

// le dossier pratique

La preuve en matière de discrimination au travail

Selon le rapport annuel d'activité 2019 du Défenseur des droits, l'emploi demeure, année après année, le premier domaine concerné par les discriminations, fondées sur différents critères (sexe, origine, etc.) et tout au long de la carrière. Pour permettre aux salariés d'agir en justice, la loi a institué un régime de preuve en matière civile qui leur est favorable. En revanche, en matière pénale, des règles plus contraignantes s'appliquent. Comment le salarié peut-il établir l'existence d'une discrimination ? Comment l'employeur peut-il se défendre ? Quel est le rôle du juge ? Les réponses à ces questions dans ce dossier.

À CLASSER SOUS

ÉGALITÉ ET DIVERSITÉ

01 / 20

1 Un aménagement de la preuve au civil

UNE PREUVE ALLÉGÉE POUR LE SALARIÉ

Compte tenu de la difficulté pour le salarié d'établir la réalité de la discrimination dont il peut être victime, les éléments de preuve étant souvent en possession de l'employeur, le législateur a institué un régime de preuve spécifique. Il consiste en un aménagement de la charge de la preuve au profit du salarié. En application de celui-ci, il revient au **salarié** de présenter « des **éléments de fait** laissant **supposer** l'existence d'une **discrimination** » (C. trav., art. L. 1134-1, al. 1).

À NOTER Cet aménagement de la charge de la preuve est applicable aussi bien dans le cadre d'une procédure classique que d'une action de groupe (C. trav., art. L. 1134-6 et s.). Il est également applicable aux litiges concernant la violation du principe « à travail égal, salaire égal », et plus largement à toute atteinte au principe d'égalité de traitement (C. trav., art. L. 1144-1, al. 1 ; Cass. soc., 28 septembre 2004, n° 03-41.825 ; Cass. soc., 20 octobre 2010, n° 08-19.748).

► Quels éléments le salarié doit-il rapporter ?

Le salarié doit rapporter devant le juge des « éléments de fait », c'est-à-dire des **éléments précis et concordants**, permettant de présumer l'existence d'une discrimination.

Ainsi, dans des affaires de discrimination syndicale, les juges ont estimé que

la constatation que l'employeur n'avait **pas fourni de travail** au salarié pendant de longues périodes était un élément de nature à laisser supposer l'existence d'une discrimination, tout comme la **mutation** sur un **poste dépourvu de substance** (Cass. soc., 29 juin 2011, n° 10-14.067 ; Cass. soc., 13 juillet 2016, n° 15-12.344).

De même, l'**absence d'entretien d'évaluation** d'un délégué syndical pendant près de dix ans, qui est de nature à le priver d'une possibilité de promotion professionnelle, laisse supposer l'existence d'une discrimination syndicale (Cass. soc., 24 octobre 2012, n° 11-13.315 ; dans le même sens voir Cass. soc., 28 janvier 2015, n° 13-23.801 ; Cass. soc., 20 janvier 2016, n° 14-11.360 et Cass. soc., 20 juin 2018, 17-13.460, dans cette affaire, les objectifs du représentant du personnel n'avaient au surplus pas été proratisés afin de tenir compte du temps passé à l'exercice de ses mandats).

À NOTER La discrimination syndicale ne peut être établie si le salarié n'apporte pas la preuve que l'employeur avait connaissance de son appartenance syndicale au moment des agissements discriminatoires (Cass. soc., 14 juin 2017, n° 16-12.832).

À l'inverse, de **simples allégations** non étayées **ne sauraient suffire**.

Une salariée qui se bornait à soutenir que son licenciement avait pour cause déterminante son activité syndicale a pu être déboutée de son action (Cass. soc., 3 avril 2002, n° 00-42.583).

De même, ne permet pas de supposer l'existence d'une discrimination le fait qu'un autre salarié ait été recruté sur le poste auquel le salarié s'était lui-même porté candidat (Cass. soc., 3 juillet 2012, n° 11-11.059).

▣ Une comparaison avec les collègues de travail est-elle nécessaire ?

Principe

Pour établir l'existence d'une discrimination, le salarié n'a **pas nécessairement à fournir des éléments de comparaison** avec d'autres salariés. Il appartient aux juges du fond de rechercher si les autres éléments de faits fournis par le salarié laissent supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte (*Cass. soc.*, 10 novembre 2009, n° 07-42.849).

En fait, tout dépend des **circonstances**. En fonction de celles-ci, le salarié sera amené ou non à produire des éléments comparatifs. Ceux-ci peuvent en effet être un bon moyen pour établir l'existence d'une discrimination, notamment en matière de rémunération ou de classification.

Par exemple, il a été jugé qu'un salarié alléguant l'existence d'une discrimination syndicale se traduisant par une absence d'évolution de sa rémunération ne rapporte pas d'élément laissant supposer l'existence de cette discrimination s'il ne produit aucune donnée précise démontrant la progression salariale de collègues auxquels il pouvait utilement se comparer (*Cass. soc.*, 6 octobre 2015, n° 13-26.052).

Panel de comparaison

Si comparaison il y a, elle doit se faire avec des **salariés embauchés dans des conditions identiques**. Plus précisément, pour les juges, « la comparaison concernant le déroulement de carrière doit être faite avec d'autres salariés engagés dans des conditions identiques de **diplôme** et de **qualification** et à une **date voisine** » (*Cass. soc.*, 24 octobre 2012, n° 11-12.295; dans le même sens voir *Cass. soc.*, 22 janvier 2020, n° 18-16.730).

La comparaison peut être réalisée avec des personnes engagées à la même date même si celle-ci correspond à une période prescrite (*Cass. soc.*, 4 février 2009, n° 07-42.697). Il faut aussi que les salariés comparés aient le **même statut** : les juges ont ainsi rejeté la demande de reconnaissance d'une discrimination fondée sur le sexe en matière de recrutement, après avoir considéré qu'il ne pouvait être procédé à une comparaison entre salariés de droit privé et agents employés sous le statut de fonctionnaire (*Cass. soc.*, 22 octobre 2014, n° 13-16.936). En revanche, s'agissant d'une discrimination se traduisant par un défaut d'avancement et d'évolution salariale, dès lors que les salariés du panel ont la même ancienneté et le même diplôme que le salarié s'estimant victime de discrimination, les juges du fond ne peuvent le débouter au motif que les salariés ne se trouvaient pas dans une situation identique d'un point de vue hiérarchique (*Cass. soc.*, 9 décembre 2014, n° 13-16.045).

Comparaison dans le temps

La comparaison peut également s'appliquer au salarié lui-même, **en distinguant différentes périodes** de sa carrière. Cette méthode est notamment utilisée pour démontrer l'existence d'une discrimination syndicale (**avant/après** la prise d'un **mandat**). C'est ainsi que les juges ont reconnu l'existence d'une telle discrimination au sujet d'un salarié qui avait connu d'importantes promotions durant 20 ans, puis avait vu sa carrière brusquement stagner lorsqu'il avait été investi de mandats syndicaux (*Cass. soc.*, 10 janvier 2006, n° 04-43.070).

À NOTER Le fait qu'il ne soit pas obligatoire de rapporter des éléments de comparaison à l'appui d'une action pour discrimination marque une différence majeure

avec la preuve de l'inégalité de traitement (qui n'est pas liée à un motif discriminatoire). Comme le relève la Cour de cassation dans son rapport d'activité pour 2008, « la preuve d'un traitement inégalitaire est nécessairement une preuve par comparaison [...] ; la preuve directe de la discrimination est possible chaque fois qu'une mesure défavorable peut être établie en soi ». La Cour de cassation a toutefois admis, par la suite, que, lorsque l'inégalité de traitement au regard d'un avantage résulte des termes mêmes de la norme qui l'institue (accord collectif en l'espèce), le salarié n'a pas nécessairement à produire d'éléments de comparaison (*Cass. soc.*, 23 mars 2011, n° 09-42.666).

On notera enfin qu'en matière de **discrimination indirecte** en raison du **sexe**, la Cour de Justice de l'Union européenne a affirmé que la salariée s'estimant victime n'est **pas tenue de présenter les statistiques** les plus pertinentes ni de faits précis si elle n'y a **pas accès** ou difficilement accès. Il appartient au juge de statuer aux vues des éléments présentés pouvant laisser supposer l'existence d'une discrimination, et de prescrire, le cas échéant, toute mesure d'instruction utile (*CJUE*, 3 octobre 2019, aff. C-274/18 *Schuch-Ghannadan*).

▣ Quels documents le salarié peut-il présenter à l'appui de son action ?

Afin d'étayer ses allégations sur l'existence d'une discrimination dont il serait victime, le salarié peut produire **tous éléments, sauf ceux obtenus de manière déloyale**. Ainsi, ne peuvent être produits :

- ni des enregistrements d'une conversation téléphonique privée, effectué à l'insu de l'auteur des propos invoqués (*Cass. soc.*, 23 mai 2007, n° 06-43.209);
- ni des échanges de courriers électroniques entre des tierces personnes. Ceux-ci n'ayant pas été remis à la salariée demanderesse volontairement ou dans le cadre de ses fonctions de représentation, leur production portait atteinte au secret des correspondances (*Cass. soc.*, 27 novembre 2019, n° 18-19.237).

En revanche, la Cour de cassation a admis que le salarié puisse présenter, lorsque cela est strictement nécessaire à l'exercice des droits de sa défense, des documents appartenant à l'entreprise dont il a eu connaissance à l'occasion de ses fonctions (*Cass. soc.*, 30 juin 2004, n° 02-41.720).

À NOTER Les exemples ci-dessous sont listés de manière non exhaustive.

Bulletins de paie, contrats de travail, etc.

La production des bulletins de paie et/ou contrats de travail de **collègues** de travail peut permettre au salarié d'établir l'existence présumée d'une différence de traitement discriminatoire, en particulier en matière de rémunération.

S'il ne peut se procurer ces documents, le salarié peut, avant toute action sur le fond, **saisir le conseil de prud'hommes en référé** pour en exiger la **communication** par l'employeur. Ce dernier ne peut invoquer ni le respect de la vie personnelle des salariés, ni le secret des affaires pour y faire obstacle (*Cass. soc.*, 19 décembre 2012, n° 10-20.526). Dans cette affaire, le salarié a ainsi pu obtenir la remise par l'employeur de contrats de travail, d'avenants, de bulletins de paie, de montant des primes et de tableaux d'avancement et de promotion. Le salarié peut également demander au juge, au cours de l'instance, d'ordonner la production de ces éléments par l'employeur. Mais cette demande doit être expresse (*Cass. soc.*, 12 juin 2013, n° 11-14.458).

Fiches d'évaluation

Les retranscriptions des **entretiens d'évaluation** peuvent également être produites. Ces documents ont été utilisés dans de nombreuses affaires de discrimination syndicale :

– fiches d'évaluation faisant référence aux **activités syndicales et prud'homales** d'une salariée dénoncées sous l'appellation « présentisme » comme entraînant une **présence insuffisante** de l'intéressée au travail (*Cass. soc.*, 20 février 2013, n° 10-30.028);

– fiches d'évaluation, au vu desquelles la direction arrêta ses choix de promotions, mentionnant les activités prud'homales et syndicales d'un salarié et indiquant les perturbations qu'elles entraînaient dans la gestion de son emploi du temps (*Cass. soc.*, 1^{er} juillet 2009, n° 08-40.988);

– résumé d'un entretien individuel comportant la mention « bonne implication dans la vie de l'usine mais souvent au détriment de son poste de tourneur », peu important que la seconde partie de la phrase ait été barrée par la suite (*Cass. soc.*, 22 janvier 2020, n° 18-16.730). De manière générale, sauf application d'un accord collectif visant à en assurer la neutralité ou à le valoriser, l'exercice d'activités syndicales ne peut pas être pris en considération dans l'évaluation professionnelle du salarié (*Cass. soc.*, 6 mai 2014, n° 12-29.387). Même sans connotation péjorative (absence de jugement de valeur et de remise en cause de la qualité du travail du salarié), la **simple mention** d'une **disponibilité réduite** du fait des **fonctions syndicales** suffit à faire **présumer** l'existence d'une **discrimination** (*Cass. soc.*, 11 janvier 2012, n° 10-16.655).

À NOTER Lorsque l'entretien professionnel est réalisé au terme d'un mandat de représentant du personnel titulaire ou d'un mandat syndical, il est l'occasion de procéder au recensement des compétences acquises par le salarié au cours de son mandat et de préciser les modalités de valorisation de l'expérience acquise. Pour les entreprises dont l'effectif est inférieur à 2000 salariés, ce recensement est réservé au titulaire de mandat disposant d'heures de délégation sur l'année représentant au moins 30 % de leur durée de travail (*C. trav.*, art. L. 2141-5). Rappelons que l'entretien professionnel n'est pas un entretien d'évaluation mais a pour but de faire le point, tous les deux ans, sur les perspectives d'évolution professionnelle des salariés, notamment en termes de qualifications et d'emploi (*C. trav.*, art. L. 6315-1).

Témoignages de salariés

Le salarié qui estime avoir subi une discrimination peut recueillir des témoignages de salariés en sa faveur. À cet égard, la loi a institué une **protection des témoins** de discrimination contre d'éventuelles représailles de l'employeur. Ceux-ci ne peuvent être sanctionnés, licenciés ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour ce fait (*C. trav.*, art. L. 1132-3). La Cour de Justice de l'Union Européenne a précisé que cette protection couvre toute forme d'expression, aussi bien la production d'un écrit, la prise de parole ou des actes afin de témoigner de la discrimination (*CJUE*, 20 juin 2019, aff. C-404/18 *Hakelbracht*).

À NOTER Cette protection n'est pas absolue et tombe si le témoin agit de mauvaise foi, c'est-à-dire s'il témoigne d'agissements discriminatoires qu'il sait faux. Dans ce cas, le salarié peut se voir licencier pour faute grave (*Cass. soc.*, 7 février 2012, n° 10-18.035; *Cass. soc.*, 6 juin 2012, n° 10-28.345 : *arrêts rendus à propos de dénonciation mensongère de faits de harcèlement moral, mais dont la solution est transposable, selon nous, à la discrimination*).

Rapport de l'inspecteur du travail

Les juges ont admis que le salarié puisse produire à l'appui de son action en justice un rapport établi par l'inspecteur du travail, peu important que ce dernier soit intervenu à la **demande** du **salarié** et qu'il n'ait **pas** relevé par un **procès-verbal** les infractions éventuellement constatées (*Cass. soc.*, 15 janvier 2014, n° 12-27.261).

En effet, ce type d'intervention relève du champ de compétences de l'**inspection du travail**, chargée de veiller à l'application des dispositions du Code du travail (*C. trav.*, art. L. 8112-1) et de constater les infractions commises en matière de discriminations (*C. trav.*, art. L. 8112-2). En outre, les prérogatives de l'inspecteur du travail lui permettent de demander communication de tout document ou élément d'information utile à la constatation des faits (*C. trav.*, art. L. 8113-5). Enfin, l'inspecteur du travail bénéficie d'une garantie d'indépendance dans l'exercice de ses fonctions.

Et les indicateurs relatifs aux écarts de rémunération entre les femmes et les hommes ?

Dans les entreprises d'au moins 50 salariés, l'employeur publie chaque année des indicateurs relatifs aux écarts de rémunération entre les femmes et les hommes et aux actions mises en œuvre pour les supprimer (*C. trav.*, art. L. 1142-8).

Ces indicateurs, qui traduisent la situation dans l'entreprise peuvent être un **élément du débat judiciaire**, mais ne peuvent constituer, à eux seuls, un élément laissant supposer l'existence d'une discrimination (*Cass. soc.*, 10 avril 2013, n° 11-26.986, *décision rendue sous l'empire des anciennes dispositions relatives au rapport de situation comparée*). Dans cette affaire, les juges ont admis que le rapport de situation comparée démontrait, à partir de données statistiques, que les femmes occupaient en majorité des emplois moins qualifiés que les hommes et percevaient en conséquence des rémunérations moins élevées. Mais ils ont considéré que ces éléments ne pouvaient suffire à rapporter la preuve de pratiques discriminatoires à l'égard des salariés de sexe féminin en général et de la salariée s'étant plainte de discrimination en particulier.

À NOTER La chronologie des faits, pris dans leur ensemble, peut suffire à faire supposer l'existence d'une discrimination. Tel a été le cas dans cette affaire à propos d'une discrimination en raison de l'état de santé d'une salariée, à qui l'employeur a proposé une réduction du temps de travail après deux arrêts de travail pour fécondation in vitro et avant un troisième arrêt prévu (*Cass. soc.*, 28 juin 2018, n° 16-28.511).

UNE PREUVE RENFORCÉE POUR L'EMPLOYEUR

Au vu des éléments produits par le salarié, il incombe à l'employeur de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination (*C. trav.*, art. L. 1134-1, al. 2 et L. 1144-1, al. 2).

▣ Quelles justifications permettent de renverser la présomption de discrimination ?

L'employeur doit établir devant le juge que sa **décision** ou la différence de traitement du salarié par rapport aux autres salariés est **fondée** sur des **nécessités étrangères à toute discrimination** et matériellement **vérifiables**. C'est notamment le cas :

– lorsque l’employeur établit que le changement de fonctions du salarié est motivé par l’avis du **médecin du travail** et non par l’activité syndicale (*Cass. soc.*, 4 mars 2008, n° 06-41.657);

– dès lors que les décisions de l’employeur sont justifiées par les **résultats** d’une **évaluation** fondée sur des motifs objectifs étrangers à toute discrimination prohibée (*Cass. soc.*, 5 novembre 2009, n° 08-43.112; *Cass. soc.*, 16 octobre 2013, n° 12-18.229);

– lorsque l’absence de progression, pendant 23 ans, du coefficient d’un salarié, représentant du personnel est motivée par le niveau élevé de son coefficient d’embauche, la nature des fonctions exercées et la taille réduite de l’entreprise, limitant les possibilités d’évolution de carrière (*Cass. soc.*, 1^{er} juillet 2009, n° 08-40.345);

– dès lors que le non-renouvellement du contrat à durée déterminée d’un salarié gréviste est intervenu en raison des **prescriptions légales**, peu important que le CDD ait été ultérieurement requalifié en CDI (*Cass. soc.*, 2 juin 2014, n° 13-21.183).

Inversement, la Cour de cassation a censuré un arrêt ayant débouté une salariée d’une action pour discrimination syndicale aux motifs que le caractère apparemment discriminatoire d’une prime ayant été constaté (prime attribuée en fonction du nombre d’entretiens commerciaux réalisés par les salariés), les juges du fond auraient dû exiger de l’employeur de justifier, d’une part, que la clientèle confiée à la salariée avait été adaptée en fonction des seules heures consacrées à l’exécution de ses obligations contractuelles et, d’autre part, que le montant de cette prime était identique à celui prévu au profit des autres salariés et était soumis à des abattements eux-mêmes proportionnés au temps de travail de production de la salariée (*Cass. soc.*, 6 juillet 2010, n° 09-41.354).

À NOTER L’employeur peut invoquer des faits ayant motivé une sanction disciplinaire amnistiée dès lors que cela est strictement nécessaire à l’exercice de ses droits à la défense (*Cass. soc.*, 4 juin 2014, n° 12-28.740 : s’agissant d’une affaire de discrimination syndicale où les sanctions disciplinaires amnistiées infligées au salarié pouvaient expliquer de manière objective la différence de traitement).

▣ Dans quels cas les juges ont-ils rejeté les justifications apportées par l’employeur ?

Les juges ont notamment considéré que :

– des **absences injustifiées** ou des **erreurs de calcul** ne constituent pas des éléments objectifs suffisants permettant de justifier la différence de traitement envers un représentant syndical (salaire le plus bas, pas d’évolution de carrière ni d’augmentation) (*Cass. soc.*, 5 mai 2011, n° 09-43.175);

– la seule circonstance que la rémunération du salarié connaissait une **progression moindre** que celle de la moyenne des autres salariés **avant** l’exercice de ses **fonctions représentatives** et que cette différence de progression ne s’est pas infléchie à compter de l’exercice de ces fonctions ne peut être de nature à justifier objectivement l’absence de toute discrimination (*Cass. soc.*, 24 octobre 2012, n° 11-13.315);

– dans une affaire de discrimination à l’embauche liée à l’origine, le **niveau de diplôme** ne constitue pas un élément objectif, dès lors qu’il n’a **jamais été considéré** dans la procédure de recrutement comme une **exigence** requise pour l’occupation du poste à pourvoir (*Cass. soc.*, 15 décembre 2011, n° 10-15.873);

– la circonstance que **plusieurs autres salariés de l’entreprise portent le prénom de Mohamed** n’est pas un

élément objectif susceptible de justifier la demande faite à un salarié de changer son prénom de Mohamed pour celui de Laurent et n’est pas de nature à écarter la présomption de discrimination à raison de son origine (*Cass. soc.*, 10 novembre 2009, n° 08-42.286);

– des **impératifs de sécurité non prouvés** par l’employeur, qui a licencié pour faute grave un salarié auquel il était reproché le port d’une barbe « taillée d’une manière volontairement très signifiante aux doubles plans religieux et politique ». La circonstance que le salarié travaille dans des pays à la situation politique instable ne suffit pas à justifier le licenciement qui caractérise une discrimination en raison de ses convictions religieuses (*CA Versailles*, 27 septembre 2018, n° 17/023758).

Dans le même sens, jugé que n’avance pas un motif objectif étranger à toute discrimination fondée sur l’apparence physique rapportée au sexe, l’employeur qui, pour justifier la restriction du port de boucles d’oreilles à un serveur homme, invoque la renommée du restaurant et produit des déclarations des clients, qui sont purement subjectives et portent un jugement de valeur (*Cass. soc.*, 11 janvier 2012, n° 10-28.213).

RÔLE DU JUGE

Saisi d’un litige en matière de discrimination, le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d’instruction qu’il estime utiles (*C. trav.*, art. L. 1134-1, al. 3 et L. 1144-1, al. 3).

▣ Comment les juges du fond apprécient-ils l’existence d’une discrimination ?

Dès lors que le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l’existence d’une discrimination, le juge du fond doit **analyser** ces faits, puis se prononcer sur les **justifications** de l’employeur (*Cass. soc.*, 28 septembre 2004, n° 03-42.624; *Cass. soc.*, 6 juillet 2011, n° 10-13.960). Il ne peut faire reposer la charge de la preuve sur le seul salarié (*Cass. soc.*, 23 octobre 2019, n° 18-14.886).

Ainsi, en présence d’un salarié soutenant qu’il est victime de discrimination syndicale, les juges doivent vérifier les **conditions** dans lesquelles sa **carrière** s’est déroulée (*Cass. soc.*, 27 novembre 2002, n° 00-44.736).

Lorsqu’un salarié soutient que, après avoir appris son **orientation sexuelle**, son supérieur lui a retiré un dossier et l’a convoqué à un entretien préalable pour **licenciement pour faute grave**, les juges doivent rechercher si ces éléments ne peuvent pas laisser supposer l’existence d’une discrimination (*Cass. soc.*, 6 novembre 2013, n° 12-22.270).

Dans le cas d’une salariée qui, à l’issue de son **congé parental**, se voit confier des **taches d’administration et de secrétariat sans rapport** avec ses **fonctions antérieures** de comptable, les juges du fond doivent rechercher si cette situation ne constituait pas un élément laissant supposer une discrimination indirecte en raison du sexe, eu égard au nombre considérablement plus élevé de femmes que d’hommes qui choisissent de bénéficier d’un congé parental (*Cass. soc.*, 14 novembre 2019, n° 18-15.682).

En outre, les juges ne peuvent pas statuer sans rechercher si la **décision** de l’employeur mise en cause n’est pas **justifiée** par une **raison objective et étrangère** à toute **discrimination**. Ne répondent pas à cette exigence les juges qui, pour estimer que la décision de

changement d'affectation d'une salariée reposait sur son appartenance syndicale, n'ont pas recherché si ce changement d'affectation n'était pas justifié par une raison objective et étrangère à toute discrimination, tenant à la cessation de l'activité de l'entreprise sur le lieu de travail de l'intéressée (*Cass. soc.*, 28 octobre 2008, n° 07-41.856).

À NOTER Les juges du fond doivent apprécier les éléments de fait rapportés par le salarié dans leur ensemble et non les apprécier successivement de manière isolée. En effet, si chacun d'eux est insuffisant pour faire présumer l'existence d'une discrimination, leur accumulation peut laisser supposer l'inverse (*Cass. soc.*, 29 juin 2011, n° 10-15.792; *Cass. soc.*, 6 novembre 2013, n° 12-22.270). Ainsi, un juge ne peut rejeter une demande de reconnaissance de discrimination syndicale au motif que le salarié ne rapporte qu'un seul fait pertinent et insuffisamment précis pour prouver un traitement syndical différencié, alors qu'il rapporte dans la même preuve la preuve d'avoir subi 14 sanctions, un déclassement professionnel, d'avoir vu certaines de ses heures de délégation impayées, et présente également d'autres éléments laissant supposer l'existence un harcèlement moral et une fourniture insuffisante de travail (*Cass. soc.*, 25 mars 2020, n° 18-18.061).

▣ Peuvent-ils ordonner des mesures d'instruction ?

Les juges du fond **décident souverainement** du recours à des **mesures d'instruction**, portant aussi bien sur les **éléments** présentés par le **salarié** et laissant supposer l'existence d'une discrimination, que sur ceux apportés par l'**employeur** pour prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination (*Cass. soc.*, 4 février 2009, n° 07-42.697).

À NOTER Des mesures d'instruction peuvent être ordonnées dès le bureau de conciliation (*C. trav.*, art. R. 1454-14).

▣ Est-il possible de saisir le juge des référés ?

Oui, le salarié victime de discrimination peut saisir le juge des référés :

- dans un objectif de **recherche de preuve**, en vue d'obtenir de l'employeur des documents permettant d'établir un traitement discriminatoire (*bulletins de paie, contrats, etc.* ; v. page 2) (*C. proc. civ.*, art. 145);
- pour **faire cesser le trouble manifestement illicite** constitué par la discrimination et obtenir une provision sur dommages et intérêts (*C. trav.*, art. R. 1455-6 et R. 1455-7).

Le juge des référés peut ainsi ordonner la **réintégration** à leurs postes précédents de salariés dont la modification des conditions de travail faisait suite à une réorganisation non justifiée par l'intérêt de l'entreprise, mais qui tendait uniquement à une discrimination en raison de leur appartenance syndicale (*Cass. soc.*, 19 octobre 1999, n° 97-43.088). Dans le même sens, le juge des référés peut ordonner l'**inscription provisoire** d'un salarié à un **niveau de classification**, après avoir constaté que celui-ci s'était vu refuser sans raison le retour dans son poste initial à la fin de son détachement syndical, ce qui avait entraîné un retard de carrière résultant d'une discrimination syndicale (*Cass. soc.*, 25 janvier 2006, n° 03-47.706). Autre exemple, le juge des référés peut ordonner l'**inscription** d'un salarié à un **stage de formation**, après avoir constaté qu'il en avait été écarté en raison de son âge, ce qui constituait une discrimination (*Cass. soc.*, 18 février 2014, n° 13-10.294).

2 Pas d'aménagement de la preuve en matière pénale

UNE PREUVE INCOMBANT AU SALARIÉ

Au pénal, la loi ne prévoit **aucun aménagement** de la charge de la preuve en faveur du salarié. Les dispositions du Code du travail prévoyant une dérogation aux règles de preuve ne s'appliquent qu'au civil, pas au pénal. C'est au **salarié** d'**établir l'existence** d'une **discrimination** et son caractère **intentionnel**. En effet, « tout prévenu étant présumé innocent, la charge de la preuve de sa culpabilité incombe à la partie poursuivante » (*Cass. crim.*, 3 avril 2007 n° 06-81.784; *Cass. crim.*, 11 avril 2012, n° 11-83.816).

UNE PREUVE LIBRE

▣ Quels sont les modes de preuve admis dans le cadre d'un procès pénal ?

Devant le juge pénal, le salarié peut établir l'existence d'une discrimination **par tout mode de preuve**. Il revient ensuite au **juge** d'en **apprécier la valeur** et de décider d'après son intime conviction (*C. proc. pén.*, art. 427). Ainsi, aucune disposition légale ne permet au juge répressif d'écarter des moyens de preuve au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale (*Cass. crim.*, 11 juin 2002, n° 01-85.559).

▣ Est-il possible de recourir au testing ?

En application du principe de liberté de la preuve précitée, le juge pénal a admis que les **résultats** d'un « **testing** » (test de discrimination) puissent être rapportés pour **prouver** l'existence d'une discrimination (*Cass. crim.*, 11 juin 2002, n° 01-85.559).

Le Code pénal a consacré le recours à ce procédé : le délit de discrimination est constitué, même s'il est commis à l'encontre d'une ou plusieurs personnes ayant sollicité l'un des biens, actes, services ou contrats mentionnés à l'article 225-2 dans le but de démontrer l'existence du comportement discriminatoire, dès lors que la preuve de ce comportement est établie (*C. pén.*, art. 225-3-1). La Cour de cassation a affirmé que ce mode de preuve n'est pas contraire aux droits de la défense et au droit à un procès équitable (*Cass. crim.*, 4 février 2015, n° 14-90.048). La **pratique** du « testing » est toutefois **encadrée** (*Circ. crim.* 2006-16 E8/26-06-2006 du 26 juin 2006, NOR: JUSD630082C). Ainsi, l'article 225-3-1 du Code pénal **ne permet pas** qu'une **condamnation** soit prononcée à la suite d'un « testing » avec des **personnes ayant menti** sur leur identité ou qualité ou qui seraient purement fictives (par exemple : envoi d'un faux CV, concernant une personne imaginaire et/ou avec un cursus et des diplômes inexacts). Dans de tels cas, il n'y a **pas de délit**, puisque la décision discriminatoire a été opposée à une personne qui n'existe pas ou qui n'est pas vraiment victime. En revanche, la loi n'interdit pas d'envoyer des demandes fictives ou inexacts pour démontrer, par comparaison, le caractère discriminatoire. Ainsi, par exemple, le délit de discrimination est caractérisé si une personne véritable, donnant des renseignements exacts sur son identité et sa qualité, se voit opposer un refus, alors que, dans le même temps, il a été adressé une demande similaire – sauf sur l'identité et l'origine de la personne – et que, à la suite de cette demande, un entretien d'embauche a été proposé (*Circ. préc.*).