1. **SUR LA DISCRIMINATION**

* Constitue une discrimination directe au sens de la loi du 28 mai 2008, la situation dans laquelle, sur le fondement des motifs énumérés par la loi, une personne est traitée de manière moins favorable qu’une autre ne l’est, ne l’a été ou ne l’aura été dans une situation comparable.

La transposition par la Loi du 27 mai 2008 de la directive européenne est incorrecte, cette dernière retenant non pas « l’aura été », mais « le serait », forme conditionnelle ouvrant, contrairement à la formulation française, le champ de la comparaison hypothétique (*sur ce point, Professeur LANQUETIN, Droit Social 2008 p 778*).

Selon l’article L.1132-1, *« (…) aucun salarié ne peut faire l’objet d’une mesure discriminatoire, directe ou indirecte (…) notamment en matière de rémunération, au sens de l’article L.3221-3, de mesures d’intéressement ou de distribution d’actions, de formation, de reclassement, d’affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle (…), en raison (…) de son âge (…) de ses activités syndicales (…) ».*

Selon l’article L.2141-5 du Code du Travail*, « Il est interdit à l’employeur de prendre en considération l’appartenance à un syndicat ou l’exercice d’une activité syndicale pour arrêter ses décisions en matière notamment de recrutement, de conduite et de répartition du travail, de formation professionnelle, d’avancement, de rémunération et d’octroi d’avantages sociaux (…) ».*

L’interdiction de la discrimination se distingue de l’égalité de rémunération pour un même travail ou un travail de valeur égale de l’article L 3221-2 du Code du travail ou encore de la règle plus générale « *à travail égal, salaire égal* ».

* **Etablissement de la discrimination**. Il convient de rappeler qu’en cas de litige, la charge de la preuve est aménagée afin qu’elle ne pèse pas exclusivement sur le salarié qui se plaint d’une discrimination.

Les représentants du personnel le rapportent fréquemment : cela commence par un doute, le sentiment imperceptible que l'on est mis de côté. C'est rarement très franc ou très frontal mais, à bien y regarder, le salarié s'aperçoit qu'il évolue d'une façon différente de ses collègues, s'accompagnant souvent d'un sentiment d'isolement difficile à vivre. Dans un premier temps, ces salariés n'ont pas envie d'établir ce constat. Toutefois, l'accumulation de traitements défavorables et le sentiment de mise à l'écart, les poussent à reprendre l'historique de leur parcours. C'est alors que les différences peuvent sauter plus ou moins aux yeux. Quoi qu'il en soit, même lorsqu'elles apparaissent illustrées et argumentées, l'employeur a toujours une longueur d'avance sur le salarié en la matière. La difficulté d'accès aux données, *a priori*, personnelles et confidentielles des autres salariés, pourrait empêcher toute comparaison avec eux et ainsi toute action judiciaire, sur le terrain de l'absence de preuve.

En ce sens, l’article **L.1134-1 du Code du travail** dispose que :

« *Lorsque survient un litige en raison d’une méconnaissance des dispositions du Chapitre II (*relatif au principe de non-discrimination et donc notamment à l’article L.1132-1) *(…)* ***le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l’existence d’une discrimination directe ou indirecte*** *(…).*

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

*Le Juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d’instruction qu’il estime utiles* ».

En effet, s’agissant d’une discrimination illicite, la charge de la preuve applicable est celle issue de la **directive 97/80/CE du 15 décembre 1997** (transposée en droit national aux **articles L.1134-1 et L.1144-1 du Code du travail**), intégrée dans la Directive Refonte du 6 juillet 2006, et constitue un acquis communautaire.

Cet aménagement de la charge de preuve, règle procédurale, est également une règle de fond, puisque le salarié victime d’une discrimination ne serait pas en mesure de faire valoir ses droits si la règle de la preuve n’était pas déplacée vers l’employeur.

Dès lors, faute pour l’employeur de justifier par des **éléments objectifs sans rapport avec le motif discriminatoire** le traitement différencié dont le salarié a fait l’objet, la discrimination est établie.

Selon l’article **L. 1134-1 du Code du travail**, la caractérisation d’une situation de discrimination suit donc le schéma suivant :

* **1.** la salariée doit présenter des éléments de fait laissant supposer l’existence d’une discrimination directe ou indirecte,
* **2.** à charge pour l’employeur de prouver que cette différence de traitement est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination,
* **3.** le juge devant former sa conviction au vu des éléments fournis et au besoin après avoir ordonné toutes mesures d’instruction nécessaires.

Le Conseiller à la Cour de cassation Monsieur HUGLO a fait une synthèse particulièrement claire, dans un dossier de discrimination syndicale, du mécanisme probatoire (Rapport du 3 juin 2015, page 16, AFF SALARIES C/ RATIER FIGEAC, arrêt de rejet, ***Soc. 14/10/2015 N°14-15.460***) :

« *Les juges ne pouvant « sonder les reins et les cœurs »,* ***la seule constatation d’une stagnation de la carrière du salarié et de son engagement syndical suffit dans notre jurisprudence à caractériser des éléments de fait laissant supposer l’existence d’une discrimination****.*

*Il appartient dès lors à l’employeur de démontrer que cette stagnation de carrière s’explique par des motifs étrangers à toute discrimination**mais la charge de la preuve du lien entre le retard de carrière et l’engagement syndical ne pèse pas sur le salarié* ».

Le salarié n’a donc pas la charge de la preuve de l’intention discriminatoire de l’employeur, mais seulement du traitement différencié dont il a été victime au sein de l’entreprise.

Les développements de l’employeur à ce titre, qui prétendent que la salariée ne fait pas la démonstration du lien de causalité entre le motif discriminatoire et le traitement défavorable, sont inopérants.

* **Eléments de discrimination**. Pour rapporter ce traitement différencié, la salariée peut proposer plusieurs types d’éléments, qu’ils soient intrinsèques à sa situation ou qu’ils se fondent sur la comparaison avec les autres salariés placés dans une situation similaire à la sienne.

En effet, la jurisprudence considère qu'en matière de discriminations, la comparaison n'est qu’un mode de preuve et non pas une condition de fond. La Cour de cassation a ainsi jugé à plusieurs reprises que « *l'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d’autres salariés* » et peut parfaitement être caractérisée *per se* (***Soc., 10 nov. 2009, c/ SNCF, n° 07-42849 ; Soc. 29 juin 2011, c/ Société ATHESA, 10-14067 ; Soc., 20 février 2013, pourvoi n°10-30.028, publié au Bulletin***).

Par exemple, **la Cour de cassation estime que la chronologie des événements, pris dans leur ensemble, est un critère adéquat pour apprécier l'existence d'une discrimination (*Soc., 10 nov. 2009, c/ SNCF, n° 07-42849 ; Soc., 28 juin 2018, N°16-28511, publié au bulletin*).**

Autre exemple encore, la Cour régulatrice juge que la stagnation pendant une longue durée dans un même niveau de classification conventionnelle est un élément de fait laissant supposer l’existence d’une discrimination (***Soc., 18 novembre 2020, 19-15.099***).

La chambre sociale considère également comme pertinente l’utilisation de statistiques, notamment dans le cadre d’affaires mettant en jeu une discrimination sur le fondement de l’origine (***Soc. 15 décembre 2011, pourvoi n°10-15873***). Il en va de même en matière de discrimination à raison du sexe (***CA Paris, Pôle 6 – chambre 5, 28 janvier 2021, RGn°18/03340***).

De même, la Cour de cassation a récemment admis l’existence d’une discrimination à raison de l’origine en se fondant sur les différentes statistiques élaborées par le plaignant à partir du nom de ses comparants (***Soc. 14 décembre 2022, n°21-19.628***).

De jurisprudence constante, ces éléments, quels qu’ils soient, doivent être appréhendés « *dans leur ensemble* » par le juge (***Soc. 29 juin 2011, pourvoi n°10-15792 ; Soc. 12 avril 2012, pourvoi n°11-12847 ; Soc. 21 janvier 2016, pourvoi n°14-26698***).

**S’agissant de la comparaison elle-même**, Les salariés auxquels le demandeur se compare doivent présenter des caractéristiques comparables à l’embauche en matière de niveau de formation de base, de niveau et d’ancienneté **(*Soc. 4/07/2000 SA VERDOME contre Gisbert n° 98-43285, Crim. 9/11/2004 n° 04-81397 RATIER-FIGEAC*).**

Selon la Cour de cassation, la comparaison doit s’effectuer non pas avec des salariés occupant les mêmes fonctions que le salarié discriminé au moment où le juge statue mais avec des salariés placés au départ dans une situation comparable afin de vérifier si leur évolution de carrière a été ou non comparable :

« *La comparaison ne doit pas porter sur des salariés qui exercent au jour où le juge statue, les mêmes fonctions que le salarié, comme c’est le cas lorsqu’il s’agit d’appliquer la règle d’égalité salariale, mais bien sur ceux qui ont été embauchés à la même date et au même niveau de diplôme. (…)* » ***Rapport du Conseiller à la Cour de cassation du 1er mai 2009 – SAINT-LOUIS SUCRE contre GILLI n° 08-40438***

La jurisprudence n’exige pas une situation identique, mais « équivalente » (***Soc. 28/06/2006 n° 04-46419 GAN***).

Le Défenseur des Droits, dans son mémento 2019 sur la discrimination syndicale dans l’emploi privé, dont les observations sont transposables dans le cadre de la discrimination sexuelle, rappelle ces règles de détermination du panel de comparaison, ainsi que la jurisprudence applicable.

* **Harcèlement moral discriminatoire.** Enfin, le législateur est venu compléter le dispositif anti-discrimination au regard du droit communautaire en établissant l’interdiction du harcèlement discriminatoire : la loi prévoit désormais que la discrimination inclut tout agissement lié à l’appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, la religion, les convictions, l’âge, le handicap, l’orientation sexuelle ou le sexe, ainsi que tout agissement à connotation sexuelle, subis par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement hostile, dégradant, humiliant ou offensant (***Loi n° 2008-496, 27 mai 2008, art. 1er, al. 3, 1°).***

Dès lors, un agissement, même unique, lié à un motif discriminatoire constitue désormais un harcèlement discriminatoire illicite au sens de la loi de 2008 (***CA Rennes, 10 décembre 2014, n°14/00134***).

Le régime probatoire applicable au harcèlement discriminatoire est identique à celui prévu pour la discrimination, et les règles dégagées par la jurisprudence en matière de harcèlement s’appliquent par analogie au harcèlement discriminatoire.

Le salarié n’est pas tenu d’apporter la preuve de l’existence d’un lien entre son état de santé et les agissements dont il est victime ou la dégradation de ses conditions de travail (***Soc. 30 avril 2009, n°07-43219***). La dégradation de l’état de santé du salarié doit donc être prise en compte comme l’un des éléments de fait apportés au soutien de sa demande.

Le juge doit apprécier l’ensemble des éléments de fait apportés par le salarié, et non de manière isolée sur chacun d’eux ***(Soc. 27 mai 2009, n° 07-43112 ; 6 juin 2012, n°10-27766).***

C’est pourquoi seuls les faits dont la matérialité n’est pas établie par le salarié peuvent être écartés par le juge.

Il est parfaitement établi qu’en matière civile, l’intention de l’auteur du harcèlement est indifférente ***(Soc. 10 novembre 2009, n°08-41497).*** Il en est de même s’il n’a pas la connaissance de la portée de ses agissements ***(Crim. 11 novembre 2015, n°14-85591).***

La Cour de cassation a confirmé que discrimination et harcèlement peuvent être constitués par les mêmes faits ***(Soc. 02 juillet 2014, n°12-29385),*** et ouvrent droit à des réparations spécifiques lorsque des préjudices distincts sont entraînés ***(Soc. 3 mars 2015, n°13-23521).***

**Sur l’absence d’éléments objectifs fournis par l’employeur**

L’**article L1134-1 du Code du travail** impose à l’employeur de « *justifier du motif du traitement discriminatoire par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination*. »

La Cour de Cassation exige que l’inégalité de traitement soit justifiée par l’employeur par des « *critères objectifs de compétence professionnelle* » (en ce sens ***Soc. 4/07/2000 SA VERDOME contre GISBERT n° 98-43285 P***).

Selon la doctrine, cette compétence professionnelle ne doit pas être appréciée de façon absolue, mais par rapport à un niveau moyen d’un salarié ordinaire - ce que l’employeur est en droit d’attendre d’un salarié ordinaire (***Droit Social n° 9/10 sept/oct. 2000***).

La Cour de Cassation a précisé qu’« *il appartient au juge, sans se substituer à l'employeur, de vérifier si celui-ci justifie d'éléments d'objectifs (…) qui ne sauraient résulter du seul exercice d'un pouvoir discrétionnaire* » (***Soc. 28/09/2004, n°03-42.624 P***), étant précisé que l’exercice du pouvoir *discrétionnaire* de l’employeur est borné par l’obligation de justification objective et pertinente (***Soc. 30/04/2009, n°07-40.527***).

**L’existence d’accords d’entreprise sur l’égalité professionnelle ne prémunit pas contre les pratiques discriminatoires.**

La seule existence d’accords n’est nullement une garantie contre les discriminations et ne démontre pas l’absence d’une situation discriminatoire en matière d’évolution salariale et promotionnelle à l’égard des femmes ou des élus ou mandatés au sein de l’entreprise.

1. **SUR LA** **RÉPARATION**

L’**article L1132-4 du Code du travail** dispose :

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

En outre l’**article L 1134-5 3° du même code** souligne que :

*« Les dommages et intérêts réparent l'entier préjudice résultant de la discrimination, pendant toute sa durée. »*

La Cour de Cassation a en effet réaffirmé à plusieurs reprises le principe de réparation intégrale du préjudice, qui « oblige à placer celui qui l’a subi dans la situation où il se serait trouvé si le comportement dommageable n’avait pas eu lieu » (***Soc., 23 novembre 2005, EDF, n° 03-40826 ; Soc., 10 avril 2008, n° 06-45821***).

Le principe de réparation intégrale du préjudice subi s’impose aux Etats membres de l’Union Européenne, en vertu de la directive 76/207/CEE du 9 février 1976 (principe réaffirmé par la ***CJCE Marshall, affaire C-271/91 du 2/08/1993***).

***Sanctions dissuasives***. Il convient d’indiquer que la Directive européenne 2000/78 du 27 novembre 2000 « *portant création d’un cadre général en faveur de l’égalité de traitement en matière d’emploi et de travail* », transposée notamment en droit national par la **Loi du 16 novembre 2001** (reprise dans la Directive du 5/07/2006 dite refonte n° 2006/54), prévoit dans son **article 17** que :

« *Les sanctions ainsi prévues qui peuvent comprendre le versement d’indemnités à la victime, doivent être effectives, proportionnées et dissuasives* ».

Cet impératif découlant du principe de protection juridictionnelle effective avait déjà été posé par la jurisprudence de la Cour de justice de l’Union européenne relative à la discrimination sur le sexe.

**La sanction doit ici être « dissuasive » du fait du risque de perpétuation des comportements discriminatoires par l’employeur.**

1. **Sur le repositionnement professionnel**

L’**article L.1132-4 du Code du travail** sanctionne les actes discriminatoires par la nullité : les actes discriminatoires doivent être considérés comme nuls, et la salariée rétablie dans la situation qui aurait dû être la sienne en l’absence de discrimination.

La nécessité de réparer intégralement les dommages subis dépasse le seul octroi de dommages et intérêts. Il suppose le reclassement de la salariée victime d'une discrimination prohibée sur le poste et au niveau de responsabilité et de salaire dont elle aurait dû bénéficier (***Soc., 23 nov. 2005 ; Soc., 31 janv. 2007, n°05-42855 ; Soc., 10 avr. 2008 ; Soc., 15 oct. 2008, n°06-46106***).

Il est donc nécessaire de repositionner professionnellement la salariée en fonction de la carrière qu’elle aurait dû avoir si elle n’avait pas été discriminée, ce qui constitue la seule réparation utile, permettant d’annihiler les effets de la discrimination pour l’avenir.

En matière de discrimination syndicale, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi de la Société RENAULT VI, en retenant qu’une Cour d’Appel avait légalement justifié sa décision en attribuant le coefficient auquel aurait dû être classé un salarié et une rémunération correspondante, après avoir retenu l’existence d’une discrimination dans le déroulement de carrière du salarié (***Soc., 10 juillet 2002, Renault V.I., n° 00-45359***).

Cet arrêt a été confirmé ultérieurement par des arrêts de principe (***Soc., 23novembre 2005, EDF, n° 03-40286 ; Soc., 15 mars 2005 Renault, n°02-43560***).

Enfin, précisons que le juge ne peut se contenter d'attribuer au salarié une revalorisation de son salaire en application d'une moyenne proposée par l'employeur dès lors qu'une telle revalorisation n'est pas de nature à réparer l'intégralité du préjudice professionnel et financier subi par le salarié (***Soc., 10 avr. 2008***). Il convient de prendre en compte le niveau qu'aurait pu atteindre le salarié, même si l'atteinte de ce niveau potentiel ne présentait pas de certitude (***Soc., 29 janvier 2008, n°06-42066 ; Soc. 28 septembre 2011, n°10-14662).***

En ce sens, la haute juridiction considérait dans un arrêt de principe (***Soc. 5 février 2014 n°12-2784) :***

*« Attendu, cependant, que l****a réparation intégrale d'un dommage oblige à placer celui qui l'a subi dans la situation où il se serait trouvé si le comportement dommageable n'avait pas eu lieu*** *;*

*(…) ce dont il résultait (que le salarié) était fondé à se voir reclasser dans le coefficient de rémunération qu'il aurait atteint en l'absence de discrimination (…). »*

Ce principe a été récemment rappelé dans un arrêt du ***21 novembre 2018*** (***Soc., n°17-15174***).

Ce principe est régulièrement réaffirmé par la Cour régulatrice (exemples : ***Soc., 21 novembre 2018, n°17-15174 ; Soc., 9 octobre 2019, n° 18-16109 ; Soc 24 nov. 2021 20-15.871 ; Soc., 19 janvier 2022, pourvoi n°20-19.608***), et parfaitement appliqué par les juges du fond (exemple : ***CA VERSAILLES 3 juin 2021, RG n° 18/0241 ; CA PARIS, 8 décembre 2021, RG n°17/09016).***

Faisant application de ce principe, la Cour d’appel de PARIS a considéré, dans le cadre d’une discrimination à raison du sexe, que la salariée devait être repositionnée au niveau maximal des salariés masculins de sa catégorie faute pour l’employeur de démontrer que celle-ci n’aurait pu atteindre un tel niveau en l’absence de toute discrimination sexuelle (***CA PARIS, 2 juin 2021, RG n°19/00971***). Cet arrêt, qui a fait l’objet d’un pourvoi de l’employeur sur ce point, a été confirmé par la Cour de cassation (***Soc., 22 mars 2023, pourvoi n° 21-20.461***).

**La juridiction doit** fixer le repositionnement du salarié en considération de ce qu’aurait dû être son évolution de carrière si il n’avait pas fait l’objet d’une inégalité de traitement discriminatoire.

**Le salarié doit demander donc un repositionnement en salaire et en niveau à partir de la moyenne de son panel.**

1. **Sur le préjudice financier**

Le préjudice du salarié victime de discrimination est constitué en principe de la différence entre ce qu’il aurait dû percevoir et ce qu’il a perçu effectivement, (perte de revenu), outre l’incidence sur le montant de la retraite et des avantages dérivés du salaire.

Le préjudice strictement financier, calculé au plus juste (pas de calcul d’impact sur la participation trop difficile à chiffrer, espérance de vie limitée à la moyenne nationale etc.) peut être estimé en appliquant la règle « du triangle », dite Méthode CLERC.

La Méthode Clerc vise à comparer la situation du salarié demandeur avec celles d'un panel de plusieurs salariés ayant été embauchés au cours de la même période et dans des conditions comparables en matière de filière professionnelle et de niveau de qualification (Cass. soc., 4 juill. 2000, no 98-43.285). À l'aide des contrats de travail, des avenants de promotion, des bulletins de salaire, la méthode consiste à répertorier graphiquement les évolutions de carrière pour chacun des salariés du panel, graphique laissant apparaître une courbe désavantageuse lorsqu'il y a une discrimination notamment syndicale.

Cette règle est admise par les juridictions dans la réparation indemnitaire des situations de discrimination, comme « *contrôlable, cohérente et précise* » (***CA DOUAI, 31 janvier 2007, PECQUEUR C/ TOYOTA, n°06/00297 ; CA PARIS, 16 décembre 2008, n°07-03680 ; CA NANCY, 4 septembre 2009, WAGON, n°06/00848 ; CA Versailles du 1/10/2014 BVA n° 12-05122***).

Elle est désormais la plus couramment utilisée par les juges du fond[[1]](#footnote-1).

Très récemment la Cour d’appel de Grenoble a ainsi considéré que la méthode Clerc constituait « *un moyen approprié permettant de manière juste et adéquate de réparer de manière intégrale le préjudice subi par le salarié victime de discrimination* » (***CA Grenoble, 10 mars 2022, n°19/04933***).

Enfin, la méthode a été récemment validée par la Cour de cassation. En l'espèce, la Cour d'appel de Rouen avait fait application de la méthode "Clerc" pour réparer un préjudice de carrière tiré d'une discrimination syndicale. L'employeur formait alors un pourvoi soutenant que cette méthode portait « *atteinte au principe de réparation intégrale du préjudice* ». En réponse, la Cour de cassation rejetait le pourvoi par une décision non spécialement motivée, ce moyen n'étant selon elle « *manifestement pas de nature à entraîner la cassation* » (***Soc. 21 septembre 2022, pourvoir n°21-17.361***).

Ce faisant, la Haute juridiction validait, en creux, le bien-fondé de cette méthode.

La triangulation est même désormais recommandée par l’ensemble des Autorités Administratives indépendantes ayant à traiter des questions de discrimination dans l’emploi :

* le Défenseur des Droits et l’Organisation Internationale du Travail (OIT)[[2]](#footnote-2) ;
* la Commission Nationale Consultative des Droits de l’Homme (CNCDH)[[3]](#footnote-3),
* le Conseil Economique, Social et Environnemental (CESE)[[4]](#footnote-4).

Si elle ne s’impose pas au juge, qui reste souverain dans l’appréciation des préjudices, elle est désormais recommandée par le Défenseur des Droits dans son « *Mémento : La lutte contre les discriminations syndicales dans l’emploi privé*» paru en septembre 2019.

Le calcul de l’évaluation du préjudice se rapporte au calcul de la surface d’un triangle (base x auteur/2), c'est-à-dire le nombre d’années de discrimination multiplié par l’écart de salaire (entre le salaire de la victime de discrimination et le salaire moyen du panel de référence).

Bien évidemment, la division par 2 s’impose, sinon ce serait considérer que l’écart au point d’arrivée était le même qu’au début de la discrimination, alors qu’évidemment, il est de 0 au début de la discrimination.



**Par exemple**, Madame A a fait l’objet d’une discrimination dans l’évolution de carrière, qui a commencé dès l’embauche.

La représentation d’une telle discrimination ne correspond pas à la forme d’un triangle (lequel implique que le niveau de salaire soit, à l’embauche, identique) mais à la forme d’un trapèze.

C’est donc au calcul de l’aire d’un trapèze qu’il convient de procéder.

***1ère étape : détermination de la différence de salaire à l’embauche***. Si Madame A n’avait pas été victime de discrimination à raison de son sexe dès l’embauche, elle aurait été placée au Niveau II, coefficient 100 de la convention collective applicable dès janvier 2000. Il convient donc de comparer son salaire, à cette date, avec le salaire moyen des hommes positionnés au Niveau II, coefficient 100.

Compte tenu du fait que la rémunération des salariés du panel n’est complète qu’à compter de l’année 2001, il convient de calculer la différence annuelle entre la rémunération moyenne des hommes de son panel ainsi que celle de Madame A sur l’année 2001, soit :

39.621,80 – 33.541 = **6.080,80 €**

***2e étape : détermination de la différence de salaire au moment du repositionnement***. En 2016, Madame A aurait dû être positionnée au même niveau de salaire que la moyenne de son panel affiné si elle n’avait pas été discriminée à raison de son sexe et de sa maternité.

La différence entre la rémunération annuelle moyenne des hommes de son panel et celle de Madame A sur l’année 2016 :

54.535,82 – 49.414,08 = **5.121,74 €**

Ce qui donne la représentation visuelle suivante (trapèze) :

Cette discrimination est intervenue dès l’embauche (janvier 2000), et sera donc calculée sur 16 ans (jusqu’au 1er janvier 2016).

Par conséquent, le préjudice économique de Madame A doit être calculé selon la formule suivante (formule de l’aire du trapèze : **[(petite base + grande base) x hauteur] / 2**) :

[(écart de rémunération 2001 + écart de rémunération 2016) x durée de la discrimination] / 2

= [(6.080,80 + 5.121,74) x 16 ans / 2

= **89.620,32 euros**

A cette détermination du préjudice s'ajoutera nécessairement l'incidence sur la retraite, laquelle peut être évaluée différemment en fonction des hommes et des femmes compte tenu des statistiques de mortalité.

On peut raisonnablement retenir (statistiques INED les plus récentes) une espérance de vie à hauteur de 77 ans pour les hommes et 84 ans pour les femmes.

Ainsi un salarié de sexe féminin qui a une espérance de vie de 84 ans (statistiques INSEE 2015), peut espérer 19 ans de retraite comparée à 40 ans d'activité professionnelle **soit 48% de préjudice complémentaire au titre de la retraite.**

C'est donc ce pourcentage qui peut être utilement utilisé, ce que retiennent régulièrement les juges du fond (***CA Paris, 16 juin 2011, RG 09/08065 ; CA Aix en Provence, 20 octobre 2017, RG n° 15/05837 ; CA GRENOBLE, 12 avril 2022, RG n°19/02266***).

Ce qui donne le calcul suivant :

89.620,32 x 1,48 = **132.638,07 euros**

Le préjudice complémentaire au titre de la retraite est évalué à 30 % pour les hommes (CA Paris 21ème C, 19 fév. 2009, COURCELLES c/ MATRA, RG 07/03072, définitif ; CA Paris 18ème E 27 avril 2007 BAUDURET c/ NESTLE, RG : 05/04631, rejet du pourvoi par Soc., 13 janv. 2009, n°42.864 ; CA Paris 18ème D 16 déc. 2008 POUTIER/MFP, RG 07/03680 ; CA Nancy 4 sept. 2009, WAGON, RG 06/00848)

Voir CA PARIS pôle 6 chambre 9 RG 17/09016 du 8/12/2021. « Dans le cas présent, le préjudice financier se calcule par la différence entre le dernier salaire perçu par M. A et celui auquel il pouvait prétendre, multiplié par le nombre d'années de la discrimination, le tout divisé par 2. Ce montant sera majoré de 30 % afin de compenser le préjudice de retraite futur engendré par une rémunération inférieure. »

1. **Sur le préjudice moral**

**Discrimination.** Le salarié subi un préjudice moral important que la Cour ne saurait confondre avec le préjudice financier.

En effet, les effets psychologiques sur le salarié que peuvent engendrer un processus discriminatoire sont maintenant parfaitement connus, et font l’objet de nombreuses analyses sociologiques et médicales (dévalorisation du travail, stress, déconsidération de soi, déprime, troubles du sommeil et de la concentration etc.).

La discrimination implique, surtout, un impact non quantifiable et pourtant tangible : celui de l’atteinte  
à la dignité du salarié.

Avoir été moins bien traité du seul fait de sa condition est une atteinte non seulement au droit  
fondamental protégé par la Constitution qu’est l’égalité, mais aussi une atteinte au principe – lui aussi à  
valeur constitutionnelle – de dignité. Ces atteintes sont nécessairement préjudiciables au salarié victime.

De fait, il est de jurisprudence constante que des dommages et intérêts sont alloués pour réparer le  
préjudice moral causé par l’atteinte à la dignité qu’implique la discrimination (***CA PAU, 4 septembre  
2012, n°10/04765 ; CA AGEN, 11 février 2014 n°13/00532 ; CA VERSAILLES, 12 février 2014,  
n°11/02639 ; CA VERSAILLES, 15 mai 2014, n°13/00610 ; CA PARIS, 16 octobre 2015, n°13/03526).***

Ainsi, il est admis que « *la privation d’un droit, d’ordre public, est source d’un préjudice moral très vif qui devra être compensé* » (en matière de discrimination syndicale, voir ***CA ORLEANS, 24 janvier 2008, Daguin /IMPHY ARCELOR MITTAL, n° 07/01514***) ou encore que :

« *Les dommages et intérêts auxquels sont en droit de prétendre les salariés n’ont pas pour seul objet de réparer la perte de salaire résultant de la discrimination mais d’indemniser aussi le préjudice matériel incluant les incidences sur les droits à la retraite, ainsi qu’un préjudice moral subi du fait de l’absence de reconnaissance professionnelle constatée*. » ***CA Nancy, 4 septembre 2009, WAGON, n°06/00848***

La Cour de cassation considère d’ailleurs que la méconnaissance d’un droit fondamental cause un  
*préjudice nécessaire* lorsqu’elle juge que :

- « *la seule constatation de l’atteinte à la vie privée ouvre droit à la réparation* » (***Soc. 12  
novembre 2020, n°19-20.583)*** ;

- « *l’employeur qui n’a pas accompli les diligences nécessaires à la mise en place d’institutions  
représentatives du personnel (…) commet une faute qui cause un préjudice aux salariés, privés  
ainsi d’une possibilité de représentation de défense de leurs intérêts* » (***Soc. 15 mai 2019, n°17-  
22.224)***;   
- « *le seul constat du dépassement de la durée maximale de travail ouvre droit à la réparation » (****Soc. 26 janvier 2022, n°19-12.775).***

Les juges du fond réparent au titre du préjudice moral non seulement « *le sentiment de dévalorisation* »  
(***CA VERSAILLES, 5 mai 2015, n°14/01541***), mais aussi « *la privation de la possibilité de  
reconnaissance professionnelle* » (***CA NANCY, 4 septembre 2009, précitée***), ou encore « *le  
sentiment d’injustice généré par un traitement inéquitable de l’employeur [ayant un] caractère  
socialement intolérable* » (***CPH MONTLUCON, 7 décembre 2015, n°15/00079***).

A titre d’exemple, dans un dossier de discrimination à raison de l’orientation sexuelle, la société BNP PARIBAS a été condamnée à la somme de 100.000 euros (***CA PARIS, 22 septembre 2016, RG 14/07337***).

1. **Sur la violation des dispositions conventionnelles**

L’**article L.1222-1 du Code du travail** dispose que le contrat doit être exécuté de bonne foi. Ceci implique que, « *fautif, l’employeur qui ne respecte pas les dispositions conventionnelles s’imposant à lui, est tenu à réparer le préjudice consécutif qu’il cause*. »

En matière de discrimination syndicale, un tel chef de préjudice est régulièrement retenu (***CA Paris du 20.12.2012, Viviane CLAUX contre ARCELOR MITTAL n°11-02572 ; CA Paris 1.04.2015 BEROUD et autres contre AIR LIQUIDE RG 12/09386, 6 arrêts***).

Il en est de même pour les engagements unilatéraux pris par l’employeur qui doivent être respectés par leur auteur.

1. *CA Paris, 4 octobre 2016, RG n°14/14365 ; CA Paris, 29 mars 2017, n° 15/02815 ; CA Aix en Provence, 20 octobre 2017, RG n° 15/05837 ; CA Paris, 31 janvier 2018, RG 10/14210, affaire des « Chibanis » ; CA Paris, 16 janvier 2019, RG n°17/03073 ; CA Douai, 29 mai 2019, RG n°16/01905 ; CA Versailles, 27 juin 2019, RG n°17/02733 ; CA Lyon, 13 septembre 2019, RG n°16/04603 ; CA Aix en Provence, 15 novembre 2019, RG n°16/20630 ; CA Versailles, 19 décembre 2019, RG 18/03801 ; CA Amiens, 1er avril 2020, RG n°18/01259 ; CA Paris, 24 juin 2020, RG n°14/04600 ; CA Chambéry, 12 novembre 2020, RG n°19/02118 ; CA Aix en Provence, 29 janvier 2021, RG n°18/00120 ; CA Chambéry, 9 mars 2021, RG n° 19/01964 ; CA Versailles, 3 juin 2021, RG n° 18/0241 ; CA Aix en Provence, 4 juin 2021, RG n°18/05951 ; CA Angers, 21 octobre 2021, RG n°20/0086 ; CA Toulouse, 25 février 2022, RG n°19/03364 ; CA Grenoble, 10 mars 2022, RG n°19/04933 ; CA Grenoble, 12 avril 2022, RG n°19/02266 ; CA Bourges, 29 avril 2022, RG n°21/00226 ; CA Chambéry, 10 mai 2022, RG n°21/01018 ; CA Grenoble, 30 juin 2022, RG n°18/03550 ; CA Lyon, 6 juillet 2022, RG n°19/02488 ; CA Paris, 7 septembre 2022, RG n° 19/00974.* [↑](#footnote-ref-1)
2. *Mémento : La lutte contre les discriminations syndicales dans l'emploi privé : Décision-cadre relative à la lutte contre les discriminations syndicales dans l'emploi privé*, DDD, septembre 2019, pages 27 à 29. [↑](#footnote-ref-2)
3. *Rapport 2020 sur la lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie*, CNCDH, juin 2021, page 287. [↑](#footnote-ref-3)
4. *Repérer, prévenir et lutter contre les discriminations syndicales*, les avis du CESE, juillet 2017, page 23. [↑](#footnote-ref-4)