

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse Capitole.

Les méthodes d'évaluation des préjudices nés de discriminations

Frédéric Guiomard

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

Les méthodes d'évaluation des préjudices nés de discriminations

Frédéric Guiomard, Professeur à l'université Toulouse Capitole, Institut de droit privé, E.A. 1920

Droit social 2023 p.316

L'essentiel

Face aux incertitudes qui entourent la réparation en cas de discrimination dans l'emploi, il convient de s'intéresser aux méthodes que le droit propose afin de déterminer les chefs de préjudice et d'évaluer les quantums des réparations. Ces méthodes sont de nature différente. Trois d'entre elles peuvent être caractérisées : celle qui concerne les réparations des licenciements frappés de nullité, celle qui provient du renvoi au droit de la responsabilité civile et celle, empirique, qui provient de la pratique contentieuse afin de réparer les préjudices de nature professionnelle. Face à cette approche hétéroclite de la question de la réparation, la nécessité de procurer une réparation effective, proportionnée et dissuasive, issue du droit européen, appellerait la création d'une méthode plus transparente, adaptée à l'enjeu des litiges portant sur les discriminations : la protection de la dignité des personnes.

La complexité de la manière dont sont réparés les préjudices en droit du travail invite à circonscrire un domaine particulier emblématique des difficultés à l'oeuvre : celui des discriminations dans les rapports de travail. En cette matière, comme en maintes autres, les méthodes d'évaluation sont laissées dans un épais brouillard.

Le code du travail aborde la question à travers la seule mention de la nullité des mesures discriminatoires (C. trav., art. L. 1132-4) (1). Son régime n'est véritablement précisé que pour l'annulation du licenciement. Son application à d'autres mesures telles que les inégalités de carrière, le refus d'accès à la formation, le refus d'accès à un stage ou à un recrutement est laissée à l'appréciation des juges.

En l'absence de précision dans le code du travail, le réflexe est de se référer au droit commun, à la responsabilité civile. Celle-ci comporte néanmoins nombre d'incertitudes sur les préjudices réparés et sur les fonctions qu'elle doit assumer. Les projets de réforme de la responsabilité ne semblent pas changer fondamentalement la situation (2). Est-il seulement opportun de revenir à ce droit commun ? Le droit du travail dans son ensemble semble faire preuve d'un particularisme attesté de longue date, tenant à des considérations économiques à l'égard des entreprises (3), ce dont atteste aujourd'hui le plafonnement des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. La composition paritaire des juridictions prud'homales oriente sans doute les choix de réparation davantage vers la recherche de compromis entre les demandes des victimes et les contraintes économiques des entreprises que vers celle de l'application rigoureuse des principes de réparation du droit civil.

Ces particularités des méthodes de réparation sont accentuées dans le champ des discriminations, placé sous l'emprise du droit de l'Union européenne (4). Les directives insistent sur la détermination de sanctions « effectives, proportionnées et dissuasives (5) ». La finalité compensatrice, centrale dans le droit de la responsabilité civile, doit s'enrichir de considérations tenant à l'effectivité des règles (fonction de garantie et de prévention) et de dissuasion (fonction répressive).

Cette combinaison de sources doit conduire à s'interroger : la référence à la nullité doit-elle peser sur les fonctions attribuées à la réparation ? La référence au caractère effectif, proportionné et dissuasif impose-t-elle une approche particulière ? Faut-il systématiquement compléter la compensation par l'octroi de réparations punitives, voire préventives ? L'atteinte aux droits de la personne et à la dignité appelle-t-elle la reconnaissance de chefs de préjudice particuliers ? La dimension systémique et collective des discriminations appelle-t-elle des formes spécifiques de réparation en prenant en compte les dommages faits aux groupes de victimes ?

Les règles légiférées et la jurisprudence n'apportent pas de réponse nette, ce qui appelle à engager une réflexion sur les méthodes de réparation en cas de discrimination dans les relations de travail. Bien que d'un emploi courant sous la plume des auteurs (6), cette notion de « méthode » est rarement définie. De manière générale elle renvoie à l'idée d'un « chemin, d'un cheminement à suivre, un ensemble de procédés intellectuels plus ou moins complexes qui permettent de parvenir à une fin, un résultat ou à un objectif déterminé » (7). Elle conduit donc à s'interroger sur la manière dont le juge doit évaluer les préjudices.

Différentes conceptions de la méthode coexistent (8). Elle peut renvoyer, d'une façon conceptuelle, à la détermination d'un certain nombre de principes qui doivent guider l'évaluation du juge (fonction conférée à la réparation, identification des préjudices, etc.) ou, plus techniquement, aux modalités concrètes de l'évaluation des réparations au moyen de directives précises données aux juges (9) (réparation forfaitaire, plafonds, planchers d'indemnisation, barèmes, référentiels...). Ces deux dimensions sont indissociables : les dimensions techniques sont indexées sur un ensemble de valeurs, sur des conceptions philosophiques, économiques, sociales permettant de donner sens à la réparation.

Qu'en est-il en matière de discrimination ? Le droit ne présente que des méthodes parcellaires, comportant à la fois des dimensions techniques et des aspects plus conceptuels. À ce titre, trois types de méthodes différentes coexistent : à côté des règles spécifiques tenant à l'évaluation des préjudices liés à la rupture du contrat de travail (I) se superposent l'utilisation des méthodes de la réparation intégrale (II) et des méthodes pratiques pour évaluer les préjudices professionnels (III). Ce tour d'horizon nous permettra de conclure en suggérant quelques voies d'évolution pour rechercher une méthode de réparation plus transparente.

I.- La méthode de réparation des préjudices liés à la rupture du contrat de travail

Il n'existe dans le code du travail qu'une seule règle qui évoque spécifiquement l'évaluation d'un préjudice né d'une discrimination : celle qui concerne les conséquences du licenciement nul. L'article L. 1235-3-1 indique que le salarié a droit à une indemnité au minimum égale à 6 mois de salaire s'il ne demande pas sa réintégration. La réparation en nature est privilégiée, mais elle est soumise à la double condition d'une demande du salarié et de l'absence d'impossibilité de la réintégration.

L'application de cette règle suscite un certain nombre de difficultés (10). La première tient à son champ d'application. Le texte liste un certain nombre d'hypothèses de discriminations (11). Il mentionne cependant également la « violation d'une liberté fondamentale », dont la portée est plus floue. La Cour de cassation en a précisé l'étendue dans l'une des décisions du 11 mai 2022 relative aux barèmes de licenciement (12). Elle a indiqué qu'il était de « jurisprudence constante de la Cour de cassation » que cela permet d'inclure la liberté syndicale, le droit de grève, la protection de la santé et le « principe d'égalité des droits entre l'homme et la femme ». Elle mentionne enfin le licenciement fondé sur la grossesse et la maternité ainsi que celui des victimes d'accidents du travail et maladies professionnelles. La Cour ne présente pas cette liste comme fermée, ce qui laisse en suspens la question de l'atteinte au principe d'égalité de traitement ou le principe « à travail égal, salaire égal » pour lequel la nullité du licenciement n'a pas été reconnue à ce jour (13).

Concernant ensuite les réparations, il convient de distinguer selon que le salarié est réintégré ou non.

A- La réparation en cas de réintégration dans l'emploi

La réintégration, si elle est prononcée, ne répare pas tous les préjudices nés de la discrimination.

S'agissant des préjudices professionnels, il est d'abord important dans ces litiges de compenser les salaires perdus pendant la période d'éviction antérieure à la réintégration. La Cour de cassation se réfère à la réparation de « la totalité du préjudice subi », qui permet d'octroyer au salarié sa rémunération « dans la limite du montant des salaires dont il a été privé » (14). Le fondement en a été débattu ; il semble désormais admis qu'il s'agit d'une réparation indemnitaire de la faute consistant à ne pas avoir respecté l'obligation de fournir du travail (15). Néanmoins, leur évaluation varie selon que la règle violée est constitutive ou non d'une règle de nature constitutionnelle. L'indemnité d'éviction se cumule avec les éventuels revenus de remplacement dont le salarié a pu bénéficier pendant cette période uniquement si le droit est garanti par la Constitution ou son Préambule (16). Les raisons d'une telle distinction suscitent des interrogations (17). Elle peut être justifiée par la nature punitive d'un cumul des indemnités de remplacement avec les indemnités d'éviction. Au regard du principe de la légalité des peines et des délits, elle devrait être expressément prévue par la loi (18). À défaut, seul un fondement trouvé dans l'ordre constitutionnel, en perspective d'une sorte d'incompétence négative du législateur pour protéger ces libertés, pourrait légitimer l'octroi d'une sanction. Le résultat est un peu étrange, car il conduit à moduler les réparations selon les motifs discriminatoires, comme s'ils étaient hiérarchisés. Du point de vue du droit des victimes, il n'y a cependant aucune raison d'évaluer le préjudice différemment en présence d'une discrimination syndicale ou d'une discrimination fondée sur l'âge. Selon M. Jean-Guy Huglo, la liste des droits constitutionnels comporte une part de contingence (19), qu'il convient d'assumer.

À ces réparations des préjudices professionnels s'ajoute depuis la loi du 10 août 2016, une autre réparation punitive : l'obligation faite à l'employeur de rembourser, dans la limite de six mois, les allocations de chômage versées aux salariés, entre le jour de leur éviction de l'entreprise et le jour du jugement (C. trav., art. L. 1235-4). La liste des motifs est proche de celle de l'article L. 1235-3-1, ce qui permet d'inclure l'essentiel des motifs de discrimination (20). Le texte pose moins de difficultés d'interprétation : la précision du législateur dispense de s'interroger sur la nature constitutionnelle des droits. Par ailleurs, cette sanction étant également octroyée en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, elle suscite moins de questions de frontière avec des situations voisines comme l'égalité de traitement, même si la Cour de cassation veille à ce que la référence à la nullité soit faite à bon escient (21).

Au-delà de ces réparations, le salarié réintégré peut-il prétendre à d'autres indemnités ? La formule de la Cour de cassation selon laquelle l'octroi des salaires dont le salarié a été privé durant la période d'éviction correspond « à la réparation de la totalité du préjudice subi » paraîtrait l'exclure. Toutefois, il faut souligner que cette formule ne s'adresse qu'à la réparation du préjudice né de la nullité de la rupture du contrat de travail. Elle n'exclut pas la réparation d'autres préjudices qui proviendraient des circonstances de la rupture ou la réparation de préjudices moraux résultant de l'atteinte à la dignité de la personne. La Cour de cassation indique que la condition est que le salarié établisse l'existence d'un préjudice supplémentaire distinct (22).

B- La réparation en l'absence de réintégration

En l'absence de réintégration, le salarié peut d'abord prétendre à des réparations identiques à celles dues en cas de réintégration : indemnité d'éviction et remboursement des allocations de chômage, dans les mêmes conditions que cela a été mentionné.

L'article L. 1235-3-1 prévoit en outre une indemnité à la charge de l'employeur, qui ne peut être inférieure au salaire des six derniers mois. Ce plancher était initialement commun avec les licenciements sans cause réelle et sérieuse (23). Depuis les ordonnances du 22 septembre 2017, il est resté comme une sorte de marqueur du caractère punitif de la réparation des licenciements nuls (24). Une question d'échelle se pose : le montant minimal de six mois de salaire est-il suffisant ? La question est laissée à l'appréciation des juges du fond, qui doivent se demander si son montant est suffisant pour dissuader de prononcer des licenciements pour un motif illicite. Aucune leçon ne peut véritablement être tirée de la jurisprudence, mais il semble que les cours d'appel oscillent entre une réparation autour du plancher de six mois de salaire et celui de 12 mois de salaire (25), sans autre explication que la mention de l'ancienneté du salarié.

Une question demeure cependant : quels sont les préjudices indemnisés par ces indemnités ?

Faute d'une construction très précise, il est plus aisé d'identifier ce qui n'est pas réparé que ce qui l'est. Cette réparation ne couvre pas la perte d'emploi proprement dite, qui est compensée par les indemnités légales de licenciement de l'article L. 1234-9 du code du travail. La nature indemnitaire de celle-ci est admise par la majorité de la doctrine, encore que le sujet soit discuté (26). La Cour de cassation a opté pour la formule selon laquelle elle constitue « la contrepartie du droit de résiliation unilatérale dont dispose l'employeur » (27). Elle paraît paradoxale si on la transpose au licenciement nul, car on ne saurait affirmer qu'une rupture fondée sur un motif illicite est l'expression d'un droit de résiliation unilatérale : la rupture ne saurait à la fois être un droit et un acte illicite. Quoi qu'il en soit, l'article L. 1235-3-1 prévoit son cumul avec l'indemnité pour nullité du licenciement. L'objet de la réparation est diversement apprécié par les auteurs : Jean Mouly reprend l'idée d'une violation d'une sorte de droit de propriété sur l'emploi, alors que Cyril Wolmark l'analyse comme la violation d'une obligation contractuelle implicite de stabilité de l'emploi propre au contrat de travail (28). Cependant, le préjudice réparé n'est pas clairement identifié. Nonobstant sa nature indemnitaire, son évaluation en fonction de la seule ancienneté du salarié en fait plus une sorte de prix à payer pour rompre le contrat de travail qu'une technique de réparation, la jurisprudence n'acceptant pas de les réévaluer par la preuve d'un préjudice supplémentaire que causerait la seule perte de l'emploi.

Si l'indemnité pour licenciement nul ne répare pas le préjudice « ordinaire » de perte d'emploi, que répare-t-elle ? La parenté historique entre la réparation du licenciement nul et le licenciement sans cause réelle et sérieuse permet de comprendre que les indemnités octroyées réparent les mêmes préjudices : si la faute est de nature différente (motif injustifié ou motif illicite), les préjudices ne sont pas distincts, en dehors de la dimension punitive provenant du maintien du plancher d'indemnisation. L'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse de l'article L. 1135-3 répare un préjudice désigné sans plus de précision comme le « préjudice lié à la perte injustifiée de l'emploi » (29). Elle se cumule avec des indemnités qui ont un objet différent : réparation du préjudice causé par le caractère vexatoire du licenciement (30), atteinte à la dignité (31), indemnisation de la perte de chance d'évolution professionnelle (32), d'accès à un autre emploi (33), ou d'obtention d'une indemnité de fin de carrière en étant licencié peu avant la retraite (34). À l'inverse, elle ne saurait se cumuler avec les indemnités pour non-respect des critères d'ordre du licenciement (35) : dans les deux cas, il s'agit de sanctionner les conséquences d'un licenciement qui n'aurait pas dû être prononcé. La similarité des indemnités cumulées montre que les préjudices envisagés sont pratiquement similaires : l'indemnité pour licenciement nul se cumule avec l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement, l'indemnité compensatrice de préavis (L. 1235-3-1), ou celles provenant d'un licenciement vexatoire (36). La seule nuance concerne le cumul avec les indemnités pour irrégularité de la procédure (37), qui est expressément exclu par l'article L. 1235-2, mais non par les textes sur la sanction du licenciement nul.

Néanmoins les chefs de préjudice en jeu ne sont pas identifiés avec davantage de précision : le droit chercherait à réparer les conséquences d'un dommage en comprenant à la fois des préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux (38). L'existence du plancher d'indemnisation a favorisé une appréciation globale de ces différents préjudices, d'autant que la Cour de cassation a toujours laissé aux juges du fond un pouvoir souverain dans l'appréciation des préjudices, ce qui conduit à un certain « relâchement » dans la détermination des préjudices indemnisés (39). La Cour paraît englober tous les préjudices qui naissent habituellement d'une telle perte d'emploi, et n'accepte l'indemnisation de préjudices distincts que lorsque le salarié peut prouver des atteintes exceptionnelles en raison des circonstances (atteinte à la dignité, attitude vexatoire) ou des pertes de chances caractérisées provenant des particularités de l'affaire. En matière de licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'ancien plancher d'un montant minimal de 6 mois de salaire était considéré comme suffisant pour assurer une double fonction d'indemnisation et de peine privée (40). La barémisation mise en place par l'ordonnance du 22 septembre 2017 oblige à s'interroger sur les préjudices réparés et la fonction des réparations (41). Afin de justifier la compatibilité de ces règles avec la réparation adéquate exigée par la Convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail (OIT), la Cour de cassation semble octroyer désormais une place essentielle au remboursement complémentaire des allocations de chômage de l'article L. 1135-4, versées en cas de licenciement injustifié comme en cas de licenciement nul, qui remplirait désormais la fonction de peine privée (42).

Si on transpose le raisonnement à l'indemnisation du licenciement nul, on perçoit le nombre de points incertains que soulève cette méthode d'indemnisation : la fonction dissuasive est assurée par deux mécanismes distincts

dont l'effectivité et la proportionnalité ne sont pas évaluées (43) : plancher d'indemnisation et remboursement des allocations chômage. Les mêmes fonctions de la réparation sont donc assumées par deux règles différentes, sans que puisse être évalué leur impact en terme de compensation ou de punition.

Au total, il apparaît que les différentes réparations versées à l'occasion d'un licenciement nul en raison d'une discrimination semblent confrontées à une méthode trop globale. Outre le fait que cette méthode ne permet pas de réparer de la même façon les différents préjudices selon le motif discriminatoire, elle a pour inconvénient de ne pas identifier clairement la fonction des différentes indemnités allouées et de ne pas séparer clairement, au sein de ces indemnités, la part allouée à la réparation des différents préjudices et celle destinée à dissuader et prévenir les ruptures fondées sur un motif discriminatoire.

II.- L'application du principe de la réparation intégrale, une méthode impressionniste

En dehors de la réparation des licenciements nuls, le droit légiféré ne présente aucune méthode d'évaluation spécifique. C'est donc tout naturellement que la jurisprudence se tourne vers le droit de la responsabilité civile en se référant au « principe de réparation intégrale du préjudice », dont il résulte que « la réparation du préjudice doit être intégrale, sans perte ni profit » (44).

La réparation intégrale constitue sans doute davantage un « principe », au sens d'une règle générale inspirant un grand nombre d'autres règles, qu'une véritable méthode précise d'évaluation (45). Néanmoins, la jurisprudence livre, au fil des décisions, les rudiments d'une méthodologie, qui encadre l'appréciation des juges.

Cette méthode est plus processuelle que substantielle. Il revient aux parties de faire valoir par leurs prétentions les chefs de préjudice dont elles demandent réparation, leur valeur, et les modalités de la réparation (en nature ou par compensation pécuniaire), et confie ensuite un pouvoir souverain d'appréciation au juge concernant la plupart de ces éléments.

En ce qui concerne les modalités de la réparation, la Cour de cassation a par exemple admis la possibilité de solliciter la réparation en nature des préjudices de carrière en sollicitant le reclassement du salarié ou son repositionnement dans les grilles de classification (46). Le juge est-il alors tenu d'y faire droit si la discrimination est reconnue ? La question est débattue dans le droit de la responsabilité civile (47). Au nom de l'obligation de « placer celui qui l'a subi dans la situation où il se serait trouvé si le comportement dommageable n'avait pas eu lieu », la chambre sociale indique que les dispositions « ne font pas obstacle à ce que le juge ordonne le reclassement d'un salarié victime d'une discrimination prohibée » (48). Elle écarte ainsi l'argument selon lequel les juges ne pourraient pas se substituer à l'employeur dans l'exercice de ses prérogatives. Sans doute la réparation intégrale ne peut-elle que difficilement se passer, ici, d'une réparation en nature pour être véritablement effective.

Pour ce qui est des préjudices réparés, les chefs de préjudice dont le salarié demande réparation sont laissés au choix du demandeur, en fonction du dommage subi. Les discriminations emportent à la fois des dommages patrimoniaux et extrapatrimoniaux. S'il est traditionnel de distinguer un certain nombre de chefs de préjudice, il n'existe aucune liste de ceux-ci, et les parties pourraient s'en affranchir, voire en invoquer d'inédits : la vertu principale de la méthode de réparation intégrale est sa faculté d'adaptation aux dommages subis et aux prétentions des victimes. Nombre de décisions (vraisemblablement une majorité d'entre elles) se contentent d'ailleurs de faire droit à une demande de réparation du ou des préjudices résultant d'une discrimination sans véritablement les désigner : la réparation cherche souvent à réparer le dommage plutôt que des préjudices précis. La Cour de cassation elle-même se réfère ainsi, sans plus de précision, à « l'indemnisation de la discrimination » (49).

Néanmoins, cette liberté laissée aux parties n'exclut pas tout contrôle de la Cour de cassation. Celle-ci veille, en effet, en cas de pluralité de chefs de préjudices réparés, à ce que cela ne conduise pas à réparer deux fois le même préjudice (50). La mention de préjudices différents oblige à les délimiter et à les distinguer. Ceci peut être assez rudimentaire : la distinction entre des préjudices matériels et les préjudices moraux est suffisante (51). Dès lors qu'il n'y a pas de risque de confusion entre les préjudices réparés, la Cour de cassation fait preuve d'une souplesse parfois troublante : elle admet l'octroi de réparations globales, mêlant les préjudices subis alors même que le demandeur opérait une distinction (52). La Cour de cassation semble ainsi ne pas condamner la pratique de réparations « tous chefs de préjudices confondus » ou « toutes causes de préjudices confondus », même lorsqu'elles mêlent le préjudice moral et les préjudices patrimoniaux (53).

Pour ce qui est de l'évaluation des montants de préjudice, la Cour de cassation se fie exclusivement au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond. Elle indique, classiquement, que « l'existence d'un préjudice et l'évaluation de celui-ci relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond » (54), qu'il s'agisse de la réparation en nature ou de la fixation du montant des dommages et intérêts, excluant ainsi toute possibilité de contestation des décisions des juges du fond. Elle n'exige pas spécialement que les juges du fond explicitent leur méthode ou leurs critères retenus. De façon ancienne, la Cour de cassation censure toute référence à une méthodologie d'évaluation qui renverrait à des barèmes, référentiels ou procédés d'évaluation, ce qui entretient le flou autour de l'évaluation des quantums des réparations (55). Le respect du droit de l'Union européenne impose que le préjudice soit nécessairement réparé (56), mais son évaluation est laissée aux juges du fond sans plus de précision (57).

Au total, il apparaît que la méthode exigée par la réparation intégrale présente l'avantage de sa souplesse et du respect de la manière dont les victimes sollicitent des réparations. Mais elle présente l'inconvénient de ne permettre aucun contrôle sur l'évaluation des préjudices subis, de ne fournir que peu de repères sur les différents préjudices indemnisés, et de ne pas distinguer clairement les différentes fonctions conférées à la réparation. Le caractère intégral de la réparation risque ainsi de ne pas être garanti de façon effective.

III.- L'émergence de méthodes pratiques d'évaluation des préjudices professionnels

La détermination des préjudices matériels pourrait sembler poser moins de problèmes que celle des préjudices extrapatrimoniaux. La nullité de toutes les mesures trouvant leur origine dans une pratique discriminatoire conduit, par exemple, à permettre l'octroi des rémunérations dont le salarié a été privé, ainsi que l'indique l'article L. 3221-7 du code du travail en cas d'inégalités entre les femmes et les hommes.

L'évaluation des préjudices professionnels suscite cependant d'importantes difficultés dès lors que la discrimination peut être établie par comparaison avec des groupes de salariés placés dans une situation comparable, sur des durées qui peuvent être longues, ce qui appelle des preuves d'ordre statistique. La difficulté d'établir des statistiques pertinentes (58) a conduit à la nécessité pratique d'élaborer une méthode permettant d'obtenir des comparaisons recevables par les juges. On doit à François Clerc, militant de la Confédération générale du travail (CGT) devenu par la suite spécialiste des questions de discrimination, l'élaboration d'une méthodologie désignée comme la « méthode Clerc » ou « méthode de triangulation », qui permet, par la construction de panels de comparaisons, de prouver l'existence des discriminations et de mesurer l'impact qu'elles produisent sur la carrière des salariés et la rémunération. La méthode s'est diffusée progressivement dans les contentieux sur les discriminations syndicales et sexuelles pour l'essentiel. Promue par les syndicats, experts et avocats spécialisés dans le champ des discriminations, son emploi peut être mesuré dans un nombre important de décisions de cour d'appel (59). Construite de façon empirique et logique, elle a acquis une autorité : le Défenseur des droits (60) et l'inspection du travail (61) la reconnaissent comme pertinente.

Le Défenseur des droits a détaillé les procédés de constitution des panels de comparaison, tenant aux caractéristiques des personnes (même entreprise, embauche à un niveau de qualification similaire, embauche à une date proche sur un emploi comparable (62)). Il convient ensuite de montrer les différences de rémunération

entre le salarié et les comparants du panel cumulés dans le temps à partir d'un graphique (prenant la forme d'un triangle, d'où le nom de « méthode triangulaire »), et de calculer in fine la totalité des rémunérations dont le salarié a été privé (63). Le Défenseur des droits emprunte également à la même méthode un procédé de calcul des réparations au titre de la perte des droits à retraite. Face à l'impossibilité matérielle d'imposer aux caisses les reconstitutions de carrière et de rémunération, il est prévu une majoration de 30 % des sommes dues au titre de la compensation de la perte de salaire (64). Les décisions de cour d'appel suivent également souvent ce raisonnement (65).

À mi-chemin entre une pratique de mise en forme des faits et une norme d'évaluation des différences de traitement, cette méthode dispose-t-elle d'une autorité ? Elle a été appliquée directement par nombre de décisions de cour d'appel (66). La Cour de cassation a accepté qu'elle puisse servir à prouver les discriminations en précisant certains éléments relatifs aux conditions de la comparaison. Seuls peuvent être inclus dans le panel des salariés « engagés dans des conditions identiques de diplôme et de qualification et à une date voisine » (67) et disposant de la même ancienneté (68). Est-ce à dire que la méthode constitue un modèle normatif pour toute comparaison ? Après avoir évité de prendre parti, la chambre sociale a fini par mentionner la « pertinence du panel de comparaison » (69), ce qui pourrait sembler reconnaître une autorité à la méthode. Néanmoins, les décisions rendues se contentent de livrer des précisions sur les critères à prendre en compte lorsque sont comparés des déroulements de carrière (70), sans faire appel à une méthodologie unique à suivre. Cette approche semble convaincante, car elle permet de s'accommoder d'une pluralité de modes de construction des comparaisons, en fonction de la variété des situations de discrimination : elle ne fige pas la méthodologie dans une méthode unique (71). Elle a ensuite clairement affirmé que « la pertinence du panel de comparaison est appréciée souverainement par les juges du fond » (72). Seuls ces derniers ont le pouvoir de vérifier l'adéquation des méthodes utilisées, souvent au regard de la confrontation avec d'autres méthodes d'évaluation des différences présentées par l'employeur (73). Cette souveraineté dans la détermination des modes de comparaison est complétée également, du côté de l'évaluation du préjudice qui découlerait de la preuve au moyen de panels, par une appréciation souveraine du préjudice (74). Il faut encore noter que la Cour de cassation opère un contrôle minimal sur la motivation en écartant les comparaisons fondées sur des éléments incohérents ou le recours à des données lacunaires (75).

En apparence, la valeur normative de la méthode Clerc semble modeste : les juges ne sont pas obligés de l'adopter, elle peut se décliner selon des modalités variées dont la pertinence est laissée à l'appréciation des juges du fond. Elle semble en ce sens relever davantage du fait que du droit, à l'instar des résultats d'une expertise (76). Néanmoins, elle revêt une grande force opératoire dans les contentieux : elle fournit l'outil indispensable pour caractériser les discriminations de carrière. Il faut en effet concevoir que la discrimination ne constitue pas le fruit de simples constats de faits bruts : elle est un construit complexe qui mêle une compréhension sociologique des pratiques sociales et des règles destinées à les appréhender (77). La méthode Clerc, par la présentation de schémas aisément lisibles, a l'avantage d'une technique qui permet aisément de saisir d'une façon empirique ce que sont les discriminations dans la carrière et les préjudices professionnels qu'elles engendrent.

Mais cette appréciation selon des méthodes pratiques est limitée à la prise en charge de préjudices économiques consistant dans la seule perte de salaires et de droits à retraite. Ces méthodes ne prennent pas en compte d'autres préjudices patrimoniaux. De manière assez générale, elle ne prend nullement en compte les questions de perte de chance nombreuses qui peuvent découler des situations discriminatoires : perte de chance de promotion professionnelle supérieure à la moyenne, d'accéder à des dispositifs de promotion, de changer d'emploi, d'accéder dans de meilleures conditions à l'assurance chômage, d'accéder à de meilleures conditions sociales... Permettant d'octroyer des réparations d'un niveau conséquent, la méthode Clerc semble souvent jouer parfois comme un plafond pour la réparation des préjudices économiques (78). Pour ce qui est des préjudices extrapatrimoniaux, la méthode ne présente aucune méthode spécifique. Les juridictions doivent ici appliquer pleinement les règles habituelles d'évaluation du préjudice moral, et exercer leur pouvoir souverain en la matière, sans contrôle possible (79).

Conclusion - Pour une méthode plus transparente d'évaluation des préjudices

Le rapide tour d'horizon des méthodes utilisées convaincra, nous l'espérons, de l'insuffisance des méthodes actuellement appliquées. Tout en laissant une grande liberté à l'initiative des plaideurs et aux juges, la situation

actuelle laisse une part excessive d'indétermination quant aux préjudices réparés, aux montants des réparations octroyées et aux fonctions remplies par la réparation. Il semblerait utile de s'engager dans la construction de méthodes plus précises de détermination des préjudices.

Cette réflexion s'impose à différents titres.

Le droit des discriminations est d'abord révélateur de l'insuffisante attention portée aux réparations en cas d'atteinte à la dignité de la personne. À la différence des atteintes aux biens (réparation des préjudices économiques) et des dommages corporels, le droit ne propose aucune véritable méthode d'évaluation. Le déploiement de régimes de responsabilité propres aux dommages corporels (80), aux dommages écologiques (81) ou de réparation des préjudices économiques (82) montre une tendance à la spécialisation des systèmes d'évaluation, déployant des méthodes fondées sur des principes généraux et des règles techniques adaptées.

Cette spécialisation des régimes serait confortée par le projet de réforme de la responsabilité civile qui prévoit de conforter ces évolutions en consacrant une section spécifique intitulée « la réparation des préjudices résultant de certaines catégories de dommages », avec des dispositions sur les préjudices corporels et sur les préjudices résultant d'un dommage environnemental. Le moment n'est-il pas venu de proposer une démarche comparable pour les atteintes portées à la dignité de la personne ?

La question d'une clarification s'impose d'autant plus dans le droit des discriminations, en raison de la nécessité de sanctions effectives, dissuasives et proportionnées, issue du droit de l'Union européenne. La persistance de discriminations nombreuses dans l'ensemble des États membres devrait inviter à adopter une démarche plus précise sur chacune de ces exigences, en proposant une méthode permettant d'assurer les fonctions que doit assurer l'octroi des réparations. Du côté de l'effectivité, le droit européen exige une réparation intégrale (83). Mais le renvoi au juge national dans l'appréciation de l'effectivité ne doit-il pas s'accompagner d'une méthodologie permettant d'identifier les préjudices dont la réparation doit être recherchée ? La démarche a déjà été engagée par la Commission européenne en matière de concurrence (84).

Pour ce qui est de la dimension dissuasive, le droit de l'Union européenne confère une grande liberté aux juges nationaux : la Cour de justice de l'Union européenne a fait valoir que la directive n° 2006/54/CE « permet, mais n'impose pas, aux États membres de prendre des mesures prévoyant le versement de dommages et intérêts punitifs » (85). Nous avons vu que les règles permettent difficilement d'isoler les dimensions punitives de la réparation. Le projet de réforme de la responsabilité civile, dans son dernier état, a renoncé à l'idée initiale de dommages et intérêts punitifs. L'action pénale, envisageable dans certaines affaires de discriminations, ne peut être envisagée pour les discriminations indirectes. Ne faut-il pas alors promouvoir systématiquement des dommages et intérêts punitifs dans les cas d'atteinte à la dignité ? Certaines pistes mériteraient également d'être explorées, telles qu'une place accrue reconnue aux réparations versées aux syndicats et associations dans les actions de groupe ou d'intervention dans les litiges (86) ou le recours à des mesures systématiques de publication.

Enfin, pour ce qui est de la proportionnalité, il serait urgent de considérer la disproportion manifeste qui existe entre les montants de réparation octroyés et les avantages que tirent certaines entreprises par la récurrence de pratiques inégalitaires à l'égard de nombres importants de victimes, sans s'engager dans des démarches correctrices. Ces pratiques constituent l'illustration de ce que sont des fautes lucratives.

Il semble donc nécessaire, en France, mais aussi à l'échelle de l'Union européenne, de s'engager dans la promotion de méthodes plus rigoureuses d'identification et d'évaluation des préjudices nés des discriminations afin de mieux assurer les fonctions assignées à la réparation.

Mots clés :

DROIT DU TRAVAIL * Les désordres de la réparation * Discriminations * Préjudice lié à la rupture du contrat * Réparation intégrale * Méthode Clerc

(1) Le terme est employé (ou l'adjectif « nul ») dans les articles L. 1132-4, L. 1134-4, L. 1142-1, L. 1142-3, L. 1144-3, L. 1226-13 et L. 1235-3-1 du code du travail ; la référence à la nullité est également sous-entendue par l'emploi fréquent des expressions « aucun salarié » ou « aucune personne ».

(2) S. Porchy-Simon, La réaffirmation des constantes du droit de la responsabilité contractuelle et extracontractuelle, Arch. phil. dr., n° 63, 2021. 283.

(3) G. Viney, P. Jourdain, S. Carval et J. Ghestin, Les effets de la responsabilité, 4e éd., LGDJ, 2017, n° 39.

(4) Certaines formes de discrimination comme les discriminations syndicales ou à l'égard des représentants du personnel, ou encore celles relatives à l'exercice du droit de grève ne peuvent toutefois trouver un fondement dans les textes européens, mais davantage sur des principes constitutionnels.

(5) Dir. n° 2000/78/CE du Conseil, 27 nov. 2000, consid. 35 et art. 17 ; Dir. n° 2000/43/CE du 29 juin, consid. n° 26 et art. 15 ; Dir. n° 2006/54/CE, 5 juill. 2006, consid. 18 et art. 35. L'expression est reprise de la jurisprudence antérieure, v. CJCE, 10 avr. 1984, aff. 14/83, Sabine von Colson et Elisabeth Kamann c/ Land Nordrhein-Westfalen, Rev. UE 2015. 336, obs. C. Mayeur-Carpentier ; CJCE, 10 avr. 1984, aff. 79/83, Dorit Harz c/ Deutsche Tradax GmbH.

(6) G. Viney et al., op. cit. ; C. Lantero La méthode d'évaluation des préjudices corporels, RFDA 2014. 317 .

(7) V. Champeil-Desplats, Méthodologie du droit et des sciences du droit, Dalloz, 2016, n° 5 (la définition est empruntée par l'auteure à N. Bobbio).

(8) Ibid.

(9) M. Chagny, Rapport introductif, in A. Mazouz, E. Gardounis et A. Dumery, Les évolutions contemporaines du préjudice, L'Harmattan, 2019.

(10) V., B. Bossu, Les effets de la nullité du licenciement, RJS 12/2022, p. 7.

(11) Sont mentionnées l'ensemble des discriminations dans l'emploi couvertes par l'article L. 1132-4, le licenciement pour exercice de l'action en justice, ou celles faisant suite à une action en justice fondée sur l'égalité entre les femmes et les hommes (L. 1144-3).

(12) Soc., 11 mai 2022, n° 21-14.490 , Sté Pleyel centre de santé mutualiste, publié au Bulletin, n° 15, AJDA 2022. 1001, tribune F. Melleray ; D. 2022. 2275 , note T. Sachs ; ibid. 1088, entretien P. Lokiec ; ibid. 1280, obs. S. Vernac et Y. Ferkane ; JA 2022, n° 661, p. 11, obs. D. Castel ; Dr. soc. 2022. 473, tribune C. Radé ; RTD civ. 2022. 575, obs. P. Deumier ; ibid. 861, obs. F. Marchadier .

(13) La Cour semblerait l'exclure, v. Soc., 20 févr. 2008, n° 06-40.085 , Bull. civ. V, n° 38, refusant la nullité du licenciement pour l'exercice de l'action en justice fondée sur le principe « à travail égal, salaire égal » ; D. 2008. 790 ; Dr. soc. 2008. 530, note C. Radé ; RDT 2008. 330, obs. F. Guiomard .

(14) La formule est constante, v. Soc., 16 oct. 2019, n° 17-31.624 , publié au Bulletin, D. 2019. 2043 ; ibid. 2020. 1740, chron. A. David, M.-P. Lanoue, A. Prache et T. Silhol - Soc., 17 févr. 2010, n° 08-45.640 , D. 2010. 1771 , note C. Lefranc-Hamoniaux et G. Dedessus-Le-Moustier ; Dr. soc. 2010. 591, obs. C. Radé - Soc., 25 janv. 2006, n° 04-40.789 , Bull. civ. V, n° 28, D. 2006. 467 ; ibid. 2002, obs. J. Pélissier, B. Lardy-Pélissier et B. Reynès ; RDT 2006. 41, obs. M. Grévy .

(15) V., D. Baugard, La période d'éviction en cas de réintégration, RDT 2020. 185 ; l'article démontre comment cette thèse a été préférée par rapport à celle d'une indemnité de nature salariale suggérée par G. Couturier, Les nullités du licenciement, Dr. soc. 1977. 222.

(16) Soc., 2 juin 2010, n° 08-43.277 , RDT 2010. 592, obs. M. Grévy - Soc., 9 juill. 2014, n° 13-16.434 , Bull. civ. V, n° 186 (activités syndicales), D. 2014. 1594 - Soc., 15 nov. 2017, n° 16-14.281 , D. 2017. 2375 ; ibid. 2018. 190, chron. F. Ducloz, F. Salomon et N. Sabotier ; ibid. 813, obs. P. Lokiec et J. Porta ; RDT 2018. 132, obs. M. Mercat-Bruns - Soc., 21 nov. 2018, n° 17-11.122 , publié au Bulletin, D. 2018. 2311 ; RDT 2019. 257, obs. I. Meyrat - Soc., 28 sept. 2022, n° 21-11.101 (droit d'agir en justice) - Soc., 29 janv. 2020, n° 18-21.862 , publié au Bulletin (licenciement d'une femme en raison de son état de grossesse portant atteinte à l'égalité de droits entre l'homme et la femme garantis constitutionnellement) ; D. 2020. 287 ; ibid. 1740, chron. A. David, M.-P. Lanoue, A. Prache et T. Silhol ; ibid. 2021. 863, obs. RÉGINE ; Dr. soc. 2020. 376, obs. J. Mouly ; RDT 2020. 185, obs. D. Baugard - Soc., 11 juill. 2012, n° 10-15.905 , Bull. civ. V, n° 218 (état de santé), D. 2012. 1967 ; ibid. 2013. 1026, obs. P. Lokiec et J. Porta - Soc., 25 nov. 2015, n° 14-20.527 , Bull. civ. V, n° 236, D. 2015. 2508 ; RDT 2016. 108, obs. Y. Ferkane (licenciement pour exercice du droit de grève) - Au contraire, le cumul est exclu lorsque le droit n'a pas de nature constitutionnelle : Soc., 15 nov. 2017, n° 16-14.281 , Bull. civ. V, n° 193 (discrimination fondée sur l'âge) ; D. 2017. 2375 ; ibid. 2018. 190, chron. F. Ducloz, F. Salomon et N. Sabotier ; ibid. 813, obs. P. Lokiec et J. Porta ; RDT 2018. 132, obs. M. Mercat-Bruns .

(17) J.-G. Huglo, La notion de liberté fondamentale dans la jurisprudence de la chambre sociale : essai de définition au regard de ses fonctions, RDT 2018. 346 , et S. Robin-Olivier, Sur quelques usages récents des droits et libertés fondamentaux, Dr. soc. 2019. 509 ; P. Adam Droits fondamentaux et droit du travail : derrière le brouillard..., Dr. soc. 2019. 506 .

(18) V., G. Viney et al., op. cit., n° 15.

(19) J.-G. Huglo, préc., estimant que « la notion de liberté fondamentale est quasiment fonctionnelle ».

(20) Le texte vise les seules discriminations relevant de l'article L. 1132-4 (discriminations relevant du principe de non-discrimination au sens de l'article L. 1132-1), L. 1134-4 (actions en justice en matière de discrimination), L. 1144-3 (licenciement fondé sur les actions en justice en matière d'égalité femmes-hommes). Par renvoi entre les textes, la Cour de cassation y inclut les licenciements prononcés en raison de l'exercice normal du droit de grève, v. Soc., 18 janv. 2023, n° 21-20.311, D. 2023. 120 ; ibid. 408, chron. S. Ala, M.-P. Lanoue, D. Le Corre et M.-A. Valéry ; Dr. soc. 2023. 279, obs. P. Adam .

(21) V. Soc., 19 oct. 2022, n° 21-15.533, publié au Bulletin, D. 2022. 1861 ; ibid. 2245, obs. S. Vernac et Y. Ferkane ; ibid. 2023. 408, chron. S. Ala, M.-P. Lanoue, D. Le Corre et M.-A. Valéry ; Dr. soc. 2022. 1049, obs. C. Radé .

(22) Soc., 3 juill. 2003, nos 01-44.717, 01-44.718 et 01-44.522, Bull. civ. V, n° 214, D. 2004. 180, et les obs. , obs. B. Reynès ; RJS 2003, n° 1141.

(23) Soc., 2 juin 2004, n° 02-41.045, Bull. civ. V, n° 153, Dr. soc. 2004. 909, obs. G. Couturier .

(24) Selon le communiqué de presse de la Cour de cassation des arrêts rendus le 11 mai 2022 (nos 21-14.490, préc., et 21-15.247, publié au Bulletin), l'indemnité minimale octroyée est un signe de l'adéquation de la réparation au sens de l'article 10 de la Convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail, car elle permet d'adapter la réparation à la gravité de la faute.

(25) L'hypothèse mériterait d'être confirmée par une recherche systématique. Les données proviennent d'une analyse des décisions rendues par les cours d'appel pour les licenciements annulés pour les salariés d'une ancienneté supérieure à deux ans dans les entreprises de plus de 11 salariés. V. pour l'octroi d'une indemnité de 12 mois de salaire, Paris, 18 mai 2022, n° 19/12146 (discrimination syndicale, ancienneté de 7 ans) ; Versailles, 17 févr. 2022, n° 19/02218 (discrimination fondée sur l'état de santé). Le montant est parfois légèrement plus important, v. Paris, pôle 6, ch. 9, 18 mai 2022, n° 19/04396 (discrimination syndicale et harcèlement 14 mois de salaire, ancienneté de 13 ans). Pour l'application du montant des 6 mois de salaires v. Paris, 5 janv. 2022, n° 19/07435 (discrimination en raison de l'état de santé, 5 ans d'ancienneté), ou Paris, 16 févr. 2022, n° 19/11230 (id., 4 ans d'ancienneté).

(26) V., G. Auzero, D. Baugard et E. Dockès, Droit du travail, 36e éd., Dalloz, 2023, n° 60 ; Rép. trav., v° Salaire : définition et formes, par M.-C. Escande-Varniol, 2020, n° 497 ; Rép. trav., v° Contrat de travail à durée indéterminée : préavis de rupture et indemnité de licenciement, par G. Vachet, 2020, n° 261 ; v. a contrario la position de J. Icard, Rupture du contrat de travail - Propos hétérodoxes sur l'indemnité de licenciement - Libres, JCP S 2014. Actu. 393. Les débats plus anciens ont opposé P. Durand (Traité de droit du travail, t. 2, Dalloz, 1950, n° 485), qui avait proposé d'y voir un salaire différé, à G.-H. Camerlynck, (L'indemnité de licenciement, JCP 1957. I. 1391) qui a défendu la thèse de la nature indemnitaire.

(27) Cette formulation conduit la Cour de cassation à considérer qu'elle peut se cumuler avec d'autres chefs de préjudice tels que les indemnités versées au titre de l'incapacité ou la perte des gains professionnels Civ. 2e, 7

avr. 2011, n° 10-30.566 , Bull. civ. II, n° 82, D. 2011. 1136, obs. J. Marrochella ; ibid. 2012. 47, obs. P. Brun et O. Gout ; RTD civ. 2011. 543, obs. P. Jourdain - Civ. 2e, 11 oct. 2007, n° 06-14.611 , Bull. civ. II, n° 228, D. 2008. 582 , note J. Mouly ; RTD civ. 2008. 111, obs. P. Jourdain .

(28) J. Mouly, À propos de la nature juridique de l'indemnité de licenciement, D. 2008. 582 ; C. Wolmark, Réparer la perte d'emploi. À propos des indemnités de licenciement, Dr. ouvrier 2015. 450, spéc. p. 452 s. : elle correspondrait à la « violation de la stipulation implicite de stabilité du CDI » traduisant une « promesse de stabilité du lien d'emploi croît en effet avec le temps ».

(29) La formule est utilisée constamment afin de déterminer si l'indemnité se cumule avec d'autres indemnités, v. par ex. Soc., 16 févr. 2022, n° 19-21.140 , publié au Bulletin, D. 2022. 401 ; RDT 2022. 234, obs. J. Morin - Soc., 7 oct. 1998, n° 96-43.067 , Bull. civ. V, n° 406, D. 1998. 233 - Soc., 14 janv. 1997, n° 95-44.366 , Bull. civ. V, n° 16, D. 1998. 253, et les obs. , obs. A. Lyon-Caen ; Dr. soc. 1997. 159, concl. P. Lyon-Caen ; ibid. 163, obs. J. Savatier .

(30) Soc., 12 mars 1987, n° 84-41.002 , Bull. civ. V, n° 147 - Soc., 19 juill. 2000, n° 98-44.025 , Bull. civ. V, n° 306 - Soc., 22 juin 2016, n° 14-15.171 , Bull. civ. V, n° 136, D. 2016. 1436 .

(31) Soc., 25 févr. 2003, n° 00-42.031 , Bull. civ. V, n° 66, D. 2003. 1077 ; Dr. soc. 2003. 625, note J. Savatier .

(32) Soc., 23 oct. 2007, n° 06-40.950 , Bull. civ. V, n° 171, D. 2007. 2874, obs. L. Perrin ; ibid. 2008. 442, obs. G. Borenfreund, F. Guiomard, O. Leclerc, E. Peskine, C. Wolmark, A. Fabre et J. Porta ; Dr. soc. 2008. 126, obs. J. Savatier ; ibid. 2009. 1234, étude N. Maggi-Germain ; RDT 2008. 33, obs. A. Fabre .

(33) Soc., 29 juin 2022, n° 20-16.060 , publié au Bulletin, D. 2022. 1265 ; ibid. 2245, obs. S. Vernac et Y. Ferkane ; Légipresse 2022. 411 et les obs. ; RTD civ. 2022. 604, obs. H. Barbier .

(34) Soc., 11 déc. 2019, n° 18-11.792 , publié au Bulletin, D. 2020. 22 . Toutefois, l'atteinte paraît ici exceptionnelle en raison de la proximité de la date de liquidation de la retraite - V. contra, dans les situations ordinaires, Civ. 2e, 11 sept. 2019, n° 17-27.984 : la perte d'une chance de percevoir l'intégralité de la retraite ne peut se cumuler avec les indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

(35) Soc., 7 oct. 1998, n° 96-43.067 , Bull. civ. V, n° 406, D. 1998. 233 ; RJS 12/1998, n° 1462.

(36) Soc., 23 oct. 2012, n° 11-19.210 , Bull. civ. V, n° 270, D. 2012. 2610 ; ibid. 2013. 2599, obs. P. Lokiec et J. Porta .

(37) Soc., 23 janv. 2008, n° 06-42.919 , Bull. civ. V, n° 20, D. 2008. 424 : RJS 2008, n° 405.

(38) L. Bento de Carvalho, Indemnisation de la perte d'emploi et responsabilité délictuelle pour faute de la société tierce : le miroir aux alouettes ?, RDT 2021. 241 .

(39) C. Wolmark, préc., p. 454.

(40) Ibid., p. 456 ; Rép. trav., v° Contrat de travail à durée indéterminée : rupture - licenciement - droit commun, par A. Fabre, n° 294.

(41) L. Bento de Carvalho, RDT 2021. 241 , préc.

(42) Soc., 11 mai 2022, 11 mai 2022, n° 21-14.490, préc.

(43) J. Mouly et J.-P. Marguénaud, Le barème Macron dans les griffes du droit européen des droits de l'homme, Dr. soc. 2023. 14 .

(44) Soc., 6 avr. 2022, n° 20-22.918 , publié au Bulletin, D. 2022. 708 ; Dr. soc. 2022. 661, obs. J. Mouly - Soc., 27 janv. 2021, n° 19-15.954 - Soc., 30 sept. 2020, n° 19-14.495 - Soc., 27 nov. 2019, n° 18-10.807 - Soc., 19 déc. 2018, n° 17-19.896 , inédit.

(45) C. Radé, Préjudices et indemnisation : à la croisée des disciplines (Heurs et malheurs du principe de réparation intégrale en droit du travail), Dr. ouvrier 2015. 441 ; C. Coutant-Lapalus, Le principe de réparation intégrale en droit privé, PUAM, 2002, n° 23.

(46) Soc., 24 févr. 2004, n° 01-46.499 , inédit, Dr. ouvrier 2004. 484 - Soc., 20 mars 2013, n° 11-27.432 , F-D - Soc., 28 janv. 2015, n° 13-19.672 , F-D - Soc., 23 nov. 2005, n° 03-40.826 , D. 2005. 3037 ; RJS 2/2006, n° 236.

(47) G. Viney et al., op. cit., nos 88 s.

(48) Soc., 23 nov. 2005, n° 03-40.826 , Bull. civ. V, n° 332, D. 2005. 3037 .

(49) Différentes formules peuvent être repérées : « l'indemnisation de la discrimination » (Soc., 15 janv. 2014, n° 12-23.578 , Bull. civ. V, n° 20) ou « l'octroi de dommages-intérêts au titre de la discrimination » (Soc., 3 mars 2015,

n° 13-23.521 , Bull. civ. V, n° 32, D. 2015. 633 ; ibid. 2016. 807, obs. P. Lokiec et J. Porta), ou « les dommages-intérêts alloués au titre de la discrimination » (Soc., 17 oct. 2018, n° 17-21.689).

(50) V. par ex. Soc., 28 sept. 2022, n° 20-18.449 : non-cumul d'indemnités pour inégalité de traitement et de « dommages et intérêts pour discrimination » - Soc., 30 janv. 2013, n° 11-23.891 , Bull. civ. V, n° 22 (distinction entre la réparation du préjudice pour discrimination en raison de l'exercice du droit de grève et réparation des conséquences d'une sanction illicite), D. 2013. 369 - Soc., 23 sept. 2015, n° 14-13.199 (entièreté du préjudice réparé par la seule réparation en nature).

(51) Soc., 28 janv. 2010, n° 08-41.959 , Bull. civ. V, n° 28.

(52) Soc., 18 nov. 2020, n° 19-18.400, non-admission du pourvoi contre une décision ordonnant globalement la « réparation du préjudice économique ».

(53) Paris, 2 déc. 2021, n° 17/10330 ; Versailles, 28 nov. 2019, n° 16/05653, Légipresse 2020. 568, étude E. Derieux et F. Gras ; Aix-en-Provence, 24 juin 2022, n° 19/03207 - Pour une admission implicite d'une telle méthode, v. Soc., 21 nov. 2018, n° 17-15.174 , inédit ; 30 sept. 2015, n° 14-14.962.

(54) Soc., 9 déc. 2020, n° 19-13.470 , publié au Bulletin, D. 2021. 22 ; Dr. soc. 2021. 268, obs. P. Adam .

(55) V., G. Viney et al., op. cit., p. 184.

(56) V., J.-G. Huglo, La Cour de cassation et la réparation en droit du travail, ce numéro, p. 286 .

(57) V., S. Ranc, En faveur d'une approche pragmatique du préjudice nécessaire, ce numéro, p. 309 .

(58) V. CJCE, 9 févr. 1999, aff. C-167/97 , Seymour-Smith et Perez, pt 62, AJDA 1999. 798, chron. H. Chavrier, H. Legal et G. de Bergues ; D. 2000. 182 , note M.-C. Escande-Varniol ; Dr. soc. 2003. 751, chron. S. Van Raepenbusch .

(59) L'interrogation de la base Lamyline indique que 370 décisions de cours d'appel mentionnent soit la « méthode Clerc », soit le substantif « triangulation » entre 2006 et 2022.

(60) Défenseur des droits, décis. n° 2019-109 (action de Groupe Safran), nos 100 s., et décis.-cadre n° 2022-139 relative aux conditions d'accès à la preuve de la discrimination en matière civile.

(61) Sur l'élaboration et la diffusion de cette méthode, v. V.-A. Chappe, La preuve par la comparaison : méthode des panels et droit de la non-discrimination, Sociologies pratiques, n° 23, 2011, p. 45 ; v. égal. P. Moussy, Du collectif à l'individuel (à propos de la « méthode Clerc » et de la « valorisation » du mandat syndical), Chroniques ouvrières, avr. 2022.

(62) Défenseur des droits, décision n° 2019-109, préc., n° 102.

(63) Pour une explication des calculs opérés, v. Discrimination syndicale : la stratégie de la CGT, Sem. soc. Lamy, 15 nov. 2004. 9.

(64) Décis. n° 2019-109, préc., n° 274 ; v. égal. decis. n° 2019-239, 26 nov. 2019, n° 67.

(65) V. par ex. Amiens, 5e ch. prud'h., 1er avr. 2020, n° 18/01259 ; Chambéry, ch. soc., 12 nov. 2020, n° 19/02118 ; Metz, ch. soc., 1re sect., 29 nov. 2021, n° 18/03055.

(66) V. la liste des arrêts de cours d'appel recensés par le Défenseur des droits, décision n° 2019-109, préc., n° 104.

(67) Soc., 24 oct. 2012, n° 11-12.295 , RDT 2012. 714, obs. E. Serverin et T. Grumbach .

(68) Soc., 4 juill. 2000, n° 98-43.285 , Bull. civ. V, n° 264, D. 2001. 736 , obs. V. Wauquier ; Dr. soc. 2000. 919, obs. J. Mouly .

(69) V., Soc., 30 sept. 2015, n° 14-17.748 , Bull. civ. V, n° 185, D. 2015. 2017 ; ibid. 2016. 807, obs. P. Lokiec et J. Porta ; Dr. soc. 2015. 1038, obs. J. Mouly ; ibid. 2016. 93, obs. D. Boulmier ; RDT 2016. 42, obs. N. Moizard - Soc., 6 oct. 2015, n° 13-26.052 , Bull. civ. V, n° 187, D. 2015. 2081 ; ibid. 2016. 144, chron. P. Flores, S. Mariette, E. Wurtz et N. Sabotier ; Dr. soc. 2015. 1043, obs. M. Keim-Bagot ; RDT 2016. 42, obs. N. Moizard .

(70) Soc., 2 juill. 2014, n° 12-24.175 - Soc., 24 oct. 2012, n° 11-12.295 , préc.

(71) V., E. Serverin et T. Grumbach, Discrimination syndicale : le concours des panels ne doit pas être arbitré par la Cour de cassation, RDT 2012. 714 .

(72) Soc., 30 sept. 2015, n° 14-17.748 , Bull. civ. V, n° 185, D. 2015. 2017 ; ibid. 2016. 807, obs. P. Lokiec et J. Porta ; Dr. soc. 2015. 1038, obs. J. Mouly ; ibid. 2016. 93, obs. D. Boulmier ; RDT 2016. 42, obs. N. Moizard - Soc., 6 oct. 2015, n° 13-26.052 , préc.

(73) V. par ex. Angers, 21 oct. 2021, n° 20/00086 , faisant valoir que la méthode Clerc est appliquée « en l'absence de proposition d'une autre règle de calcul alternative par l'employeur ». Cette confrontation des méthodes permet de relativiser la critique faite de la difficulté de discuter les constats dressés au moyen de la méthode de triangulation. V., E. Coulombel, Quelle réparation pour la discrimination au travail ?, RJS 3/2022. 200.

(74) Soc., 23 mars 2022, n° 20-14.840 : le préjudice économique est fixé souverainement par les juges du fond, compte tenu de la durée des faits et de leur impact sur la carrière de la salariée.

(75) Soc., 2 mars 2022, n° 20-14.528 : absence d'éléments sur la position hiérarchique et les fonctions des comparants.

(76) V., E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, Droit de la preuve, PUF, 2015, n° 743.

(77) V., J. Stavo-Debaugue, En quête d'une introuvable action antidiscriminatoire : Une sociologie de ce qui fait défaut. Politix, n° 94, 2011. 81.

(78) Versailles, 1re ch., 1re sect., 2 févr. 2021, n° 19/05067 .

(79) V. par ex. Versailles, 17e ch., 25 sept. 2019, n° 17/00264 : le salarié réclamait au titre du préjudice moral provoqué par l'absence de reconnaissance de ses qualités professionnelles pour un montant de 38 000 € (2 000 € par année), ramené par le juge à 3 000 € sans explication.

(80) V., M. Périer, J.-Cl. Civ., art. 1382 à 1386, fasc. 202-1-1, Régime de la réparation - Évaluation du préjudice corporel - Préjudice corporel, spéc. n° 102.

(81) L. Neyret et G. J. Martin, Nomenclature des préjudices environnementaux, LGDJ, 2012 ; H. Gali, Le préjudice et l'environnement, D. 2021. 709 ; Rép. civ., v° Responsabilité civile environnementale - Conditions substantielles de la responsabilité civile environnementale, par M. Hautereau-Boutonnet, n° 232 ; v. égal. les méthodes détaillées publiées par le ministère de l'Environnement, Comment réparer des dommages écologiques graves ?, déc. 2018, et Comment réparer des dommages écologiques de moindre gravité ?, mai 2017.

(82) V. les fiches sur la « Réparation du préjudice économique » publiées par la cour d'appel de Paris, 2020.

(83) CJUE, 2 août 1993, aff. C-271/91, Marshall c/ Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority, n° 32 - CJUE, 22 avr. 1997, aff. C-180/95, Nils Draehmpaehl c/ Urania Immobilienservice OHG, exclusion des plafonds d'indemnisation, D. 1997. 122 .

(84) Communication de la Commission, Orientations à l'intention des juridictions nationales sur la façon d'estimer la part du surcoût répercutée sur les acheteurs indirects, 2019/C 267/07, JOUE, 9 août 2019.

(85) CJUE, 17 déc. 2015, aff. C-407/14, María Auxiliadora Arjona Camacho c/ Securitas Seguridad España SA, n° 40.

(86) CJCE, 10 juill. 2008, aff. C-54/07 , Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c/ Firma Feryn NV, n° 39 : les sanctions peuvent « consister dans l'octroi de dommages et intérêts à l'organisme qui a mené la procédure » ; D. 2008. 3038, obs. F. Muller et M. Schmitt ; RSC 2009. 197, obs. L. Idot - V. égal. CJUE, 23 avr. 2020, aff. C-507/18 , NH c/ Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI - Rete Lenford, n° 65 ; AJDA 2020. 1652, chron. P. Bonneville, C. Gänser et S. Markarian ; D. 2020. 876 ; RTD eur. 2020. 328, obs. F. Benoît-Rohmer ; ibid. 2021. 976, obs. F. Benoît-Rohmer .

Copyright 2023 - Dalloz – Tous droits réservés