévoient aussi, en général, des déclinaisons concrètes de ces engagements volontaires pris par l'employeur, et mettent en place des dispositifs précis pour faire progresser la diversité.

Quelques exemples de dispositifs volontaires mis en place par accord collectif dans certaines entreprises

(*Merci particulièrement à Areva, Saint Gobain, Thalès, Lafarge, EDF, Véolia, qui ont bien voulu communiquer la teneur de leurs accords collectifs).*

- ***Outils de diagnostics***

La prévention commence par la mise en place d'indicateurs ou d'outils de diagnostics qui permettent de détecter quels sont les problèmes récurrents rencontrés en matière de diversité et de travailler sur les mécanismes permettant d'y remédier à terme. Les indicateurs touchent à l'embauche, la progression professionnelle, la progression salariale, mais aussi l'accès à la formation.

- ***Communication***

La communication sur la volonté pour l'employeur de favoriser la diversité est un élément essentiel de la sensibilisation des salariés. Cette communication peut se faire à partir des outils de diagnostics, des accords collectifs signés, ou à partir de tout support élaboré par les services compétents au niveau des ressources humaines.

- ***Création d'un Observatoire de la diversité, ou de l'égalité, ou de la non-discrimination***

Afin de centraliser les données, et d'en tirer les conséquences utiles

- ***Formations spécifiques organisées avec l'aide d'un prestataire extérieur, en faveur des managers, RH, et des partenaires sociaux***

Ces formations internes qui permettent, d'une part de sensibiliser à la problématique, d'autre part de connaître quelles spécificités des salariés touchés par les phénomènes de discrimination pourraient donner lieu à des réponses adaptées, sont évidemment essentielles.

- ***Entretiens spécifiques***

Ces entretiens peuvent être proposés à certains salariés en raison des difficultés qu'ils peuvent légitiment éprouver compte tenu d'une situation particulière: femmes en retour de congé maternité, salariés titulaires de mandats représentatifs nécessitant des absences importantes; salariés ayant un handicap particulier...

- ***Budget d'égalisation***

Provision financière destinée à compenser des inégalités de rémunération au détriment de certains salariés pénalisés en raison du système d'attribution des primes et avantages. Il n'a évidemment qu'une vocation temporaire.

- prise en compte de contraintes spécifiques à certaines catégories de salariés
Crèches pour les jeunes parents, adaptation des postes pour les personnes handicapées, moyens de transport, etc.… Les innovations en la matière sont nombreuses. Elles ne bénéficient cependant, compte tenu de leur coût, qu'aux salariés des grandes entreprises.

Bien évidemment, l'ensemble de ces dispositifs n'est efficace que pour autant qu'il permet une évolution des pratiques, et autorise, au delà de la généralité des dispositions, une écoute des situations de discrimination qui peuvent survenir.

Certaines entreprises ont d'ailleurs développé des systèmes de cellules d'écoute qui permettent aux salariés de pouvoir exprimer leurs questionnements sur une situation de discrimination ressentie ou réelle.

Focus sur les cellules d'écoute

Les cellules d'écoute sont des lieux accessibles aux salariés de l'entreprise pour exprimer leurs questionnements en matière de pratiques qu'ils considèrent comme discriminatoire.

La première condition pour que ces cellules d'écoute puissent être efficaces est la garantie d'anonymat qui est offerte au salarié qui s'y exprime. Il faut donc que les personnes en charge de cette cellule d'écoute soient extérieures à l'entreprise (situation à GDF, par exemple), ou à tout le moins, tenues à une déontologie et une confidentialité particulières.

La deuxième condition est que les personnes en charge de la cellule aient une vraie possibilité d'obtenir l'ensemble des documents nécessaires à l'instruction du dossier.

La troisième condition est que la cellule d'écoute soit suffisamment valorisée en interne pour qu'elle soit effectivement pratiquée par les salariés, sans méfiance, et intégrée par les responsables dans le cas où des recommandations leur sont adressées par la cellule sur des cas collectifs ou individuels.

Ainsi, les entreprises ont développé des mécanismes pour certains très élaborés de lutte contre les discriminations par la promotion de la diversité.

La DGT a mis en ligne un guide de la lutte contre les discriminations avec un certain nombre de repères et d'outils pour favoriser ces pratiques.

4.2.2- La labellisation

Le **label diversité** a été créé par un décret du 17 décembre 2008, faisant suite à l'ANI 2006 sur la diversité. Il vient rendre compte du respect par l'entreprise d'un certain nombre de dispositifs témoignant de ses bonnes pratiques en matière de diversité. Très exigeant dans son obtention, il est également, selon les dires des entreprises qui en sont titulaires, très contraignant puisqu'il n'est délivré que pour quatre ans, avec évaluation intermédiaire et doit, pour être renouvelé, avoir été suivi d'effet. Il est délivré par l'AFNOR.

Au 2 août 2012, 380 entreprises, représentant 840.000 salariés, avaient obtenu le label diversité.

Il est important de noter que si, parmi les entreprises bénéficiaires du label, 85% emploient au moins 50 salariés, l'AFNOR a élaboré au profit des entreprises de moins de 50 salariés, un cahier des charges spécifiques à hauteur de ce qu'il est possible d'accomplir dans une petite entreprise.

Conditions d'obtention du label diversité

Le label diversité suppose que six types d'action soient mises en œuvre par l'entreprise aux fins de:

*Connaître ses risques en matière de discriminations ;
*Mobiliser ses collaborateurs, les sensibiliser, les former et communiquer ;
*Maîtriser ses processus de gestion des ressources humaines ;
*S'intéresser à l'ancrage territorial ;
*S'engager vis-à-vis de ses fournisseurs, ses clients, ses usagers ;
*S'assurer de l'efficacité de ses actions ;

Le ministère du travail indique que sont notamment pris en compte les dispositifs suivants:

- mise en œuvre d'une cellule d'écoute ;
- élaboration et promotion de plans d'action ;
- mise à disposition des ressources nécessaires pour une véritable politique de diversité ;
- mise en œuvre et suivi des plans d'actions par la direction.

4.2.3- Les territoires d'excellence

La notion de « territoires d'excellence » a été créée par le ministère des droits des femmes afin de favoriser la signature, avec les régions, de conventions pour l'égalité professionnelle permettant de développer des actions en faveur de l'égalité entre les hommes et les femmes dans les entreprises. On trouve ainsi mises en avant des initiatives aussi diverses que la diffusion de documentaires sur les pratiques développées par des entreprises qui se sont préoccupé du sujet (Poitou-Charentes), des formations de sensibilisation en faveur des partenaires sociaux, la création d'un prix de l'égalité professionnelle en entreprise(Midi-Pyrénées), ou encore stages et formations en ligne pour favoriser les mères de jeunes enfants (Nord-Pas-de-Calais).

Synthèse des observations faites sur les bonnes pratiques des entreprises

La mission a constaté que de nombreuses entreprises, notamment celles employant un nombre de salariés supérieur à 1000, avaient développé des pratiques innovantes et sérieuses pour réduire les risques de discrimination collective en leur sein.

1- <u>Faut il généraliser les bonnes pratiques mises en œuvre par certaines entreprises en rendant certaines d'entre elles obligatoires?</u>

On pourrait imaginer d'étendre les obligations en matière de négociation obligatoire à la diversité, ou bien encore de rendre le label diversité obligatoire à partir d'un certain seuil.

L'avis majoritaire des personnes auditionnées est que cette extension serait mal acceptée, et risquerait d'avoir plus d'effets négatifs que positifs.

- Mal acceptée parce qu'elle rajouterait une strate supplémentaire à un écheveau de négociations obligatoires déjà extrêmement étendu, et donc complexe, surtout pour les entreprises de taille modeste.

- à effets négatifs parce que:
*** obligatoire et mal acceptée, elle risquerait d'être en réalité une coquille vide se superposant à d'autres coquilles vides;**
*** elle perdrait alors le principal effet positif des actions volontaires, celui de créer une véritable sensibilisation interne et un appel aux réactions de tous face au phénomène;**
*** elle accentuerait le risque de fracture entre petites, moyennes et grandes entreprise, puisque, en raison de leurs coûts, ces pratiques ne pourraient être imposées qu'aux grandes entreprises.**

2- <u>En revanche, il faut favoriser l'extension volontaire de ces bonnes pratiques</u>

Certains directeurs des ressources humaines ont exprimé le sentiment que le système de sanctions des mauvaises pratiques était bien plus développé que le système de récompenses des bonnes pratiques.
Il est vrai que pour favoriser ces dernières, un mécanisme de bonus pourrait avantageusement être mis en place, afin à la fois:

*** pour les grandes entreprises, de marquer la reconnaissance sociale qui est induite par les pratiques « vertueuses »;**
*** pour les petites entreprises, de constituer une aide financière face à des outils de détection et de prise en charge parfois coûteux.**

Il pourrait notamment être prévu un bonus sous forme d'aide au financement des outils d'étude et de diagnostic, ou des actions de formation.

Le coût de ce « bonus » pourrait être pris en charge par prélèvement sur les « malus » nés de l'application des pénalités administratives ou des amendes civiles judiciaires appliquées dans le cadre de l'action collective proposée par le présent rapport.

5ème partie

LE RÔLE DES INSTITUTIONS REPRESENTATIVES DU PERSONNEL ET DES SYNDICATS

Si le rôle des syndicats est évidemment essentiel pour veiller à ce qu'il ne soit pas pratiquées de discriminations collectives au sein de l'entreprise, le rôle des institutions représentatives est également central. La loi donne effectivement d'importantes possibilités de surveillance et d'actions à ces différentes institutions représentatives.

5.1- Le rôle des institutions représentatives élues

5.1.1- Le droit d'alerte des délégués du personnel

Les délégués du personnel, qui ont pour mission générale de « présenter à l'employeur ou à ses représentants toutes les réclamations individuelles ou collectives relatives aux salaires, à l'application du code du travail, à la protection sociale, à la santé, et à la sécurité, ou à l'application des conventions collectives (C.trav., art. L. 2313-1), ont reçu une mission spécifique dans le domaine des libertés individuelles et plus particulièrement dans le domaine des discriminations.

En vertu de l'article L. 2313-2 du code du travail:

« *Si un délégué du personnel constate, notamment par l'intermédiaire d'un salarié, qu'il existe une atteinte aux droits des personnes, à leur santé physique et mentale, aux libertés individuelles dans l'entreprise qui ne serait pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnée au but recherché, il en saisit immédiatement l'employeur.* ***Cette atteinte peut notamment résulter de toute mesure discriminatoire en matière d'embauche, de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de classification, de qualification, de promotion professionnelle, de mutation, de renouvellement de contrat, de sanction ou de licenciement*** ».

On le constate, le code du travail a donc prévu, sur la question des libertés individuelles, et plus particulièrement sur celle des discriminations, un **droit d'alerte du délégué du personnel**.

L'employeur est alors tenu de diligenter une enquête. S'il ne le fait pas, ou s'il y a désaccord sur le constat de l'atteinte et à défaut de solution trouvée avec l'employeur, le salarié, ou le délégué du personnel si le salarié averti par écrit ne s'y oppose pas, peut saisir le bureau de jugement du conseil de prud'hommes statuant en référé.

La procédure prévue permet alors au conseil de prud'hommes de prendre « toutes mesures utiles » pour faire cesser l'atteinte et de prononcer une amende civile au profit du Trésor.

Cette disposition est importante.

Symboliquement parce qu'elle met l'accent sur la vigilance à exercer sur le respect des libertés individuelles en général, et du principe de non-discrimination en particulier, en confiant un droit d'alerte aux délégués du personnel.

Pratiquement parce qu'elle permet de mettre en œuvre cette vigilance dans les petites entreprises, de moins de 50 salariés, où des délégués du personnel peuvent être les seuls représentants à être présents.

Cependant, cette disposition n'est pas à elle seule une réponse suffisante et elle n'est, de fait,

quasiment jamais mise en œuvre.

D'abord parce que dans les grandes entreprises, le délégué du personnel ne s'estime pas en charge d'une telle action, plutôt du ressort des syndicats.

Ensuite parce qu'elle est organisée autour de l'idée de discrimination individuelle et non collective.

Il s'agit donc d'une disposition importante symboliquement, mais qui n'est pas très souvent mise en oeuvre.

5.1.2- La mission générale du comité d'entreprise

Le comité d'entreprise, à l'inverse des délégués du personnel, n'a pas reçu d'attributions spécifiques ou de droit d'alerte en matière de libertés individuelles ou de discrimination. Cela s'explique parce qu'il n'a pas de compétence pour des cas individuels et « nominatifs ».

Toutefois, l'article L. 2323-1 du code du travail prévoit que:

« Le comité d'entreprise a pour objet d'assurer une expression collective des salariés permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise, à l'organisation du travail, à la formation professionnelle et aux techniques de production.
Il formule, à son initiative, et examine, à la demande de l'employeur, toute proposition de nature à améliorer les conditions de travail, d'emploi et de formation professionnelle des salariés, leurs conditions de vie dans l'entreprise ainsi que les conditions dans lesquelles ils bénéficient de garanties collectives complémentaires mentionnées à l'article L. 911-2 du code de la sécurité sociale.
Il exerce ses missions sans préjudice des dispositions relatives à l'expression des salariés, aux délégués du personnel et aux délégués syndicaux. »

Et l'article L. 2323-6:

- Le comité d'entreprise est informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise et, notamment, sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, la durée du travail, les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle.

La généralité de ces dispositions, et la conception traditionnelle du rôle transversal du comité d'entreprise conduisent à considérer que la protection des salariés contre des risques de discriminations collectives entre dans les attributions du comité d'entreprise.

Il faut ajouter à cela un certain nombre de textes spécifiques qui prévoient l'information, ou la consultation du comité d'entreprise:

- sur le rapport de situation comparé hommes/femmes (article L. 2323-57 du code du travail, voir n° 3.1). Dans le cadre du plan d'action pour l'égalité professionnelle, son avis motivé est transmis avec le rapport de situation comparé à l'inspecteur du travail ;
- Sur les mesures prises en faveur des travailleurs handicapés ou accidentés (article L. 2323-30) ;

- Sur les méthodes de recrutement des candidats (article L. 2323-32).

Par conséquent, nul doute que le comité d'entreprise peut avoir à s'occuper de problèmes de discrimination.

Cependant, en l'absence de dispositions spécifiques, quels pourraient être les modes de réaction du comité d'entreprise?

- **il entrerait sans conteste dans sa mission de faire inscrire à l'ordre du jour d'une séance la question de la discrimination, et d'interpeller l'employeur sur la situation d'une catégorie particulière de salariés;**
- **il pourrait être envisagé que, s'il est insatisfait de la réponse, il puisse procéder à une expertise notamment sur les questions de répartition des rémunérations, et d'égalité professionnelle.**
- **Il pourrait enfin émettre un avis négatif sur le traitement de certaines catégories de salariés.**

En revanche, il ne pourrait pas exercer de droit d'alerte, ce droit n'étant prévu qu'en matière économique.

Et, en l'absence de texte spécifique, il serait probablement déclaré irrecevable à saisir le juge sur cette question.

Faut-il donner un droit d'alerte au comité d'entreprise en matière de discrimination collective?

Il peut paraître paradoxal qu'un droit d'alerte, extrêmement important, soit donné aux délégués du personnel en matière de surveillance du respect des libertés individuelles, et que rien n'ait été prévu au profit du comité d'entreprise.

L'explication tient probablement au fait que ces atteintes aux libertés individuelles, ou ces pratiques discriminatoires sur lesquelles la vigilance du délégué du personnel est attendue, n'ont été conçues justement que comme individuelles.

Il était donc logique, puisque la matière est d'ordre public absolu, de donner aux délégués du personnel un devoir particulier d'intervention.

Il était beaucoup moins concevable de confier la même mission au comité d'entreprise, puisque ce dernier n'intervient que pour les questions collectives.

Pourtant, il ne semble pas contestable (voir ci dessus) que le comité d'entreprise, en présence d'une discrimination qui toucherait tout ou partie d'une catégorie de personnes, ait compétence à intervenir.

La question pourrait donc se poser de l'opportunité de confier au comité d'entreprise un droit d'alerte en matière de discrimination collective.

<u>La mission cependant n'en fait pas une proposition dans la mesure où</u> :

-Une modification dans les attributions du comité d'entreprise nécessiterait *a minima* une concertation approfondie avec les partenaires sociaux ;

- La répartition des compétences entre le comité d'entreprise, qui peut exiger un certain nombre de documents et d'explications, et les organisations syndicales qui peuvent, en cas de carence de l'employeur, agir en justice, parait répondre de manière suffisamment claire aux différentes étapes de situations problématiques.

5.1.3- Faut-il renforcer les pouvoirs du CHSCT ?

Selon l'article L. 4612-1 du code du travail, le comité d'hygiène, de sécurité, et des conditions de travail a pour mission:

1° De contribuer à la protection de la santé physique et mentale et de la sécurité des travailleurs de l'établissement et de ceux mis à sa disposition par une entreprise extérieure ;
2° De contribuer à l'amélioration des conditions de travail, notamment en vue de faciliter l'accès des femmes à tous les emplois et de répondre aux problèmes liés à la maternité ;
3° De veiller à l'observation des prescriptions légales prises en ces matières.

Lors des auditions par la commission, plusieurs interlocuteurs ont proposé que le CHSCT reçoive la mission de s'impliquer plus spécifiquement dans les problématiques de discrimination collective, dès lors que cette problématique n'est pas éloignée de celle de la protection de la santé physique et mentale, et que le rôle du CHSCT est déjà reconnu en matière de conditions de travail des femmes.

Il était donc proposé d'inscrire dans les textes une compétence du CHSCT en matière de discrimination collective, avec possibilité pour l'instance:

- de désigner un expert dans le cas où il lui semblerait y avoir une difficulté dans ce domaine;
- d'étendre le droit d'alerte dont disposent les CHSCT en matière de danger grave et imminent (article L. 4131-2 du code du travail).

La mission n'est cependant pas favorable à cette extension qui risque de brouiller un peu plus la ligne de partage entre les compétences généralistes du comité d'entreprise et les compétences techniques, en matière de conditions de travail, du CHSCT.

Le CHSCT ne peut avoir compétence à intervenir que si la discrimination a un impact direct sur les conditions de travail des salariés ou les risques psycho-sociaux.

5.2. - <u>Le rôle des organisations syndicales dans l'entreprise.</u>

Les organisations syndicales ont pour objet « *l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnels mentionnées dans leurs statuts* » (article L. 2131-1 du code du travail).

Il ne fait aucun doute que les organisations syndicales ont, compte tenu de leur objet, un rôle

prééminent à jouer dans la prévention, la détection, et l'alerte sur l'existence de discriminations tant individuelles que collectives au travail.

Ce rôle peut s'exprimer principalement par:

5.2.1 - Les revendications que sont chargés d'exprimer les délégués syndicaux ainsi que, désormais, les représentants de section syndicale.

Ces revendications portent notamment sur le statut des salariés et les difficultés qui peuvent être perçues sur le plan collectif.

5.2.2 - la participation à la négociation collective des organisations syndicales représentatives, au cours de laquelle les délégués syndicaux pourront exprimer leurs priorités, tant dans le cadre d'une négociation obligatoire que dans le cadre d'une négociation facultative.

5.2.3 - le droit d'action en justice des organisations syndicales dans l'intérêt collectif de la profession qu'elles représentent

Ce droit d'action est prévu de manière générale par l'article L. 2132-3 du code du travail:

- Les syndicats professionnels ont le droit d'agir en justice.
Ils peuvent, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent.

Il est par ailleurs prévu de manière plus spécifique en matière de discrimination une action de substitution par l'article L.1134-2 du code du travail:

- Les organisations syndicales représentatives au niveau national, au niveau départemental dans les départements d'outre-mer, ou dans l'entreprise peuvent exercer en justice toutes les actions résultant de l'application des dispositions du chapitre II.
Elles peuvent exercer ces actions en faveur d'un candidat à un emploi, à un stage ou une période de formation en entreprise, ou d'un salarié, dans les conditions prévues par l'Article L1134 1.
L'organisation syndicale n'a pas à justifier d'un mandat de l'intéressé. Il suffit que celui-ci ait été averti par écrit de cette action et ne s'y soit pas opposé dans un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle l'organisation syndicale lui a notifié son intention d'agir.
L'intéressé peut toujours intervenir à l'instance engagée par le syndicat.

Ces deux textes permettent aux organisations syndicales, alertées sur une situation de discrimination pour laquelle l'employeur ne prend aucune mesure, d'agir en justice selon plusieurs processus. Mais, selon les organisations syndicales, chacun de ces processus se révèle insuffisant face à une situation de discrimination collective.

5.2.3.1- L'action en défense des intérêts collectifs exercée à titre principal (C.trav., art. L. 2132-3)

Elle permet aux syndicats d'agir directement dans le cas où se pose une question mettant en jeu l'intérêt collectif des salariés de l'entreprise.

En matière de discrimination, elle permet ainsi notamment aux organisations syndicales de contester la légalité ou les conditions de mise en œuvre d'un accord collectif qui contiendrait une

clause discriminatoire, ou à effet discriminatoire.

Elle permet également aux organisations syndicales de contester une décision ou une action individuelles de l'employeur dans les mêmes conditions (ouverture des magasins le dimanche, etc....).

A l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité, la Cour de cassation a rappelé que cette action, ouverte dans l'intérêt collectif des salariés, ne pouvait se confondre avec une somme d'intérêts individuels des salariés. Il en résulte que même lorsque ces derniers ne souhaitent pas agir à titre individuel, ils ne peuvent pas faire obstacle à l'action du syndicat engagée au titre de l'intérêt collectif[91].

Cependant, ce droit d'action, tel qu'il est interprété par la jurisprudence, suppose:

- une décision ou un acte concret de l'employeur ;
- un intérêt collectif détachable de l'intérêt individuel[92].

5.2.3.2 - L'action en défense des intérêts collectifs exercée par intervention à une action individuelle (C.trav., art. L. 2132-3)

Le droit pour les syndicats d'agir en justice pour la défense des intérêts collectifs de la profession qu'ils représentent les autorise à se joindre à une procédure engagée à titre individuel par un salarié, pourvu que la question posée à la juridiction appelle une réponse qui puisse avoir des effets collectifs, soit parce qu'il s'agit d'une réponse à une question de principe, soit parce qu'il s'agit d'une réponse à une question susceptible d'intéresser plusieurs salariés.

Le droit d'intervention des organisations syndicales aux côtés d'un salarié individuel est également reconnu par la jurisprudence dès lors que la question posée est en relation avec l'exercice de la représentation du personnel en entreprise.

Cependant, ce droit d'action suppose qu'un salarié ait agi au préalable, individuellement à titre principal. En outre, la décision n'aura pas d'effets au-delà du salarié concerné (même si elle tranche une question de principe).

5.2.3.3 - L'action en exécution d'une convention collective par les syndicats signataires de l'accord (C.trav., art. L. 2262-11)

C'est une action ouverte aux organisations syndicales qui suppose que soient réunies trois conditions:

- un accord collectif ;
- signé par l'organisation qui introduit la demande ;
- qui n'est pas exécuté correctement par l'employeur.

---

91 Soc., 5 juin 2013, pourvoi n° 12-27.478, *Bull.* 2013, V, n° 147, 148 et 149.

92 Sur cette distinction, voir par exemple Soc., 25 septembre 2013, pourvoi n° 12-16.979: un accord collectif signé à l'occasion d'un transfert prévoyait l'engagement du repreneur de proposer aux salariés de la société entrante la signature d'un avenant à leur contrat de travail avec des clauses particulières. Les syndicats ont été reconnus recevables à agir pour enjoindre à l'employeur, de manière collective, d'exécuter l'engagement conventionnel en proposant des avenants aux salariés, et la cour de cassation précise que ce faisant, le syndicat n'exerce pas une action individuelle puisque « *l'action du syndicat, qui avait pour objet d'obtenir l'exécution de cet accord collectif, ne tendait pas à imposer aux salariés la conclusion d'un avenant conforme à l'accord* »...

Cette action n'apporte en réalité que peu de droits supplémentaires aux organisations syndicales, puisque la jurisprudence considère qu'en application du texte général de l'article L. 2132-3, toute organisation syndicale, même non signataire, peut agir en exécution d'un accord collectif[93]. Elle ouvre cependant droit expressément à de possibles dommages et intérêts, mais qui sont probablement également possibles dans le cadre de l'action générale.

5.2.3.4- L'action en substitution (C.trav., art. L.1134-2)

Cette action en substitution est spécialement dédiée à la résolution des litiges relatifs à la discrimination au travail[94]. Elle autorise les organisations syndicales représentatives à agir au nom d'un salarié, ou d'un candidat à un emploi, faisant l'objet d'une discrimination, sans avoir besoin d'un mandat exprès de ce dernier.

Issue de la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, la disposition repose sur le double postulat que la discrimination touche une matière d'ordre public, et concerne des personnes vulnérables. Elle a été conçue comme un des moyens d'action les plus efficaces offerts aux organisations syndicales, en leur permettant de protéger les salariés, victimes individuelles de la discrimination, sans avoir besoin préalablement de leur intervention ni même de leur accord.

Or, l'action en substitution n'est quasiment jamais mise en œuvre.

Peut-être en partie, ainsi que cela a souvent être rapporté à la mission, par suite d'un certain désintérêt des organisations syndicales pour le thème de la discrimination.

Mais la raison de cette inutilisation réside surtout dans les effets insuffisants -voire négatifs- de ce texte.

Les syndicats expliquent en effet qu'en matière de discrimination, leur principale difficulté est que si les salariés acceptent mal de se trouver nommément dans une action en justice, alors que leur contrat de travail est en cours, ils soient exposés aux représailles de l'employeur.

Or, si l'article L1134-2 les autorise à agir sans mandat exprès des salariés concernés, il prévoit cependant que les salariés peuvent s'y opposer.

Le risque est dès lors que les syndicats, après avoir constitué un dossier long et difficile pour établir la discrimination collective, se heurtent à la résistance et à la crainte des salariés individuels de voir leur nom figurer dans la procédure.

En définitive, les syndicats considèrent donc que l'action en substitution n'apporte rien par rapport aux autres actions, mais qu'elle recèle des risques plus importants.

---

93 Soc., 11 juin 2013, pourvoi n° 12-12.818, *Bull.* 2013, V, n° 151.

94 L'action en substitution est ouverte aux syndicats dans bien d'autres domaines, en application de textes spécifiques: en matière de travail précaire ((C. trav., art. L. 1247-1, contrat de travail à durée déterminée, L. 1251-59, travail temporaire), de harcèlement moral ou sexuel (C. trav., art. L. 1154-2, mais dans ce cadre, les organisations syndicales doivent avoir un accord écrit), de prêt de main-d'œuvre (C. trav., art. L. 8233-1), de conventions et d'accords collectifs de travail (C. trav., art. L. 2262-9).

Faut-il supprimer l'action en substitution en matière de discrimination?

La question peut sérieusement être posée compte tenu de l'importance des critiques qui lui sont adressées, et de son mésusage.

Toutefois, l'action en substitution n'est pas seulement prévue en faveur des organisations syndicales, mais également des associations régulièrement constituées depuis cinq ans au moins (C.trav., art. L. 1134-3). Les associations ne disposent pas dans le code du travail d'autres textes les autorisant à agir en matière de discrimination devant la juridiction civile. Or, la directive européenne de 2006 impose aux Etats membres de garantir aux associations en ce domaine la possibilité d'agir[95].

Dès lors, l'action en substitution devrait être maintenue.

5.2.3.5- La multiplication d'actions individuelles

A l'heure actuelle, dans les cas de discrimination collective, les organisations syndicales agissent le plus souvent en organisant le dépôt par plusieurs salariés de la même entreprise, devant un ou plusieurs conseils de prud'hommes, de requêtes rédigées selon la même trame. Dans certains cas, le nombre de requêtes déposées peut être de plusieurs milliers[96].

Les organisations syndicales soulignent cependant les limites de ce type d'action, limites qui sont mises en exergue dans un récent rapport établi par Mme E. Serverin et M. F. Guiomard[97].

Il apparaît en effet que ces actions individuelles sont:

- difficiles à construire, puisqu'il faut convaincre chaque salarié individuellement de s'y joindre;
- lourdes à mettre en œuvre, puisqu'il faut faire autant de dossiers que de requérants ;
- aléatoires, puisque la saisine de plusieurs conseils de prud'hommes différents aboutit souvent à des décisions différentes ;
- longues, dès lors que, ainsi que l'ont observé les chercheurs, les conseils de prud'hommes, lorsqu'ils sont saisis d'actions en discrimination qui posent manifestement une question de principe, ou qui s'inscrivent dans une action collective, renvoient généralement les dossiers en formation de départage ;
- ciblées sur une catégorie d'entreprises dans lesquelles le risque de perte d'emploi suite à ce type d'action est moins fort que dans d'autres domaines, et notamment les entreprises dites « à statut » (SNCF, RATP, EDF....) ;

[95] Directive 2006/54/CE du Parlement Européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte) : « 2. Les États membres veillent à ce que les associations, les organisations ou les autres entités juridiques qui ont, conformément aux critères fixés par leur législation nationale, un intérêt légitime à veiller à ce que les dispositions de la présente directive soient respectées puissent, au nom ou à l'appui du plaignant, avec son approbation, engager toute procédure judiciaire et/ou administrative prévue pour faire respecter les obligations découlant de la présente directive ».

[96] Au 2ème trimestre 2013, l'activité des CPH a enregistré une hausse soudaine de plus de 25.000 dossiers par rapport à l'activité du 2ème trimestre 2012. Hausse essentiellement liée à l'arrivée de dossiers sériels (plus de 4.000, par exemple, sur une instance à salaire égal dans une entreprise à statut.

[97] E. Serverin et F. Guiomard *Des revendications des salariés en matière d'égalité et de discrimination : les enseignements d'un échantillon d'arrêts extrait de la base JURICA (2007-2010),* Rapport établi dans le cadre de la Mission de recherche Droit et Justice, 2013

- à effet relatif, puisqu'elles peuvent conduire à indemniser les salariés qui ont déposé des requêtes, mais ne produiront pas de modification ni pour le passé ni pour l'avenir la situation des autres salariés éventuellement concernés par la discrimination.

Le dispositif de la pluralité d'actions individuelles est donc globalement insatisfaisant.

5.2.3.6 - L'action pénale

La réponse pénale aux situations de discrimination est prévue par l'article 225-2 du code pénal:

La discrimination définie aux articles 225-1 et 225-1-1, commise à l'égard d'une personne physique ou morale, est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 Euros d'amende lorsqu'elle consiste : 1° A refuser la fourniture d'un bien ou d'un service ;
2° A entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque ;
3° A refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne ;
4° A subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ou prévue à l'article 225-1-1 ;
5° A subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ou prévue à l'article 225-1-1 ;
6° A refuser d'accepter une personne à l'un des stages visés par le 2° de l'article L. 412-8 du code de la sécurité sociale.
Lorsque le refus discriminatoire prévu au 1° est commis dans un lieu accueillant du public ou aux fins d'en interdire l'accès, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 Euros d'amende.

L'action pénale est déclenchée par le procureur de la République, lequel peut être averti de l'existence de situations de discriminations par les organisations syndicales, ou par d'autres sources, notamment à la suite d'enquêtes menées par l'inspection du travail.

Le nombre de poursuites effectivement mises en œuvre par le procureur de la République est cependant jugé très faible par les acteurs des signalements.

Il est vrai que la réponse pénale n'est pas nécessairement adaptée à des situations de discriminations collectives qui sont souvent, on l'a vu, de nature systémique, donc sans intention volontaire de la part de celui qui les commet.

En outre, il n'existe pas, comme dans l'action civile, un aménagement de la charge de la preuve en matière de discrimination.

Ainsi, les actions actuellement ouvertes aux organisations syndicales en cas de discrimination collective ne paraissent pas apporter de réponse satisfaisante.

5.2.3.7. Récapitulatif des différentes actions en justice et de leurs caractéristiques

ACTIONS EN JUSTICE DES SYNDICATS EN MATIERE DE DISCRIMINATION			
Action et fondement légal	**Finalité de l'action**	**Juridiction compétente**	**Insuffisances signalées**
Défense des intérêts collectifs (L.2132-3)	Obtenir suppression ou exécution d'un accord ou d'une clause, ou cessation d'une action de l'employeur,	TGI	- Nécessité d'un accord ou d'une action de l'employeur -Nécessité de déterminer un intérêt collectif détachable de l'intérêt individuel
Intervention à une action individuelle pour défendre un intérêt collectif (L.2132-3)	Obtenir la reconnaissance d'un droit pouvant avoir valeur de principe ou concerner plusieurs personnes	CPH	- Nécessité d'une action individuelle - La décision, même de principe, n'aura qu'un effet relatif.
Action en exécution d'un accord collectif engagée par un syndicat signataire (L.2262-11)	Ordonner à l'employeur d'exécuter ses engagements	TGI	Aucun apport particulier par rapport à l'action ouverte à tous les syndicats au titre de la défense des intérêts collectifs (voir ci dessus)
Action en substitution (L.1134-2)	Permettre à un syndicat d'agir au nom et à la place d'un salarié faisant l'objet d'une discrimination.	CPH	- Action individuelle - Soumise au risque d'opposition du salarié concerné
Actions individuelles multiples	Permettre d'établir l'existence d'une discrimination collective par la multiplication des actions individuelles	CPH	- Processus complexe à mettre en œuvre - Nécessite accords individuels des salariés - Risque de distorsion des réponses des juridictions - Fort taux de renvoi en départage - Ne concerne que certaines grandes entreprises
Action pénale (C.pénal, art 225-2)	Condamnation pénale	Tribunal correctionnel	- Nécessité d'un élément intentionnel - Pas d'aménagement de la charge de la preuve

5.2.3.8 - Modifier le cadre d'action des syndicats? La proposition de la CGT

Face à ces difficultés, la confédération CGT propose une réponse unique, consistant à modifier la rédaction de l'article L. 2132-3 du code du travail, sur le droit d'action en justice des syndicats, pour en élargir l'application. Il s'agirait essentiellement de donner la possibilité aux organisations syndicales d'agir, non seulement pour la défense des intérêts collectifs, mais également pour la défense des intérêts individuels, afin que l'action puisse conduire à la fois à reconnaître le principe du dommage, mais également à sa réparation individuelle.

La proposition de modification de l'article L. 2132-3 de la CGT

L'article L. 2132-3 du code du travail est actuellement rédigé ainsi:

Les syndicats professionnels ont le droit d'agir en justice.
Ils peuvent, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent.

Il deviendrait:

Les syndicats professionnels ont le droit d'agir en justice, devant toutes les juridictions, pour la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes mentionnées dans leurs statuts ».

Le principe d'une extension du texte pour rapprocher le droit d'agir en justice des organisations syndicales de leur objet, visé à l'article L2131-1 du code du travail, n'est pas en soi absurde. On conçoit que les organisations syndicales, lorsqu'elles agissent pour la défense de droits qui font partie de l'ordre public de direction ou de protection, souhaitent que la décision prise par le juge puisse être mise en œuvre concrètement à l'égard des salariés concernés.

Cependant, la ligne de partage qui a toujours été opérée par la jurisprudence, entre le droit des syndicats, très étendu, d'agir en justice dès lors qu'un intérêt collectif est en jeu[98], et l'action individuelle des salariés pour décliner, à l'égard de chacun d'entre eux, la position de principe admise par le juge, a jusqu'à présent été considérée comme un point d'équilibre qui justifie la largesse du champ d'action des syndicats. La nouvelle rédaction proposée par le texte aboutirait à donner aux organisations syndicales un droit général de substitution, sans possibilité pour le salarié de s'y opposer, ni d'ailleurs pour lui d'intervenir à un procès qui le concerne en propre. Il y a là un pas important qu'il est difficile de franchir dans le cadre de cette mission.

[98] Voir par exemple Soc., 10 janvier 2012, pourvoi n° 09-16.691, *Bull.* 2012, V, n° 5, sur la défense de l'emploi des salariés de l'entreprise.

Synthèse des observations faites sur la place des institutions représentatives du personnel dans la lutte contre les discriminations collectives

Les institutions représentatives du personnel ont naturellement une place essentielle dans la prévention, la détection, et les réponses à apporter aux situations de discrimination collective au travail.

Le délégué du personnel dispose d'un droit d'alerte spécifique en matière de discrimination individuelle.

Le Comité d'entreprise ne dispose pas d'un droit équivalent en matière de discrimination collective. L'importance des fonctions consultatives qui lui sont confiées lui permet cependant d'intervenir de manière efficace dans ce domaine, en étant le cas échéant relayé par les organisations syndicales en cas de problématique persistante et de carence de l'employeur.

Il n'est donc pas proposé de confier un droit d'alerte au comité d'entreprise lorsque la discrimination est collective, même si une telle éventualité pourrait être étudiée, en concertation avec les partenaires sociaux.

Par ailleurs, il ne paraît pas opportun d'étendre les missions du CHSCT au domaine de la discrimination collective, pour ne pas déplacer la ligne de partage des compétences avec le comité d'entreprise.

Les organisations syndicales ont, quant à elles, une mission transversale sur le sujet des discriminations au travail.

Elles disposent notamment d'un droit important de réaction face aux situations de discriminations par le biais des actions en justice qui leur sont ouvertes.

Cependant, ces actions présentent un certain nombre de limites qui les rend insuffisamment efficaces en matière de discrimination collective. Il en est notamment ainsi de l'action individuelle démultipliée, réponse actuellement la plus pratiquée en matière dediscrimination collective, mais qui se heurte à beaucoup de critiques, parce qu'elle nécessite un investissement lourd des syndicats, un contexte particulier où les salariés craignent moins de perdre leur emploi, et peut aboutir à des résultats discordants.

6ème partie

QUELLES SOLUTIONS PERMETTRAIENT D'AMELIORER LA RESORPTION DES DISCRIMINATIONS COLLECTIVES?

Les auditions menées auprès des divers acteurs de l'entreprise font ressortir que, grâce à l'action conjuguée des pouvoirs publics, du législateur, et des entreprises volontaristes, la discrimination collective tend à recevoir une meilleure prise en charge.

Pour autant, il ne peut pas être conclu que le système est désormais parfait, et que son maintien en l'état suffit à laisser penser qu'à plus ou moins court terme, les discriminations collectives auront disparu.

Il a en effet été constaté que:

1- Dès qu'un relâchement de la vigilance collective sur le sujet se fait sentir, notamment en période de crise économique, les situations de discrimination augmentent;

2- Dans les entreprises, les situations demeurent extrêmement inégales entre celles qui mettent en place de vrais mécanismes pour remédier aux discriminations de tous ordres, et en font une pratique suivie, et celles pour qui la discrimination n'est aucunement un sujet, et qu'en tout état de cause son traitement relève du seul pouvoir du chef d'entreprise, « maître chez lui ».

Dès lors, il est très important de rationaliser mieux encore les dispositifs existants, notamment en permettant une réponse plus collective, tout en évitant les deux écueils majeurs que sont le risque de faire peser des contraintes supplémentaires sur les entreprises qui font déjà les efforts nécessaires, et le risque de faire naître une sorte de marché de la lutte contre les discriminations, un « effet d'aubaine » qui créerait plus de problèmes qu'il n'en résoudrait.

La mission a, au regard de l'ensemble des éléments qui lui étaient présentés, écarté trois pistes qui ont été suggérées, mais a retenu trois champs méritant une intervention de l'ordre de la coordination et de la rationalisation des procédures existantes.

6.1- <u>Les pistes qui ne paraissent pas devoir être retenues</u>

Trois pistes évoquées lors des auditions ont été écartées..

6.1.1- Renforcer les obligations des entreprises en matière de négociation collective ou en terme de bases de données

Il existe actuellement un certain nombre d'items de négociations obligatoires et de données à fournir par les entreprises en lien avec la détection et la prévention des discriminations.

Ces obligations, on l'a vu dans ce rapport, ne permettent cependant pas de cibler toute les catégories susceptibles de discrimination, ce qui explique que beaucoup d'entreprises ont volontairement étendu leurs outils à cet égard.

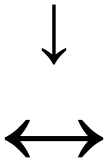
Pourtant, pour les raisons indiquées dans les développements sur les « bonnes pratiques » des entreprises, il ne paraît pas envisageable d'imposer de nouvelles contraintes aux entreprises. L'entreprise EDF, **par exemple, doit actuellement fournir, au titre de ses obligations légales,**

1.300 indicateurs différents. De l'avis de tous, cette abondance a pour corollaire de rendre en définitive ces données partiellement inexploitables pour les institutions représentatives du personnel.

Il ne peut donc être mis en oeuvre de nouvelles obligations en la matière.

6.1.2- Opter pour une discrimination positive en tant que correctif des discriminations négatives constatées

DISCRIMINATION



Discrimination négative	*Discrimination positive*
Attitude négative vis à vis d'un individu au seul motif de son appartenance catégorielle	Attitude positive vis à vis d'un individu au seul motif de son appartenance catégorielle

La discrimination positive est pratiquée dans les faits par les entreprises qui ont pris conscience d'un déséquilibre créé au fil du temps et de l'importance de favoriser une diversité égalitaire. Certaines, comme Thalès ou Lafarge, vont jusqu'à mener une politique de recrutement féminin active en proposant des stages de 3ème aux filles pour les sensibiliser à des métiers actuellement plutôt masculins ou en travaillant avec les écoles supérieures. D'autres développent en interne des « chiffres » permettant d'augmenter le recrutement des jeunes, d'assurer le maintien des seniors dans l'entreprise avec des perspectives de carrière renouvelées. Le travail se fait aussi sur l'adaptation des postes de travail aux spécificités de certaines catégories de salariés: horaires, mise à disposition de salles de prières, etc....

La loi a institué elle-même certains cas de discrimination positive. Ainsi, la loi du 10 juillet 1987 qui impose aux entreprises de 20 salariés au moins d'employer au moins 6% de travailleurs handicapés, ou, plus récemment, la loi du 27 janvier 2011 qui impose l'entrée de femmes aux conseils d'administration.

Faut-il étendre la discrimination positive comme mode de réponse à la discrimination négative? Faut-il, par exemple, rendre obligatoires des quotas dans les recrutements, les progressions de carrière, ou les augmentations de salaire?

Un tel système se heurterait en France à des réticences, voire des risques de rejet au détriment des salariés bénéficiaires de ces quotas. Elle conduirait en outre à importer d'autres pays un type d'action qui répond à une autre histoire et une autre perception sociale. Aux Etats-Unis, l'*affirmative action* visait à compenser les inégalités sociales envers les noirs héritées de l'esclavage. En Inde, à mettre fin au système social de différence de castes.

Il n'est pas certain que, mis en œuvre pour remédier, non à des vestiges d'organisation héritées de l'histoire, mais à des préjugés parfois d'une certaine modernité, la discrimination positive puisse avoir les mêmes effets. En outre, dans les pays où elle a été instituée, un certain

nombre de critiques sont adressées au dispositif, notamment appliqué au monde de l'emploi. D'une part, la discrimination positive aurait pour incidence de dévaloriser ceux qui en bénéficient. D'autre part, elle n'empêcherait pas la survie des discriminations, puisqu'elle ne peut être mise en œuvre qu'à un moment précis (embauche, avancement professionnel....), ce qui laisse subsister toutes les autres zones temps où la discrimination peut s'exercer.

Quel bilan de la discrimination positive en faveur de l'entrée des femmes dans les conseils d'administration?

La loi n° 2011-103 du 27 janvier 2011 prévoit l'obligation d'avoir au moins 20% de femmes dans les conseils d'administration dans les trois ans de sa promulgation, puis 40% dans les six ans de cette promulgation.

Dans de nombreuses entreprises où la mission s'est rendue, cette loi a été à l'origine de l'arrivée des premières (parfois de la première, au singulier) femmes dans les conseils d'administration, et par extension, CODIR ou COMEX[99]. Chefs d'entreprise comme DRH, tous ont raconté la même histoire.

D'abord l'irritation en découvrant cette obligation légale qui semblait absurde et contre-productive. Ensuite la recherche désespérée de la, ou des femmes qui pourraient venir occuper cette place réservée.

La découverte, souvent aidée par des opérations de coaching, que les femmes sont rarement, en tous cas à l'heure actuelle, candidates à des postes de direction, tant elles doutent de leurs capacités, mais aussi de la possibilité qu'elles auront d'être suffisamment disponibles.

Les remarques négatives des futurs collègues, mais aussi souvent des organisations syndicales qui vont devoir composer avec ces femmes issues d'une obligation légale.

Et puis, en définitive, la satisfaction de tous d'avoir désormais une ou plusieurs femmes dans les instances de direction. Et l'unanimité sur le renouveau que représente la présence de femmes dans les instances dirigeantes.

Enfin, pour finir, le constat lucide vers l'avenir: « *aujourd'hui, « ils » sont tous amoureux d'elle. Mais on a bien conscience que pour la suite, il ne s'agit pas pour une femme de devoir séduire mais d'être naturellement présente* ».

En conclusion, la discrimination positive ne peut pas être écartée. Elle est un outil fondamental pour aider les pratiques des entreprises qui cherchent à s'adapter, et pour l'exercice d'une certaine politique des pouvoirs publics. Mais elle ne peut pas être généralisée car ses effets négatifs en annihileraient alors probablement les apports.

[99] En 2008, les conseils d'administration comptaient 8,01% de femmes, et les COMEX et CODIR 13,53% de femmes, dont près de la moitié occupant des fonctions de directeur com ou directeur RH

6.1.3- Introduire un système de *class action*

Certains pays organisent, en matière de lutte contre les discriminations et pour l'égalité professionnelle des actions de groupe qui permettent d'agir collectivement contre une entreprise qui pratiquerait une discrimination de manière collective. Il en est ainsi, notamment, aux Etats Unis, au Royaume-Uni, ou au Québec (voir en annexe, tableau de droit comparé).

Dans chacun des pays aynt institué ce type d'action, les modalités procédurales sont différentes. La plupart de ces législations prévoient notamment la saisine préalable d'une commission paritaire, ou mixte, de conciliation ou d'arbitrage.

L'inscription dans les textes de droit français d'une *class action* telle qu'elle est pratiquée notamment dans les pays anglo-saxons nous semble présenter un certain nombre de difficultés, voire se heurter à des impossibilités.

L'action de groupe est en effet une action qui vise à trouver une solution globale à des dossiers sériels. Elle permet le regroupement de tous les dossiers en un seul, et donne lieu à l'allocation éventuelle de dommages et intérêts qui sont ensuite répartis égalitairement entre les plaignants.

En matière de discrimination au travail, elle conduit:

1- **A rendre acteurs des litiges des organisations qui n'interviennent habituellement pas dans le monde spécifique de la relation de travail.**

En France, si de nombreuses associations œuvrent dans le domaine du handicap, du droit des femmes, ou dans d'autres secteurs à risque de discrimination, elles ne sont pas implantées dans le milieu des entreprise, et leur action n'est pas dirigée, ou peu dirigée, vers le monde du travail (excepté sur la problématique de l'embauche). Or la lutte contre les discriminations collectives au travail nécessitent à l'évidence une approche spécifique, pour toutes les raisons qui figurent au rapport, notamment parce qu'il faut, pour pouvoir agir efficacement, savoir quelles sont les mécanismes internes que l'entreprise a pu déjà mettre en place, et la situation des discussions sociales dans l'entreprise.

2- **A placer l'action sur un plan strictement indemnitaire.**

La *class action* a pour vocation de faire constater l'existence d'un dommage atteignant plusieurs personnes pour la même raison, et d'obtenir la condamnation du responsable au paiement d'une réparation à la fois dissuasive pour l'auteur et suffisamment indemnitaire pour les victimes.

Ce qui, en matière de discrimination collective, n'est pas adapté. En présence d'une discrimination collective dans une entreprise, il importe avant tout d'en localiser l'exercice, d'en comprendre les mécanismes et les causes, et surtout de trouver les mesures nécessaires pour y remédier dans un délai raisonnable. L'indemnisation et la réparation du préjudice subi par les victimes est évidemment importante, mais elle est un second temps dans l'action qui doit être conduite.

3- **A n'autoriser qu'une indemnisation forfaitaire quand le droit communautaire oblige à une réparation intégrale.**

En application de l'article L. 1132-4 du code du travail, qui constitue une retranscription des directives européennes, « *toute disposition ou tout acte pris à l'égard d'un salarié en méconnaissance des dispositions du présent chapitre est nul* ».
Cette disposition s'entend à la fois de la possibilité d'annulation d'un acte qui aurait pu être pris en violation du principe de non discrimination (licenciement etc...) mais également de l'obligation de rétablir le salarié victime de discrimination dans la situation où il aurait dû être s'il n'avait pas subi la discrimination. Les dommages et intérêts ne sont, à cet égard, pas suffisants. **Jurisprudence européenne comme jurisprudence françaises imposent qu'un salarié victime de discrimination puisse obtenir réparation intégrale du dommage subi, le cas échéant par une reconstitution de carrière.**
Or, l'une des principales limites de l'action de groupe est qu'elle ne permet pas suffisamment d'individualiser la réparation due au salarié.

4- **Sur le plan de l'opportunité, elle n'est enfin probablement pas la réponse adaptée pour que l'entreprise modifie ses pratiques mais puisse subsister économiquement.**

Compte tenu du constat qui a été fait que la grande majorité des discriminations sont systémiques, donc involontaires de la part de l'employeur, et inscrites dans l'évolution de l'entreprise, une réponse purement indemnitaire serait d'une brutalité disproportionnée.

Ces insuffisances, ou inadaptations de la class action expliquent d'ailleurs que certaines affaires aient donné lieu, dans les pays concernés à des échecs très médiatisés.

La véritable histoire de l'affaire Wal-Mart[100]

La class-action menée à l'encontre de l'entreprise Wal-Mart est très souvent citée s'agissant de la mise en œuvre de cette procédure en matière de discrimination collective. Il importe d'en connaître le déroulement.

L'entreprise Wal-Mart Stores est le plus grand employeur privé aux Etats-Unis. Elle emploie environ 1 million de personnes, dans 340 magasins. En juin 2001, six salariés de l'entreprise ont saisi le tribunal fédéral de San Francisco d'une *class action* au titre de la discrimination collective dont elles s'estimaient victimes, en faisant état d'une culture d'entreprise ayant pour effet de défavoriser systématiquement le personnel féminin. Elles indiquaient notamment que les femmes représentaient près de 72% de l'effectif vendeur de l'entreprise, mais seulement un tiers du personnel encadrement. Progressivement, des milliers de salariées se sont adjointes à cette action, et on évoque un groupe atteignant le chiffre d'environ 1,5 millions de salariées ou anciennes salariées du groupe. La demande visait à une injonction faite à la société Wal-Mart et à l'allocation de dommages et intérêts d'un montant de 1 milliard de dollars.

En 2010, la cour d'appel (US Court of Appeal for the Ninth Circuit) accueillait la demande des salariées.

100 C. Le Gallou, « La Cour suprême américaine freine la plus grande class action jamais menée !», *in Recueil Dalloz* 2011, p. 2284; Class action et discrimination, J .Morri, « Class action et discrimination : rejet de la class action dirigée contre l'entreprise Wal-Mart », *in La lettre du CREDOF*, 1er juillet 2011.

La décision a été censurée par un arrêt de la Cour suprême du 20 juin 2011 (Wall-Mart Stores, Inc. *v.* Dukes et al., n° 10-277) pour deux raisons:

- D'abord parce que la *class action* suppose des questions de droit ou de fait communes à toutes les victimes (*« commonality »)* et que la jurisprudence l'interprète comme nécessitant la preuve d'une cause commune mais également d'un dommage commun. En l'espèce, la Cour suprême a considéré qu'il n'était pas établi que les victimes aient toutes subi le même type de préjudice du fait de la faute commune.

- Ensuite parce que la *class action* suppose qu'une réponse commune puisse être apportée à la situation, et que tel n'était pas le cas dès lors que chaque salariée pouvait se prévaloir d'un préjudice qui lui était propre et de demandes d'indemnisations individualisées.

On voit donc surgir, dans le cadre de cette action emblématique, les difficultés signalées ci dessus s'agissant de la création d'une action de groupe en matière de discrimination collective en entreprise.

La *class action* ne paraît donc pas constituer un outil adapté.

6.2- Les problématiques qui appellent une réponse

Dans le cadre des dispositifs existants, il faut que puissent être traitées efficacement les situations dans lesquelles il existe une discrimination collective sans que son responsable n'accepte de prendre aucune mesure pour y remédier.

Or, sur ce point, les acteurs ont signalé trois sources de difficulté.

6.2.1- L'accès à la preuve

La France ne connaît pas, à l'inverse de certains pays, les actions permettant d'obtenir de l'employeur que soient remis tous les documents utiles à la comparaison des situations.

Or, ces documents sont en possession du seul employeur, et si, par le biais des obligations de production de données, les organisations syndicales peuvent avoir accès à certaines informations, cet accès a vite ses limites. D'abord parce qu'il ne couvre qu'une partie du champ des éléments qui peuvent être nécessaires pour établir une discrimination. Ensuite, parce que la transparence est plus ou moins pratiquée selon les entreprises. Les mêmes textes, ainsi que la mission a pu le constater au cours des auditions, peuvent donner lieu à des documents informatifs très différents: parfois très concrets et très complets, parfois inutilisables[101].

Il est donc essentiel, en matière de discrimination, qu'un salarié -s'il s'agit d'une suspicion discrimination individuelle- ou une organisation syndicale -s'il s'agit d'une suspicion de discrimination collective-, puisse demander à l'employeur et, en cas de refus, au juge, les documents qui lui sont nécessaires pour vérifier la situation.

[101] Voir sur ce point les développements sur le rapport de situation comparé.

Or, la marge est étroite entre le droit pour le salarié et l'organisation syndicale de demander la production de documents qui leur sont indispensables pour vérifier ou infirmer l'existence d'une discrimination syndicale, et la barrière procédurale, classique, qui veut qu'il ne puisse pas être demandé au juge de suppléer la carence des parties à apporter la preuve de ce qu'elles avancent par des mesures d'instruction permettant de constituer cette preuve.

Sauf à rappeler qu'en matière de discrimination, deux particularités doivent être prises en considération:

- le salarié n'a pas la charge de la preuve; il doit seulement apporter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination;
- les éléments de preuve sont exclusivement entre les mains de l'employeur, qui peut, s'il refuse de les fournir, bloquer toute velléité d'action.

Ces particularités expliquent que le juge peut, sur la base de demandes faites par un salarié ou une organisation syndicale fondée sur des suspicions sérieuses, ordonner la production des documents utiles.

Mais un autre obstacle se dresse sur le chemin de la preuve: les pièces réclamées sont, pour l'essentiel, des documents nominatifs faisant état d'un certain nombre d'informations concernant d'autres salariés qui ne sont pas parties à la procédure. N'y a t-il pas un risque d'atteinte à la vie personnelle de ces salariés?

La Cour de cassation a répondu à cette double question par un arrêt très important du 19 décembre 2012:

L'arrêt sur la preuve: chambre sociale, 19 décembre 2012[102]

« Attendu que le respect de la vie personnelle du salarié et le secret des affaires ne constituent pas en eux-mêmes un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du code de procédure civile, dès lors que le juge constate que les mesures demandées procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées ;

Et attendu que la procédure prévue par l'article 145 du code de procédure civile n'étant pas limitée à la conservation des preuves et pouvant aussi tendre à leur établissement, c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain que la cour d'appel a retenu que les salariées justifiaient d'un motif légitime à obtenir la communication de documents nécessaires à la protection de leurs droits, dont seul l'employeur disposait et qu'il refusait de communiquer ; »

Il résulte de cet arrêt qu'il ne peut pas être opposé au salarié ou à l'organisation syndicale qui demande certains éléments, ni le secret de la vie personnelle des autres salariés, ni le secret des affaires, ni le fait qu'il appartient au demandeur à un procès d'établir lui même la preuve de ce qu'il avance.

[102] Soc., 19 décembre 2012, pourvoi n° 10-20.526, *Bull*. 2012, V, n° 341.

Et pourtant, en pratique ce droit d'accès aux éléments de preuve n'est toujours pas réellement mis en œuvre.

Les auditions d'avocats, juges et responsables des ressources humaines menées par la mission, montrent que le blocage tient au fait qu'il est très difficile d'accepter qu'à l'occasion d'une procédure spécifique, les fiches de paie et autres éléments nominatifs relatifs aux salariés non concernés par le litige puissent être mis dans le débat public.

C'est sur ce premier point, spécifique mais essentiel, que la mission proposera des éléments de solution.

6.2.2- La difficulté du relais entre les acteurs

Dans le domaine de la discrimination, de nombreux acteurs ont vocation à intervenir. Parmi les principaux d'entre eux, on citera:

6.2.2.1- le Défenseur des droits

Successeur de la Halde, le Défenseur des droits, autorité administrative indépendante, a quatre secteurs d'intervention principaux: les droits de l'enfant, la déontologie de la sécurité, les droits des usagers des services publics, et la lutte contre les discriminations.

Dans la lutte contre les discriminations, le défenseur des droits peut être saisi par toute personne qui s'estime victime d'une discrimination directe ou indirecte, ou par toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits se proposant par ses statuts de combattre les discriminations ou d'assister les victimes de discriminations, conjointement avec la personne s'estimant victime de discrimination ou avec son accord.

Et la saisine par les syndicats?

Les modes de saisine du défenseur des droits en matière de discrimination, prévus par l'article 5 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011, n'évoquent pas la possibilité de saisine par une organisation syndicale.

C'est une faille, que les organisations syndicales, comme le Défendeur des droits regrettent. Dans ce domaine en effet, les syndicats doivent pouvoir saisir le Défenseur des droits de situations sur lesquelles ils estiment son intervention nécessaire.

Une modification des textes sur ce point serait donc opportune.

Dans cette attente, la carence peut être suppléée par le droit pour le Défenseur des droits de se saisir d'office de situations de discrimination dont il a connaissance.

L'action du Défenseur des droits consiste essentiellement à **instruire** les dossiers qui lui sont présentés pour établir s'il y a ou non discrimination. Pour cela, il peut demander des explications aux personnes physiques ou morales mises en cause, entendre toute personne dont le concours lui paraît utile, et obtenir communication de tous les documents qui lui sont nécessaires, sans qu'il puisse lui être opposé un secret ou une confidentialité quelconques (article 20 de la loi organique:

sauf secret défense, sûreté de l'Etat, et politique extérieure). Même le secret de l'instruction ne lui est pas opposable.

A l'issue de cette instruction, il peut, si les faits lui paraissent avérés:

- faire des recommandations pour faire cesser la situation ;
- enjoindre de prendre les mesures nécessaires ;
- tenter de résoudre amiablement le confit par voie de médiation ;
- recommander une transaction ;
- transmettre une situation aux autorités pénales ou disciplinaires ;
- intervenir, d'office ou à la demande d'une partie, dans une procédure civile, administrative ou pénale.

Dans le cadre de sa mission, le Défenseur des droits se veut autorité neutre. Il ne souhaite donc pas être investi d'un pouvoir de déclencher une action civile ou pénale, ce qui le placerait en position de partie poursuivante, et fausserait la perception de son intervention.

En revanche, le Défendeur des droits souhaite que soient développées les possibilités de transmission des informations avec les autres acteurs de la lutte contre la discrimination.

Une convention a été bien été signée, avec la Halde, avec l'inspection du travail, mais elle n'a pas encore été reprise au nom du Défenseur des droits. De manière générale, le transfert des informations entre autorités peut poser difficulté et, dans la mesure où le Défenseur des droits ne veut pas porter lui même un litige, il ne peut que suggérer aux salariés individuels pour lesquels il a mené une enquête d'y donner suite eux mêmes, lorsque la discrimination est avérée.

6.2.2.2- L'Autorité administrative en charge de missions d'inspection du travail

Les inspecteurs du travail et le DIRECCTE ont d'importantes missions en matière de lutte contre la discrimination.

Les inspecteurs sont souvent les premiers interlocuteurs des salariés en proie au doute. Il est relativement aisé en effet de les contacter par l'intermédiaire de la section locale, et leur rôle est connu de tous.

Ils peuvent aussi détecter eux même une situation de discrimination, notamment collective, à l'occasion d'un contrôle ou d'une intervention dans l'entreprise.

Les inspecteurs du travail peuvent, si la situation leur paraît suffisamment sérieuse, se faire communiquer tout document ou tout élément d'information, quel qu'en soit le support, utile à la constatation de faits susceptibles de permettre d'établir l'existence ou l'absence d'une discrimination.

S'ils constatent une discrimination, ils peuvent adresser une mise en demeure de la faire cesser à l'entreprise.

Ils sont en outre habilités à constater les infractions commises en matière de discriminations prévues à l'article 225-2 (3° et 6°) du code pénal. En ce cas, ils dressent un procès verbal qui est transmis au procureur de la République.

L**es inspecteurs du travail interrogés font remarquer qu'ils n'ont pas de relais suffisant lorsqu'ils ont détecté une situation de discrimination. La transmission de procès verbaux de signalement au procureur de la république se termine fréquemment par un non-lieu, notamment lorsque la discrimination n'est pas en lien direct avec une intention de discriminer avérée. Ils ont donc parfois le sentiment que malgré une situation établie de discrimination, ils n'ont pas de moyens d'action suffisamment adaptés lorsque l'entreprise ne réagit pas à la mise en demeure.**

6.2.2.3 - L'ANACT

Créée par la loi n° 73-1195 du 27 décembre 1973, l'agence nationale d'amélioration des conditions de travail et ses antennes régionales, les ARACT, ont une administration tri-partite: Etat (ou collectivité), représentants des organisations patronales, représentants des organisations salariées. Elle a pour vocation d'aider les entreprises à travailler sur les éventuels dysfonctionnements qui peuvent naître de leur organisation. Or le constat est fait que, très souvent, un dysfonctionnement qui semble naître d'un mauvais climat dans l'entreprise, ou d'une image négative de l'entreprise, résulte dans les faits d'une organisation discriminante à la base.

Les interventions de l'ANACT peuvent donc être une aide précieuse pour détecter des problèmes de discrimination et trouver des solutions pour y remédier. Plusieurs entreprises rencontrées ont indiqué avoir eu recours volontairement à l'aide de l'ANACT pour effectuer certains diagnostics.

L'intervention de l'ANACT

L'ANACT intervient à la demande des entreprises dans les cadres suivants:

Interventions courtes (gratuites) destinées aux PME.

Accompagnements des entreprises, par l'apport d'outils et de méthodes pour la conduite de projet, le suivi de groupes de travail (aide à la rédaction de cahiers des charges, évaluation des démarches de changement…) afin d'expérimenter des projets sur une longue durée puis d'évaluer leur impact.
Actions collectives territoriales, de branches ou interprofessionnelles destinées aux petites et très petites entreprises.

Etudes permettant de mieux comprendre le contexte et les effets des interventions.

Formations conçues pour les acteurs de l'entreprise et les intervenants extérieurs (consultants, acteurs de la prévention, etc.).

Le principe d'intervention de l'ANACT, conformément à son fonctionnement tri-partite, requiert donc un accord de toutes les parties à l'intervention. Sous réserve du respect de cette condition, l'ANACT pourrait, dans le cadre d'un litige en cours sur la discrimination, apporter à la demande des parties son expertise pour tenter d'en comprendre les causes et d'y trouver les solutions.

6.3- La nécessité d'une réponse collective efficace à une situation de discrimination collective figée

Si, pour les raisons indiquées ci dessus, il ne paraît pas opportun de proposer une *class action*, il est en revanche indispensable de réorganiser et rationaliser les actions en justice telles qu'elles existent actuellement afin de pouvoir disposer d'une réponse efficace lorsque, malgré toutes les tentatives internes pour faire évoluer une situation de discrimination touchant à une catégorie de salariés de l'entreprise, aucune mesure utile n'est mise en œuvre.

A l'heure actuelle, on l'a vu, les organisations syndicales peuvent agir en multipliant les actions individuelles, ce qui n'est satisfaisant pour personne[103].

Elles peuvent également saisir le tribunal de grande instance lorsque la discrimination nait d'une norme collective ou d'une décision individuelle.

Mais au-delà, il manque un mécanisme qui permettrait de saisir une juridiction pour faire constater un phénomène de discrimination collective et qu'aucune solution interne n'est mise en œuvre, et ordonner des mesures de cessation de cette situation illicite.

Une telle procédure est souhaitée par les organisations syndicales, et, évitant les risques de dérive de la class action, acceptée sur le principe par les représentants des employeurs. Certains d'ailleurs ont indiqué qu'ayant eu à connaître d'une action en discrimination touchant de nombreux salariés sous forme d'actions individuelles multiples, il leur semblait plus opportun de voir régler ce type de litige, en amont, par une décision collective.

C'est donc sur ces trois points que porteront les propositions principales de la mission.

[103] Voir les développements sur les institutions représentatives du personnel.

7ème partie

LES PROPOSITIONS DE LA MISSION

Les propositions majeures de la mission se concentrent sur les trois axes mentionnés précédemment.

7.1- <u>Accès à la preuve</u>

7.1.1- L'anonymisation des documents comportant des informations relevant de la vie personnelle

Comme il a été indiqué dans la partie précédente, le droit d'obtenir de la part de l'employeur la communication des pièces permettant de vérifier s'il y a ou non discrimination dans l'entreprise est d'ores et déjà établi par la législation et la jurisprudence existantes[104].

Cependant, cette possibilité juridique se heurte à de si fortes résistances qu'elle en devient parfois purement théorique. C'est parce qu'il y a une véritable réticence de nombreux acteurs - employeurs, salariés, avocats, ou juges- à ce que puisse être décidée dans le cadre d'un litige la production d'éléments nominatifs concernant la rémunération de salariés qui ne sont pas parties à la procédure, que l'accès à la preuve se heurte à de forts blocages. Le risque, selon de très nombreuses personnes auditionnées, est de créer dans une entreprise un climat généralisé de tensions et jalousies à partir d'un litige ciblé de discrimination.

Même si d'aucuns font valoir que la transparence est la meilleure réponse à la suspicion et aux tensions, on ne peut pas ignorer cette source de blocage.

Il est donc proposé que dans le cas précis où les pièces demandées sont des éléments de rémunération ou des documents contenant des informations nominatives, le juge puisse décider qu'il sera préalablement procédé à leur anonymisation.

Seul le juge aura alors connaissance des documents nominatifs, ce qui est nécessaire pour qu'il puisse contrôler qu'il s'agit bien de documents en rapport avec la procédure (salariés de l'entreprise etc...)

Un tel processus constitue une exception au principe du contradictoire, puisque les parties n'auront que les éléments anonymes, les informations nominatives n'étant portées qu'à la connaissance du juge. Mais il existe déjà dans certains cas. Il a notamment été mis en œuvre récemment, par une jurisprudence du 8 juillet 2009[105], dans les litiges nécessitant pour les organisations syndicales de démontrer l'existence d'adhérents:

« *Attendu que l'adhésion du salarié à un syndicat relève de sa vie personnelle et ne peut être divulguée sans son accord ; qu'à défaut d'un tel accord, le syndicat qui entend créer ou démontrer l'existence d'une section syndicale dans une entreprise, alors que sa présence y est contestée ne peut produire ou être contraint de produire une liste nominative de ses adhérents ;*
Et attendu que l'article L. 2142-1 du code du travail exige, pour la constitution d'une section syndicale, la présence d'au moins deux adhérents dans l'entreprise ;
Qu'il en résulte qu'en cas de contestation sur l'existence d'une section syndicale , ***le syndicat doit apporter les éléments de preuve utiles à établir la présence d'au moins deux adhérents dans l'entreprise, dans le respect du contradictoire, à l'exclusion des éléments susceptibles de***

[104] Notamment l'arrêt précité, Soc., 19 décembre 2012 pourvoi n° 10-20.526, *Bull.* 2012, V, n° 341.
[105] Soc., 8 juillet 2009, pourvoi n° 09-60.031, *Bull.* 2009, V, n° 180, dit arrêt « Okaïdi ».

permettre l'identification des adhérents du syndicat, dont seul le juge peut prendre connaissance ».

Interrogés sur cette question, les représentants du Conseil national des barreaux ont fait connaître leur accord, en confirmant que cette anonymisation serait probablement la manière la plus efficace de régler les difficultés récurrentes de l'accès aux éléments de preuve.

7.1.2- La demande de documents devant le bureau de conciliation du CPH

Par ailleurs, les personnes auditionnées ont fait état d'une autre source de blocage, du fait de l'ambigüité des textes concernant les pouvoirs du bureau de conciliation du conseil de prud'hommes.

L'article R. 1454-14 du code du travail prévoit en effet que:

- Le bureau de conciliation peut, en dépit de toute exception de procédure et même si le défendeur ne se présente pas, ordonner :
(...)
3° Toutes mesures d'instruction, même d'office ;
4° Toutes mesures nécessaires à la conservation des preuves ou des objets litigieux.

Certains bureaux de conciliation estiment que ces textes ne leur donnent pas compétence pour ordonner la production de pièces par une partie.

Les procès sont donc en ce cas retardés par le fait que les dossiers ne peuvent être réellement constitués qu'au niveau du bureau de jugement.

Ce blocage et ces retards sont regrettables.

Il pourrait donc être prévu expressément que:

a- ***Saisis en référé ou à l'occasion d'une procédure au fond, le tribunal de grande instance s'il s'agit d'une action collective, ou le bureau de conciliation ou bureau de jugement du conseil de prud'hommes, s'il s'agit d'une action individuelle, peuvent ordonner la communication des pièces nécessaires pour confirmer ou infirmer une suspicion d'existence d'une discrimination.***

Rappelons qu'en matière de discrimination, compte tenu de la répartition aménagée de la charge de la preuve, il appartient seulement à la partie demanderesse d'apporter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination. Par conséquent, au niveau de la demande de documents, il ne peut être exigé des éléments de preuve de la discrimination, mais seulement, conformément à l'article 145 du code de procédure civil, un motif légitime de penser qu'il existe une situation de discrimination.

b- ***Lorsqu'il ordonne la production de documents, le juge peut autoriser ou décider qu'ils seront anonymisés, pour le respect de la vie personnelle des salariés concernés. En ce cas, une version des documents non anonymisés lui est remis, pour qu'il puisse vérifier les données transmises. Il peut également désigner un sachant ou un expert, dont il conviendra de préciser l'obligation au secret, auquel sera remis un exemplaire non anonymisé, pour effectuer cette vérification.***

7.2- Action en justice collective

Il a été décrit pourquoi, face à une discrimination collective avérée et un refus de l'employeur de prendre des mesures de nature à la faire cesser, les actions en justice actuellement possibles, bien que multiples, ne permettent pas d'avoir une réponse unique, efficace, et rationnelle.

Considérer, comme certaines personnes auditionnées ont pu l'avancer, que les actions individuelles démultipliées peuvent être une réponse adéquate est une erreur lourde de conséquences pour les organisations syndicales qui portent ces actions, les entreprises qui les subissent, et les juridictions qui les traitent.

Il est donc indispensable de créer une action collective qui permettra aux organisations syndicales d'obliger une entreprise à mettre en place les mécanismes de vigilance et de traitement qui s'imposent face à une situation de discrimination collective.

Cette action collective se déclinerait selon les modalités suivantes :

7.2.1- Qui peut saisir la juridiction?

7.2.1.1 - Les organisations syndicales

Les organisations syndicales sont incontestablement les acteurs les mieux à même d'introduire une action collective dans une situation de discrimination au sein de l'entreprise. Ils connaissent en effet à la fois l'entreprise, les difficultés rencontrées, les mesures mises en œuvre, et les salariés concernés.

L'action collective est directement dans leur objet et déjà prévue par les textes[106].

La saisine de la juridiction doit donc être confiée aux organisations syndicales représentatives. Représentatives au sein de l'entreprise. Mais également représentatives au niveau national ou de la branche afin de pouvoir intervenir dans les entreprises – notamment de petite taille- dans lesquelles il n'y a pas de syndicats implantés.

7.2.1.2 - Les associations?

La question s'est posée de savoir si les associations pourraient également être habilitées à saisir la juridiction d'une action collective.

Cette option a été écartée à la suite des auditions. En effet, il apparaît que les associations, qui peuvent être très présentes dans le combat contre les discriminations, ne sont pas implantées en France dans le monde des entreprises. Il y a une séparation entre le monde du travail et le monde associatif. Le risque est donc, si les associations peuvent agir à titre collectif, que les actions soient introduites sans nécessairement prendre en compte les actions internes déjà initiées par l'entreprise ou la volonté collective des salariés.

[106] Voir supra n° 5.2.

Il convient de rappeler qu'en tout état de cause les associations, auxquelles les directives européennes imposent d'avoir accès à la justice dans le domaine de la discrimination, disposent d'un tel accès par le biais de l'action en substitution qui leur est reconnue par l'article L. 1134-3 du code du travail.

7.2.1.3 - Les salariés à titre individuel?

On pourrait imaginer qu'un salarié, concerné par une situation de discrimination collective, puisse saisir une juridiction d'une action collective. Mais l'idée d'action collective sous-tend une capacité de son initiateur à défendre un intérêt collectif, ce qui, au moins dans la culture juridique française, ne peut être reconnu à un salarié individuel, ni même à plusieurs salariés qui se regrouperaient.

7.2.1.4 - Les autorités en charge de la discrimination?

Interrogé sur la possibilité d'être autorité saisissante d'une instance judiciaire en cas de litige collectif en discrimination, le Défenseur des droits a répondu qu'il ne le souhaitait pas pour ne pas fausser la neutralité de sa mission[107]. L'ANACT, pour des raisons qui tiennent tri-partisme de sa constitution et de ses interventions ne peut pas non plus jouer un tel rôle.

Les inspecteurs du travail ont, dans certains domaines, capacité à déclencher une saisine d'une juridiction civile. Mais en cette matière, ils ne souhaitent pas se voir confier une telle mission.

7.2.1.5 - Le procureur de la République

Le procureur de la République doit impérativement pouvoir saisir la juridiction civile. Nous reviendrons dans le point n° 3 sur le rôle particulier que devrait pouvoir jouer, à terme, le procureur de la République. Il est à la fois le centralisateur des plaintes ou enquêtes qui ont pu être effectuées par d'autres autorités, et le garant de la possibilité d'agir même en cas de carence des organisations syndicales.

La juridiction civile doit donc pouvoir être saisie par les organisations syndicales représentatives dans le périmètre concerné par la situation de discrimination collective, ou au niveau national ou de la branche, et par le procureur de la République.

7.2.2- Quelle juridiction saisir?

Dans la mesure où l'action est collective, elle ne peut relever que du **tribunal de grande instance (TGI),** déjà d'ailleurs compétent pour un certain nombre de litiges en rapport avec des actions collectives proches (contestation d'accords collectifs; annulation d'une décision de l'employeur...)[108].

Pour éviter toute difficulté, il conviendrait de préciser que lorsque l'action porte sur une entreprise ayant plusieurs établissements, et que plusieurs d'entre eux sont concernés par la situation de discrimination collective, la compétence territoriale est celle du TGI du siège social, ou, si l'entreprise a son siège à l'étranger, du principal établissement en France.

7.2.3- Quelle ouverture de saisine?

La juridiction civile devrait pouvoir être saisie d'une action collective lorsqu'est constatée une

[107] Voir les développements supra sur les différentes autorités.
[108] Voir supra n° 5.2.3.

situation de discrimination collective dans l'entreprise.

Constituent une situation de discrimination collective les pratiques, actes, ou décisions ayant pour objet ou pour effet de créer une discrimination, au sens des textes généraux (article L. 1132-1 du code du travail), envers plusieurs personnes.

Attention cependant à ce que l'action ne puisse être dirigée qu'à l'encontre d'entreprises où l'employeur refuse d'agir volontairement pour résorber les phénomènes de discrimination

Il est important de tenir compte du fait que des situations discriminatoires existent dans la plupart des entreprises, même dans celles qui ont pris des mesures pour les faire cesser et qui ont une pratique effectivement non discriminatoire.

Ainsi, un DRH d'une grande entreprise, rencontrée par la mission, racontait avoir pris d'importantes mesures pour faire en sorte que la situation des salariées soit, au plan de l'évolution professionnelle comme au plan de la rémunération, à l'égale de celle des salariés. A l'heure actuelle cependant, il reste dans l'entreprise une différence dans l'accès aux postes de cadres, qui s'explique notamment par le moindre niveau de diplôme des salariées femmes à leur embauche, et au delà, par le faible nombre de femmes diplômées dans le domaine de l'ingénierie. Le décalage entre le nombre de salariées et le nombre de cadres féminins peut laisser apparaître un phénomène de discrimination. Mais, dès lors que l'entreprise a mis en œuvre des outils effectifs de détection et de résorption de la situation, le juge n'a pas vocation à intervenir.

Il faut également éviter que les entreprises les plus transparentes dans leurs chiffres ne soient les plus visées par les actions collectives, ce qui serait donner une prime à celles qui pratiquent la politique du « moins disant » en terme de RSE.

L'action doit donc être limitée aux cas dans lesquels l'entreprise n'a pas pris les mesures de nature à faire cesser, à une échéance raisonnable, les situations de discriminations collectives. Pour favoriser les solutions de règlement interne des litiges, l'organisation syndicale devra, avant d'agir en justice, avoir mis l'employeur vainement en demeure de corriger la situation.

La procédure doit être celle de droit commun, et impliquer la convocation en justice de l'employeur et de l'ensemble des syndicats représentatifs de l'entreprise.

Il faut prévoir également les modalités de convocation lorsque la saisine se fait à l'initiative du Procureur.

7.2.4- Quel rôle pour la juridiction saisie?

Le rôle confié à la juridiction saisie serait double:

- constater l'existence d'une discrimination collective envers une catégorie déterminée de personnes, en relation avec l'un des critères visés par l'article L1132-1 (action déclaratoire) ;
- contraindre l'employeur à faire cesser cette situation en mettant en oeuvre des mesures adaptées.

A cet égard, il importe que le juge dispose d'un panel de réponses le plus large possible, en fonction des situations.

1er cas: la discrimination collective a une origine aisée à déterminer, et la solution à mettre en œuvre l'est également (décision collective à modifier, augmentation de rémunération à égaliser): en ce cas, le juge peut directement enjoindre à l'employeur de prendre les mesures qui s'imposent, sous astreinte.

2nd cas: la discrimination collective est caractérisée, mais il convient d'en rechercher le cas échéant les causes, et surtout les mesures les plus adaptées, au regard de la situation de l'entreprise pour y remédier.

Dans ce cas, le juge peut enjoindre à l'employeur de rechercher et prendre les mesures qui s'imposent, notamment par la négociation collective.
Il peut, si les parties en sont d'accord, désigner un sachant pour aider à circonscrire la situation et la problématique.

Il peut également, toujours si les parties en sont d'accord, désigner un médiateur pour une certaine durée pour aider à trouver des solutions à la situation de discrimination collective. Conformément au droit commun, le médiateur devra être choisi d'un commun accord entre les parties.

7.2.5- Que faire si les injonctions ne sont pas suivies d'effet?

Si l'employeur n'a pas pris les mesures qui s'imposaient à lui, si la médiation a échoué sans que la situation ne soit résolue, le tribunal de grande instance pourra être saisi à nouveau, et sanctionner la carence manifeste.

Il pourra alors:

- liquider l'astreinte
- condamner l'employeur à des dommages et intérêts d'un montant dissuasif
- condamner l'employeur au paiement d'une amende civile qui pourra atteindre 1% de la masse salariale.

7.2.6- Le maintien des actions individuelles en réparation intégrale du préjudice subi.

7.2.6.1 - La compétence naturelle du conseil de prud'hommes

On aurait pu imaginer que, un peu comme à l'exemple des class action, les salariés puissent intervenir à la procédure collective pour faire valoir, dans le même temps, leur préjudice individuel. C'est d'ailleurs ce qui était préconisé par plusieurs organisations syndicales (voir les contributions en annexe).

Toutefois, il nous semble que cette solution n'est pas opportune pour plusieurs raisons:

Elle rapproche l'action collective telle qu'elle est ici proposée de l'action de groupe, alors même que, dans les droits où elle est pratiquée, la difficulté d'être à la fois dans la réponse collective et dans la réponse individuelle, s'agissant de la discrimination, est source de l'échec des procédures (voir fiche précédente, l'affaire Wal-Mart).

Elle dénie aux conseils de prud'hommes leur compétence naturelle en matière de contentieux individuels liés au contrat de travail

Elle suppose que, dès le stade de l'action collective, les préjudices individuels soient entièrement caractérisés, ce qui, a priori, ne sera pas fréquemment le cas à ce stade;

Elle crée une inégalité de fait entre les salariés qui, avertis par les syndicats, se joindront à l'action collective, et ceux qui n'agiront qu'ultérieurement, donc devant une autre juridiction et dans des conditions différentes.

Le contentieux de l'indemnisation individuelle doit donc rester au conseil de prud'hommes. Il conduit par conséquent à ce que tous les salariés appartenant à la catégorie que le tribunal de grande a reconnu discriminé pourront ensuite agir devant le conseil de prud'hommes pour obtenir réparation de leur préjudice.

Dans ce cadre, il faut tenir compte d'un certain nombre de particularités.

7.2.6.2- La suspension des actions individuelles

Pour que l'impact du jugement du tribunal de grande instance puisse être véritablement efficace, et donner lieu à des solutions dans l'entreprise qui puissent être testées réellement, il a été envisagé que les actions individuelles puissent être suspendues pendant un délai qui ne saurait être supérieur à six mois. Cette option a été écartée par la mission, car il ne paraît pas envisageable de pouvoir, même pendant un délai restreint, supprimer le droit pour un salarié victime de discrimination d'accéder à l'action en justice.

7.2.6.3- Les effets du jugement déclaratif sur l'action individuelle

Par son objet même, le jugement du tribunal de grande instance a naturellement pour effet d'inverser la charge de la preuve. Le salarié, qui fait partie d'une catégorie que le tribunal de grande instance a reconnu être discriminée, bénéficie de par le jugement déclaratif d'un élément de nature à laisser présumer l'existence d'une discrimination à son égard au sens de l'article 1134-1 du code du travail.
Ce qui ne signifie pas pour autant que le procès est clos avant tout débat: l'employeur garde évidemment la possibilité de démontrer qu'envers ce salarié en particulier, la situation évoquée ne relève pas d'une discrimination.

7.2.6.4- Nécessité de suspendre la prescription

En matière de discrimination, la prescription est de cinq ans (C.trav., art. L1134-5). Si l'on veut que le dispositif collectif puisse cohabiter avec le dispositif individuel, sans que l'action des salariés ne soit freinée ou au contraire accélérée par l'existence de la procédure menée par les syndicats, il faut que la prescription soit suspendue pendant l'exercice de l'action collective.

7.2.6.5- Nécessité d'écarter les effets de la règle de l'unicité de l'instance

En vertu de l'article R1452-6 du code du travail, toutes les demandes liées à un contrat de travail entre les mêmes parties doivent faire l'objet d'une seule instance.

Cette disposition a pour effet que, quel que soit le litige porté devant la juridiction prud'homale, le salarié -ou l'employeur- qui agit doit faire en sorte d'y inscrire toutes les causes de réclamation qu'il pourrait vouloir faire valoir et qui sont déjà connues au moment de l'instance.

Cette règle de centralisation des litiges est incompatible avec les actions en discrimination. Il n'y a

en effet pas nécessairement de rapport, dans l'esprit du salarié, entre une créance liée à un problème de rémunération ou liée à la rupture du contrat de travail, et une procédure faisant état d'une discrimination. Cela est encore plus vrai lorsque l'action en discrimination s'inscrit dans la suite de l'action collective.

Or, parce que le salarié aurait demandé à ce que soit constatée et réparée la discrimination dont il a été victime, il pourrait être empêché de réclamer ultérieurement ses autres droits.

Il faut donc que la règle de l'unicité de l'instance ne puisse être opposée à ces actions.

De manière générale, on peut s'interroger sur la pertinence de laisser subsister la règle de l'unicité de l'instance.

Pour une rénovation de la règle d'unicité de l'instance

Frédéric Guiomard, Maître de conférences HDR, Université Paris Ouest Nanterre la Défense

Depuis plus de cent ans, la règle d'unicité de l'instance est l'une des marques les plus tangibles des particularités de la procédure prud'homale qui encadre les litiges individuels du travail. En cohérence avec l'idée d'une procédure simple permettant de trancher par la voie de la conciliation l'ensemble des différends qui opposent le salarié à l'employeur, elle impose que « toutes les demandes liées au contrat de travail entre les mêmes parties font, qu'elles émanent du demandeur ou du défendeur, l'objet d'une seule instance » (C. Trav., Art. R.1452-6). Il a toutefois été précisé que cette règle ne s'applique pas « lorsque le fondement des prétentions est né ou révélé postérieurement à la saisine du conseil de prud'hommes » (id., al. 2), afin de ne pas priver les parties de la possibilité de soumettre au juge des faits nés au cours d'une instance prud'homale.

Les effets de ce texte se sont révélés ambivalents. La règle a d'un côté la vertu de permettre une concentration des demandes. Les parties sont tenues, lorsqu'elles engagent un litige, de soumettre à un même juge l'ensemble de leurs prétentions, ainsi que les demandes additionnelles ou reconventionnelles qui peuvent venir se greffer sur la demande initiale, ce qui facilite un règlement d'ensemble du litige lorsque la conciliation entre les parties est possible. La mesure peut également être vue comme rationnelle sous l'angle de l'économie de la justice en évitant la dispersion des contentieux entre les mêmes parties.

Toutefois, cette règle s'est vue dotée d'effets qui peuvent paraître excessifs au regard de la protection de l'accès aux juridictions pour les justiciables. La jurisprudence considère en effet de longue date qu'elle a pour conséquence d'aboutir à une sorte d'apurement des situations litigieuses entre les parties. La règle conduit à déclarer irrecevables toutes les prétentions qui auraient pu être formulées au cours d'une précédente instance désormais éteinte. Ainsi, un salarié qui se serait abstenu de contester un licenciement notifié au cours d'un premier litige, ne pourrait plus, postérieurement à l'extinction de celui-ci, le contester (Soc. 4 janvier 1996).

Les atteintes portées à l'accès aux juridictions par la règle d'unicité de l'instance sont dénoncées depuis longtemps par nombre d'auteurs, spécialistes tant du droit du travail que du droit judiciaire privé. La Cour de cassation s'y montre sensible. Sa jurisprudence récente vise à en gommer les effets les plus contestables : elle exige désormais que l'instance initiale se soit terminée par une instance au fond pour que la règle puisse être appliquée (Soc. 16 novembre 2010).

Les difficultés nées de l'application de la règle de l'unicité de l'instance posent un sérieux obstacle à l'action en justice des salariés, demandeurs à l'action dans 99 % des litiges prud'homaux. Ces obstacles se dressent avec encore plus de dureté à l'encontre des plaideurs mal informés de leurs droits et ne disposant pas de l'assistance d'un avocat.

La règle d'unicité de l'instance peut conduire à restreindre le droit de contester les discriminations. En s'abstenant de contester les discriminations au cours d'un litige initial portant par exemple sur la rémunération ou sur le licenciement, le salarié n'est plus recevable à les invoquer dans un litige ultérieur. La règle peut ainsi conduire à restreindre les réclamations portant sur les discriminations subies au cours de la carrière aux seules incidences de cette discrimination postérieures au litige initial. A l'inverse, l'engagement d'un contentieux sur les discriminations est à même d'empêcher ultérieurement le salarié de saisir la juridiction d'autres prétentions alors qu'il n'en a même pas été averti.

La création d'actions de groupe ou d'actions collectives spécifiques relatives aux discriminations ne

ferait que renforcer les effets indésirables de cette règle. Le développement d'un contentieux sur les discriminations, qu'il résulte de mécanismes de représentation nouveaux ou d'une action individuelle relayant un contentieux engagé sur le terrain collectif, dès lors qu'elle donne lieu nécessairement à une action entre le salarié et l'employeur, autorise le jeu de la règle d'unicité de l'instance. Le déploiement de ces contentieux, demeurés rares aujourd'hui, ferait en conséquence obstacle à l'exercice de l'action en justice dans d'autres domaines. Il serait ainsi paradoxal de renforcer la protection contre les discriminations et d'amoindrir la possibilité de se prévaloir d'autres droits.

Proposition

La réforme des règles sur l'action en justice en matière de discrimination peut être l'occasion de simplifier les règles qui organisent l'accès des salariés à la justice du travail, et en particulier la règle d'unicité de l'instance. Afin de ne pas perturber les équilibres anciens sur lesquels repose la procédure prud'homale, il peut être proposé de ne pas abroger purement et simplement la règle d'unicité de l'instance, mais de l'aménager afin d'en éliminer les effets indésirables à l'encontre de l'accès aux juridictions.

Il pourrait en conséquence être proposé de maintenir une règle de concentration des demandes, qui impose aux parties de soumettre, dans le cadre des litiges en cours, l'ensemble de leurs prétentions à une même juridiction, y compris les demandes additionnelles ou reconventionnelles formulées postérieurement à la saisine de la juridiction. Par contre, cette règle n'aurait pas d'effet sur les prétentions qui ne sont pas émises au cours de ce litige initial. Les parties pourraient, après l'extinction de l'instance initiale, engager un nouveau litige, sous la seule réserve du respect de l'autorité de la chose jugée, conformément au droit commun.

A défaut d'une telle correction, il conviendrait d'inscrire dans les textes relatifs à l'action collective nouvelle que celle-ci ne saurait donner lieu à l'application de la règle d'unicité de l'instance. Mais cette solution aurait pour conséquence de rendre encore plus complexes les règles de la procédure prud'homale. Il paraît en conséquence plus opportun de rénover la rédaction de l'article R. 1452-6 du code du travail.

Proposition d'une nouvelle rédaction pour l'article R. 1452-6 du code du travail.

Rédaction actuelle
Toutes les demandes liées au contrat de travail entre les mêmes parties font, qu'elles émanent du demandeur ou du défendeur, l'objet d'une seule instance.
Cette règle n'est pas applicable lorsque le fondement des prétentions est né ou révélé postérieurement à la saisine du conseil de prud'hommes.

Rédaction proposée
Toutes les demandes liées au contrat de travail entre les mêmes parties, qu'elles émanent du demandeur ou du défendeur, doivent être concentrées dans une seule instance.
Cette règle ne fait pas obstacle à l'introduction de demandes nouvelles postérieurement à l'extinction du premier litige, portant sur des prétentions non tranchées au cours de celui-ci.

7.2.6.6. Nécessité d'organiser le regroupement possible de dossiers sériels

Une des grandes difficultés des dossiers individuels présentant des caractéristiques communes dans leur cause, et leur origine, c'est qu'à l'heure actuelle il n'existe pas dans les textes de mécanisme

permettant de les regrouper. Il en résulte une difficulté de traitement, un engorgement des conseils de prud'hommes (CPH), des différences de réponse, et d'autres difficultés lourdes pour l'image de la justice (voir ci dessous).

Il est donc important de prévoir que le CPH puisse joindre les affaires lorsque plusieurs dossiers concernent la même entreprise et la même source de discrimination. Il faut également prévoir que les dossiers puissent être centralisés sur un CPH unique lorsque plusieurs CPH sont saisis en raison de la pluralité d'établissements d'une entreprise. Il pourrait alors être prévu que, sur demande d'une juridiction saisie, ou d'une partie, ou du procureur général, ou encore d'office, le premier président de la cour d'appel dans le ressort de laquelle sont situés les CPH concernés puisse désigner la juridiction qui prendra en charge tous les dossiers. Si les CPH concernés relèvent de plusieurs cours d'appel, compétence pour désigner la juridiction compétente pourrait être donnée au président de la chambre sociale de la Cour de cassation.

Cette solution serait préférable à celle qui consisterait à désigner dans les textes la juridiction de centralisation compétente (siège social etc...), car elle permettrait de tenir compte des capacités de prise en charge des juridictions prud'homales au moment où les litiges surviennent.

Cette solution, d'ailleurs, mériterait d'être étendue à tous les litiges prud'homaux

Pour une procédure adaptée aux dossiers sériels

Par Alain Lacabarats
Président de la chambre sociale de la Cour de cassation

L'article R.1412-1 du code du travail détermine, dans l'ordre interne, la compétence territoriale des conseils de prud'hommes, habilités à trancher les litiges entre les employeurs et leurs salariés.
Par dérogation à la règle générale de l'article 42 du code de procédure civile, le conseil de prud'hommes compétent est, en principe, "*celui dans le ressort duquel est situé l'établissement où est accompli le travail*".
Indépendamment de quelques cas particuliers prévus par le même texte, le dernier alinéa de cet article ajoute que "*le salarié peut également saisir les conseils de prud'hommes du lieu où l'engagement a été conclu ou celui du lieu où l'employeur est établi*".
Cette dernière option, purement facultative, est laissée au libre choix du salarié et ne peut donc lui être imposée, au regard d'un système de compétence territoriale dont le caractère impératif a déjà été affirmé par certains arrêts (Soc., 29 septembre 2010, pourvoi n° 09-40.688).

Ainsi, en l'état des textes, des conseils de prud'hommes peuvent être saisis de manière également compétente de questions identiques, lorsque les salariés (à l'origine de plus de 95% des saisines selon une étude récente du ministère de la justice datée du mois de septembre 2013 : "L'activité des conseils de prud'hommes de 2004 à 2012 : continuité et changements", par Maud Guillonneau et Evelyne Serverin) choisissent la règle de compétence conçue pour leur être la plus favorable, à savoir celle du lieu d'implantation de l'établissement où ils travaillent.
L'exemple du licenciement économique collectif, qui a par exemple donné lieu à une série d'arrêts rendus par la chambre sociale de la Cour de cassation le 14 décembre 2011 (pourvois n° 09-42395; 10-11042 ; 10-13922 ; 10-14525 à 527 ; 10-23198 à 200 ; 10-23753), est particulièrement significatif :
Dans cette série d'affaires, cinq cours d'appel ont eu à se prononcer sur la même question : existe-t-il une cause économique réelle et sérieuse au projet de licenciement mis en œuvre par une entreprise ayant de nombreux établissement répartis sur l'ensemble du territoire national ?
Les réponses données ont été contrastées, dépendant des données de fait et des éléments de preuve

fournis localement par les parties aux litiges.
D'autres domaines du droit individuel du travail peuvent être l'occasion de multiples saisines, par exemple :
La violation d'un engagement de maintien de l'emploi pris par une entreprise à l'égard de l'ensemble des salariés de ses différents établissements peut être invoquée devant les juridictions établies aux lieux de ces établissements, avec, pour les mêmes motifs de présentation des données factuelles et des preuves, des risques identiques de contradiction des décisions.
Ou encore, la question du paiement de certaines primes ou gratifications prévues par des accords d'entreprise à portée nationale peut être traitée dans des conditions différentes selon les choix de compétence effectués par les demandeurs (voir par exemple, une série d'arrêts rendus le 24 avril 2013 par la chambre sociale pour l'application d'un accord national intéressant toutes les entreprises appartenant à un même réseau, la multiplicité des contentieux en cours devant diverses juridictions ayant justifié la mise en ligne sur internet de l'un de ces arrêts, rendu sur le pourvoi n° 12-10196).

Il est évident que ces saisines multiples sont une cause de déperdition d'énergies et d'inefficacité, ainsi qu'une manifestation de l'insécurité juridique souvent dénoncée en droit du travail.
Pour reprendre l'exemple du licenciement économique collectif, comment l'employeur et les salariés peuvent-ils comprendre qu'ils ont, devant telle juridiction, gagné ou perdu leur procès, et que le même employeur et d'autres salariés soient confrontés à des situations inverses devant une autre juridiction ?
Les mécanismes actuels du code de procédure civile (litispendance ou connexité des articles 100 et 101 du code de procédure civile) ne suffisant à résoudre ce type de difficultés, il apparaît indispensable d'aller plus loin, selon des modalités à étudier de manière plus approfondie :

L'attribution légale de compétence à la seule juridiction du lieu où est établi l'employeur.

La désignation d'une juridiction "chef de file" par une autorité centrale, saisie soit par les parties, soit par le parquet général de la Cour de cassation ou les parquets généraux des cours d'appel.

7.3 - <u>Organiser la coordination entre les interventions des différents acteurs</u>

C'est un autre aspect essentiel du processus: plusieurs acteurs, au rôle extrêmement important, peuvent intervenir dans le processus de détection et de traitement des discriminations collectives. On les a cités, plusieurs fois, au cours de ce rapport: Défenseur des droits, inspection du travail, ANACT....

Cependant, chacun intervient de manière indépendante et autonome, ce qui a pour effet de diminuer grandement l'efficacité et la cohérence des constats de chacun.

7.3.1 - Une autorité relais

L'autorité qui peut relayer ces différentes actions est, à l'évidence, le procureur de la République. Mais actuellement, le procureur ne peut répondre que par la voie de poursuites pénales. Or, cette voie n'est pas toujours adaptée lorsqu'il s'agit de discrimination collective, d'origine systémique. Dès lors, même lorsque des signalements sont transmis, les classements sans suite sont fréquents, ce qui décourage les intervenants.

Dans le cadre de la nouvelle action collective, le système peut se mettre en place beaucoup plus efficacement. Le procureur de la République, qui doit être en mesure de pouvoir déclencher la saisine du tribunal de grande instance dans le cadre de l'action collective, pourra cette fois beaucoup

plus opportunément relayer les constatations, procès verbaux, ou enquêtes qui auront été faites par d'autres autorités.

Pour que le mécanisme soit incitatif, la mission propose quatre mesures:

1 Donner au procureur de la République le **pouvoir de saisine de la juridiction civile** en matière de discrimination collective. Il faut à ce titre prévoir une procédure de convocation des parties, c'est à dire de l'employeur et des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise, ou, à défaut d'organisations syndicales présentes dans l'entreprise, au niveau national ou de la branche. Cette convocation peut être faite directement par les services du procureur de la République.

2 Inscrire expressément dans les textes que le Défenseur des droits, les DIRECCTE, et les inspecteurs du travail **peuvent transmettre** au procureur de la République **tout signalement** d'une situation de discrimination collective, pour que le ministère public puisse, s'il l'estime opportun, déclencher la saisine.

3 Prévoir que ces mêmes autorités peuvent, si elles le souhaitent, **intervenir à l'action collective** et y faire valoir des observations;

4 Demander, par circulaire, que dans chaque cour d'appel un membre du ministère public soit désigné comme **référent en matière de discrimination**, pour pouvoir être un interlocuteur efficace vis à vis des autorités extérieures, et organiser des actions de sensibilisation en interne.

7.3.2 - Rôle transversal des acteurs

Par ailleurs, le Défenseur des droits, l'inspection du travail, et l'ANACT peuvent jouer un rôle plus important également en aval des procédures visant à faire cesser les discriminations.collectives, compte tenu de leurs missions et de leurs compétences.

A cet égard, trois mesures peuvent être proposées:

1 Dans le cadre de la possibilité, **après constat de l'existence d'une discrimination collective**, de désigner un **médiateur**, il pourrait, dans certains cas, être fait appel au **Défenseur des droits**. Celui ci a en effet qualité pour procéder à la résolution amiable des différends par voie de médiation[109]. Ses moyens financiers actuels sont cependant, apparemment, insuffisants pour faire face à de nouvelles missions.

2 Dans le cadre de la possibilité pour le tribunal de grande instance, **après constat de l'existence d'une discrimination collective**, de prendre toute mesure de nature à faire cesser les discriminations, il pourrait être fait appel, en tant que **sachant**, à l'expertise de **l'ANACT**. Cette possibilité, qui pourrait être inscrite dans les textes, nécessiterait comme pour la médiation un accord des deux parties.

3 De manière générale, il faut que **les jugements rendus en matière de discrimination collective soient obligatoirement communiqués à l'inspection du travail**, afin que celle-ci puisse assurer un suivi par rapport à l'entreprise. Les inspecteurs du travail souhaiteraient d'ailleurs être destinataires de toutes les décisions rendues en matière de discrimination, y compris les décisions individuelles rendues par les juridictions prud'homale. Il peut paraître

[109] Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011, article 26.

opportun de prévoir cette diffusion.

SYNTHESE GENERALE DU RAPPORT

I- Constats

1- Les discriminations collectives sont, incontestablement, une réalité toujours prégnante dans le monde du travail. Elles touchent principalement les femmes, les seniors, les salariés titulaires de mandats représentatifs, et les salariés d'origine étrangère. La période actuelle de crise économique, marquée par la progression du chômage et le durcissement de la compétition économique, s'accompagne d'une augmentation des discriminations collectives. Pourtant, toutes les études montrent que la non-discrimination, et la diversité, sont des facteurs d'amélioration de la performance d'une entreprise.

2- Le législateur a mis en œuvre, au cours de ces dernières années, un nombre important de dispositifs pour faire cesser les discriminations collectives. Obligation de fournir des indicateurs, des rapports de situation comparée, obligation aussi de négocier spécifiquement sur l'évolution professionnelle et salariale de certaines catégories de salariés. Face à la multiplication de ces dispositifs, les chefs d'entreprise et responsables RH ont un sentiment de « mille-feuilles » et dénoncent un *« trop plein »* de contraintes auxquelles ils peuvent difficilement répondre.

3- Pourtant, ces dispositifs ont incontestablement contribué à sensibiliser les entreprises, les organisations syndicales, et les salariés, à la question des discriminations collectives, et les enquêtes montrent que dans les domaines d'action de ces dispositifs, les chiffres s'améliorent. Parallèlement, les entreprises ont elles-mêmes pris en charge un certain nombre de sujets qui ne sont pas inclus dans les diagnostics et champs obligatoires de négociation, en mettant en œuvre un des pratiques innovantes, notamment dans le domaine de l'embauche (*CV anonymes, testing internes*, etc....) et de la vie professionnelle (*accords diversité, indicateurs particuliers, entretiens personnalisés pour des catégories ciblées*...). Ces outils, sans être des solutions miracles, ont également fait la preuve de leur efficacité en incitant tous les acteurs au sein de l'entreprise (DRH, décideurs opérationnels, représentants du personnel), à remettre en cause leurs représentations et leurs pratiques. Cette prise de conscience est une étape essentielle dans une démarche visant à combattre les préjugés.

Il n'apparaît dans ces conditions pas opportun de proposer d'ajouter de nouveaux dispositifs obligatoires en matière de discrimination collective. Toutefois, il serait hautement souhaitable d'encourager le développement des pratiques volontaires de lutte et de rendre plus lisibles certains dispositifs. Sur ces points, la mission se limite à préconiser quelques recommandations (II). En revanche, il convient à l'évidence de rendre plus efficaces et plus rationnelles les actions qui peuvent être mises en œuvre lorsqu'une entreprise est manifestement défaillante et que, face à une situation avérée de discrimination collective, elle se refuse à définir et adopter les mesures de nature à la faire cesser (III).

II- Recommandations de la mission

1- Favoriser les pratiques de lutte volontaires contre les discriminations collectives par un système de bonus qui permettrait d'assurer aux grandes entreprises une reconnaissance sociale et aux plus petites d'avoir une aide financière pour la mise en place des outils de détection et de résorption des phénomènes de discrimination ;

2- Envisager la création d'un registre des candidatures pour les cabinets de recrutement ;

3- Rendre plus lisible le rapport de situation comparé par rationalisation de certaines données ;

4- Autoriser la saisine du Défenseur des droits par les organisations syndicales ;

5- En allant plus loin que le sujet de la discrimination collective en entreprise, réfléchir aux questions suivantes:
- la discrimination collective dans la fonction publique ;
- la question de l'unicité de l'instance ;
- la question de la rationalisation du traitement des dossiers sériels devant le CPH, à l'instar de ce qui est proposé pour les actions en discrimination.

III- Propositions de la mission

1- Favoriser l'accès aux éléments de preuve.
- Rappeler ou préciser la possibilité de demander en justice la production des éléments de preuve en cas de suspicion de discrimination, y compris devant le bureau de conciliation du conseil de prud'hommes;
- Prévoir un mécanisme d'anonymisation des informations relevant de la vie personnelle des salariés qui ne sont pas partie la procédure.

2- Créer une action collective devant le TGI, à double finalité:
- Constater l'existence d'une discrimination envers plusieurs salariés, ayant en commun d'appartenir à une catégorie visée par les textes interdisant la discrimination;
- Ordonner à l'employeur de prendre les mesures de nature à faire cesser la situation de discrimination.

Cette action, qui n'aurait pas vocation indemnitaire, mais viserait à faire cesser un trouble illicite, pourrait être mise en œuvre par les organisations syndicales dans le cas où l'employeur ne prendrait pas par lui même les mesures qui s'imposent.
Elle faciliterait par ailleurs, dans un second temps, les actions individuelles des salariés, portés devant le CPH, pour obtenir réparation individuelle du préjudice subi du fait de la discrimination.

3- Améliorer les transmissions d'information entre les différents acteurs en matière de discrimination: Défenseur des droits, services du ministère du travail....
Autoriser ces autorités à transmettre au procureur de la République, agissant dans ses attributions civiles, les dossiers paraissant établir l'existence d'une discrimination collective, afin que le procureur puisse, s'il l'estime opportun, déclencher lui même l'action collective devant le juge civil.

ANNEXES

ANNEXE 1- Droit comparé
ANNEXE 2- Les principaux textes en matière de discrimination
ANNEXE 3- Les contributions des organisations syndicales
ANNEXE 4- Liste des auditions

ANNEXE 4- Liste des personnes auditionnées pour la mission

Partenaires sociaux :

MEDEF : Sandrine Foulon et Joëlle Simon
CGPME : Philippe Chognard
CFDT : Marie-André Seguin et Laurent Loyer
CGT : Sophie Binet, Céline Verzeletti, Anaïs Ferrer et Pascal Rennes
CGT-FO : Véronique Lopez-Rivoire
CFTC : Jean-Michel Cerdan et Charbonnier
CFE-CGC : Chantal Guiolet et Barbara Reginato
UNSA : Said Darwane

Institutions :

ANACT: Hervé Lanouzière, Florence Chappert, Pascale Levet
Conseil Supérieur de l'Egalité Professionnelle: Brigitte Grésy
Défenseur des droits: Maryvonne Lyazid, Sophie Latraverse, Christine Jouhannaud, Slimane Laoufi

Gestion des ressources humaines humaines :

Marianne Laigneau, EDF
Sylvie Peretti et Claire Boulic-Ramaget, ainsi que l'équipe RH Lafarge (merci à l'AEJQS)
Anne de Ravaran, Thalès
Jean-Christophe Sciberras, Président de l'ANDRH
Philippe Vivien, Alixio

Et, grâce à l'aimable organisation de l'AFEP:

M.Guisse (Peugeot)
M.Raimbault (Air France KLM)
Mme Faucheux (ALSTOM)
M.Bisiaux (Bouygues)
M.Girault (Saint Gobain)
Mme Trede (Crédit Agricole)
Mme Mangenot (Philips France)
M.Jonquet (Solvay)
M.Carla (Veolia environnement)

Inspection du travail :

Pascal Appredarisse
Laurent Garouste
Catherine Lapeyre
Serge Lopez et Yvan Davidoff
Gilles Mathel

Médiateur :

Arnaud Latscha, médiateur à Paris.

Personnalités qualifiées :

François Clerc, délégué discriminations CGT
Jean-Marie Pernot, chercheur à l' IRES
Evelyne Serverin, Directeur de recherches au CNRS

Universitaires :

Jean-François Akandji-Kombé
Paul-Henri Antonmattei
Gwenaëlle Calves
Manuela Grévy
Grégoire Loiseau
Antoine Lyon-Caen
Marie Mercat-Bruns
Michel Miné
Christophe Radé
Jean-Emmanuel Ray
Pierre-Yves Verkindt

Avocats :

Me Emmanuelle Boussard-Verrechia
Me Michel Henry
Me Pascale Lagesse
Me Hélène Masse-Dessen
Me Yasmine Taraczewicz

Conseil National du Barreau :

Me Louis-Georges Barret
Me Jean Louis Magnier

Magistrats :

Siège: Anne Lacquemant
Parquet : Patrick Henriot

Experts - droit comparé

Des remerciements très sincères, pour leur précieux concours, au :

- SAEI (service des affaires européennes et internationales du ministère de la Justice), et notamment Mme Agoguet

- aux magistrats ou juristes qui ont bien voulu donner leur éclairage sur la législation applicable dans leur pays:

Allemagne: Gerhard Binkert, Gerichtspräsident
Belgique: Jean-François Neven, conseiller à la cour du travail de Bruxelles, et Eva Abelle Martin, attachée juriste à l'institut pour l'égalité des hommes et des femmes
Italie: Renga Simonetta et Raffaele Sabato, dr. giur., dr. sc. pol., M.C.J.
magistrato, consigliere della Corte di cassazione
Luxembourg: Jean-Claude WIWINIUS, Président de chambre à la Cour d'appel
Québec: Julie Dutil, juge à la cour d'appel du Québec, et M° Millette, assistant de justice
Pays-bas: Rikki Holtmaat

Royaume-Uni: Lord justice Aikens

<u>Il est important d'indiquer que ce rapport doit beaucoup:</u>

1- à l'aide technique précieuse apportée par les services des trois ministères à l'origine de la mission, et notamment à Mmes et MM. Aparisi, Delahaye-Guillocheau, Dumas, Roberge et Zago-Koch. Leur expertise a été décisive.

2- aux conseils également précieux de plusieurs collègues, au premier plan desquels Jean-Marc Béraud, Yves Struillou, Philippe Florès, Alain Lacabarats, ainsi qu'à Pierre Bailly, Jean-Yves Frouin, Jean-Guy Huglo, Edouard.de Leiris et Catherine Sommé.

3- Aux contributions de G. Calvès, F. Guiomard et A. Lacabarats sur les sujets, respectivement, de l'égalité dans la fonction publique, de l'unicité de l'instance, et du regroupement des dossiers sériels.