

Aide à la prise en charge syndicale

Aide à la prise en charge syndicale

Aide à la prise en charge syndicale



Des situations
de discrimination
au travail

Aide à la prise en charge syndicale

UD CFDT Paris 7/9 rue Euryale Dehaynin 75019 Paris
Tél. : 01 42 03 88 25 – Fax : 01 42 03 88 37 – Email : paris@cfdt.fr

Préambule

En 2004, la CFDT de Paris s'est engagée dans un projet de formation expérimentale des militants « acteurs juridiques » à la question des discriminations au travail. Le dispositif a été construit à destination des Conseillers prud'hommes et des défenseurs syndicaux.

Trois principaux objectifs pédagogiques ont été définis :

- Appréhender les outils juridiques concernant les discriminations dans la législation française et internationale.
- Comprendre les mécanismes de construction de la preuve dans un dossier de discrimination.
- Identifier les rôles respectifs des différents acteurs de la chaîne judiciaire (représentant du personnel, défenseur syndical, Conseiller prud'homme).

Dès la première session est apparue la nécessité de construire avec les « acteurs juridiques » un outil méthodologique qui propose une approche de ce nouveau recours, réponde à leurs questions pour faire évoluer leurs pratiques. Cet outil a été enrichi et validé par les échanges des deux sessions suivantes et a servi de base à la réalisation du présent guide.

Ce guide est la traduction de cet outil élaboré collectivement avec les conseillers prud'hommes et les défenseurs syndicaux CFDT de Paris.



Se préparer à l'action judiciaire

La lutte contre les discriminations dispose d'un cadre juridique récent avec la Loi du 16 novembre 2001 qui précise que le fondement de toute action en matière de lutte contre les discriminations repose sur la capacité du salarié se disant discriminé d'apporter « *des éléments de faits laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte* ».

La recherche des éléments de preuve sera centrale pour gagner un recours en discrimination.

Dès le premier contact avec un salarié se disant victime de tels agissements, et à chaque étape, les militants sollicités devront déterminer si cette discrimination est illicite ou non au regard de l'article L 122-45 du Code du travail, et se préparer à une action judiciaire.

Cela est une évolution de nos pratiques car, pour la Cfdt, l'action judiciaire n'est pas une fin en soi. Toutefois, en matière de lutte contre les discriminations, s'y préparer est déterminant. Ce document démontre que tous les acteurs de la chaîne judiciaire, délégué du personnel ou délégué syndical, défenseur syndical mais aussi les conseillers prud'homaux doivent changer de posture pour obtenir des décisions de justice donnant de la visibilité à notre action.

Pour autant, chacun sait que les phénomènes discriminatoires sont « systémiques » et qu'il n'y a pas qu'un seul responsable. L'action syndicale de la section devra dépasser l'action judiciaire pour s'interroger sur le fonctionnement de l'entreprise afin de déterminer les causes, autres que les comportements individuels passibles d'une condamnation pénale, qui génèrent des discriminations.

Notre combat pour l'égalité et contre les discriminations, au-delà de l'appropriation des textes, nécessite un changement de posture de tous les acteurs de la chaîne judiciaire pour faire émerger et consolider les éléments de preuve apportés par le salarié. Dans ce cadre, l'action judiciaire est un levier important pour tendre vers plus d'égalité, mais in fine, c'est l'action syndicale qui sera déterminante pour éradiquer les pratiques discriminatoires.

Jean-Luc RAGEUL
Secrétaire général

Sommaire

PRÉAMBULE	2
ÉDITORIAL : SE PRÉPARER À L'ACTION JUDICIAIRE	3
AVANT-PROPOS : DISCRIMINATION : DE QUOI PARLE-T'ON ?	5
APPROCHE FONDÉE SUR L'ACCÈS À LA PREUVE	6
LA PROCÉDURE DEVANT LES PRUD'HOMMES	7
PRÉSENTATION DE L'OUTIL MÉTHODOLOGIQUE	10
• Le représentant du personnel	13
• Le défenseur syndical	16
• Le conseiller prud'hommes	19
LES PRINCIPALES DISPOSITIONS À CONNAÎTRE	21
ANNEXES	25
• Les textes de référence	25
• L'outil méthodologique	26

Discrimination : de quoi parle-t'on ?

Dans l'usage courant, le mot discrimination revêt une valeur négative. Il exprime le fait de séparer un groupe social des autres **en le traitant plus mal**. Cette définition laisse penser que toute discrimination serait négative, au point qu'on ait dû fabriquer l'expression « discrimination positive » pour qualifier un traitement différencié jugé positif.

L'étymologie du mot discrimination révèle un sens plus neutre.

Issu du latin *discriminatio*, qui signifie séparation, le mot discrimination est utilisé en mathématiques ou en psychologie par exemple pour définir l'action de distinguer et de discerner des objets les uns des autres.

À chaque époque, les sociétés génèrent des discriminations, au sens littéral du terme. Certaines sont considérées par le plus grand nombre comme légitimes et d'autres ne le sont pas. Les sociétés, à un moment donné, définissent si une discrimination est légitime ou pas. Dans une démocratie, cela fait naturellement débat et trouve sa traduction dans la loi. C'est ainsi que se construit le cadre juridique dans lequel les syndicalistes peu-

vent intervenir, déterminant ainsi si les discriminations dénoncées par un salarié ou un groupe de salariés sont prohibées ou non prohibées par la loi. Cela veut dire que certaines discriminations sont licites.

Par exemple, la légitimité du congé post natal dont bénéficient les femmes et pas les hommes n'est pas contesté et ne fait pas l'objet d'une discrimination. Par contre, toute chose égale par ailleurs, le fait qu'une femme ne bénéficie pas du même salaire qu'un homme est contraire à la loi et est une discrimination.

Lorsqu'il est saisi d'un sujet relatif à une discrimination, le militant syndical, qu'il soit dans l'entreprise, défenseur syndical ou conseiller prud'homal, doit vérifier si les faits rapportés relèvent d'une pratique discriminatoire ou pas. Sa seule référence opératoire doit être une approche juridique à partir du code du travail, pour élaborer une stratégie syndicale en se préparant à l'action judiciaire. Les militants syndicaux auxquels s'adresse ce guide, doivent identifier si cette discrimination est licite ou illicite.

Approche fondée sur l'accès à la preuve

Le régime juridique des discriminations, tel qu'il résulte de la transposition des directives européennes, permet de dégager des éléments objectifs pour mettre en lumière les mécanismes discriminatoires. Une situation d'inégalité de traitement tient souvent de la subjectivité du rapport employeur / salarié ou de pratiques professionnelles admises par les acteurs qui reposent sur du non-dit difficile à établir. Or, l'approche de l'article L122-45 propose une analyse de la situation objective du salarié en comparaison à celle d'un ou des autres salariés qui sont, ont été ou seraient placés dans une situation comparable.

Le plus souvent, la preuve de la différence de situation est entre les mains de l'employeur et, devant le juge, le salarié n'est pas en mesure d'établir l'inégalité de traitement. Face à cette difficulté, les directives axent leur approche sur :

- La preuve par indices de la différence de situation, sans imposer que soit apportée la preuve que la mesure a ou avait pour objet de discriminer.

- L'accès du salarié à la preuve avec, si nécessaire, des mesures d'instruction ordonnées par le juge.
- L'aménagement de la charge de la preuve, afin que l'employeur ait à justifier que la mesure n'est pas discriminatoire et proportionnée aux objectifs qu'il poursuit.
- La protection de la victime et du témoin contre les représailles suite à un recours ou à un témoignage.

C'est le constat objectif de discrimination qui importe et non la faute de l'employeur : l'article L122-45 du code du travail et l'article 19 de la loi du 30 décembre 2004 proposent au salarié de « présenter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination ».

La discrimination peut aussi prendre la forme de harcèlement moral ou sexuel. Dans tous les cas, les recours permettent de demander la nullité de la mesure et une indemnisation rétroactive de remise en état.

La procédure devant les prud'hommes

La discrimination

Pour être prohibée, la discrimination doit être fondée sur l'un des critères énumérés aux articles L122-45 et L123-1 et s'appliquer dans l'un des champs désignés par ces articles :

- ➔ **Critères prohibés** : origine, sexe, moeurs, orientation sexuelle, âge, situation de famille, appartenance ou non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, opinions politiques, activités syndicales, convictions religieuses, apparence physique, patronyme, état de santé ou handicap etc.
- ➔ **Champs d'application** : procédure de recrutement, d'accès à un stage ou à une formation, sanction, licenciement ou discrimination notamment en matière de rémunération, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat etc.

La discrimination peut être directe ou indirecte :

- ➔ **Directe** : la mesure est intentionnellement fondée sur l'un des critères énumérés de discrimination ; par exemple, refus d'augmenter un salarié suite à son engagement dans un mandat syndical. Il n'est pas nécessaire de prouver cette intention contrairement à une procédure pénale.
- ➔ **Indirecte** : la mesure est apparemment neutre mais a pour effet une différence de traitement de personnes identifiées en fonction de l'un des critères prohibés ; par exemple, l'exigence de disponibilité pour la promotion qui élimine de fait essentiellement les candidatures féminines.

Le Harcèlement

Défini par les articles L122-46 et L122-49 du Code du travail, le harcèlement peut être sexuel ou moral. Les directives européennes le définissent comme une forme de discrimination, la victime bénéficie donc de la protection contre les représailles et de l'aménagement de la charge de la preuve du régime juridique des discriminations. Elle peut demander la nulli-

té de la mesure prise dans un contexte de harcèlement et une indemnisation couvrant la période jusqu'au jugement.

La preuve de la discrimination

La question de l'accès à la preuve est centrale et doit être au cœur de la stratégie du recours. Le salarié doit établir l'inégalité de traitement entre lui et les autres salariés. La preuve est donc fondée sur une approche comparative et un accès aux documents relatifs aux procédures internes de l'entreprise.

Le salarié peut présenter des éléments de fait établissant l'inégalité de traitement au moyen de documents en sa possession :

- ➔ Les données qui le concernent dans son dossier personnel auquel il peut demander accès.
- ➔ Certains documents sur la situation des autres salariés qui sont accessibles aux représentants du personnel.

Toutefois, les documents en la possession de l'employeur – procédures internes, politiques, pratiques passées – sont souvent déterminants. La Chambre sociale de la Cour de cassation a reconnu à maintes reprises le droit du salarié d'avoir accès aux éléments de preuve qui sont en possession de l'employeur, lorsqu'il s'agit d'établir une comparaison de situation entre les salariés.

La demande de mesures d'instruction

Dès le démarrage du dossier, il faut identifier où se trouvent les éléments de preuve et recueillir ceux qui sont directement accessibles.

L'article 145 du Nouveau code de procédure civile prévoit que : « S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé ».

Ainsi, les conseillers du demandeur devront évaluer, selon le contexte, l'opportunité de se prévaloir de cette mesure avant même la saisine devant le Conseil de prud'hommes.

Par ailleurs, dans l'élaboration du recours prud'homal, le défenseur syndical devra, avec le soutien du représentant du personnel, préparer l'argumentation d'une demande de transmission des documents inaccessibles déjà identifiés, et/ou celle d'une demande d'instruction qui s'accompagnera d'une demande de nomination d'un Conseiller rapporteur, voire d'un expert.

La Cour de cassation a souligné à plusieurs reprises qu'il était du

devoir du juge de rechercher les éléments de preuve pour vérifier l'allégation de discrimination. En effet, le défaut d'ordonner unilatéralement ou le fait de refuser d'accorder une mesure d'instruction équivaut à priver le salarié de son recours¹.

La saisine devra annoncer cette demande de mesure d'instruction qui sera plaidée dès le Bureau de

conciliation. Le défenseur doit donc changer ses habitudes et produire la totalité des pièces dès le début de la procédure. Une part importante de la préparation du dossier, à toutes les étapes, sera consacrée à la recherche et à la conservation des preuves et au suivi de la demande d'instruction qui pourra encore être présentée au Bureau de jugement.



¹ Soc. 10/07/01 n° 99-40987 ; Soc. 9/04/96 n° 92-41103 ; Crim. 14/06/00 n° 99-81108 ; Soc. 28/03/00 n° 97-45258...

Présentation de l'outil méthodologique

Vous trouverez en annexe trois tableaux. Chacun d'entre eux est dédié à l'un des trois acteurs de la chaîne judiciaire : le représentant du personnel (délégué syndical ou délégué du personnel) qui accueille le salarié et connaît l'entreprise, le défenseur syndical qui le représentera, et le Conseiller prud'homme.

Chaque tableau identifie les étapes successives du dossier, depuis la consultation du salarié jusqu'au jugement, et précise les questions à aborder et les actes à poser par chaque acteur à chacune des étapes.

L'approche judiciaire de la discrimination s'articule autour de trois objectifs :

1. Repérer une discrimination prohibée par la loi dans le récit du salarié.
2. Rechercher les éléments de preuve.
- 3 Présenter des éléments révélant une inégalité de traitement dans les faits afin d'amener le juge à présumer l'existence d'une discrimination et obliger l'employeur à démontrer que la mesure était non discriminatoire et légitime, c'est-à-dire nécessaire et proportionnée.

Un principe original : le droit d'accès à la preuve

Le recours en discrimination requiert une approche nouvelle de la recherche de la preuve et de la stratégie judiciaire :

- ➔ Un travail d'équipe soutenu doit s'établir entre le représentant du personnel et le défenseur syndical où chacun jouera son rôle à chaque étape du dossier.
- ➔ Une part importante du travail de préparation doit être amorcée avant la saisine et au moment de la saisine du Conseil de prud'hommes.

En effet, le droit d'accès à la preuve bouleverse les habitudes des acteurs judiciaires. Ils attendent trop souvent du salarié qu'il apporte la preuve sans soutien extérieur, sans stratégie particulière. En conséquence, ils concentrent les efforts de préparation du dossier à la fin du processus, avant le bureau de jugement.

Le représentant du personnel (DS, DP) a un rôle essentiel car la recherche de la preuve doit se fonder sur la connaissance de l'entre-

prise. De ce fait, son rôle ne s'interrompra pas une fois le relais passé au défenseur syndical. En effet, seuls le DS ou le DP peuvent, avec le salarié, donner des indications sur le contexte, l'organisation des ressources humaines, les modes de fonctionnement hiérarchiques, la forme de la documentation dans l'entreprise et préciser si l'employeur a transmis la totalité des documents disponibles puisqu'ils peuvent avoir directement accès à certains de ces éléments.

Pour le défenseur syndical, la logique de préparation du dossier repose sur la stratégie de recherche des preuves. Une première étape s'appuie sur la recherche qui précède la formalisation des demandes. La seconde aboutit à une demande argumentée lors du bureau de conciliation afin d'obtenir accès à la preuve en possession de la partie adverse, la nomination d'un conseiller rapporteur ou d'un expert.

Le défenseur syndical devra être précis dans ses demandes, maintenir un rôle actif dans le suivi des documents transmis et leur analyse, et participer activement à la définition de la mission confiée au Conseiller rapporteur ou à l'expert. Il devra non seulement plaider le fond du dossier mais également rappeler les Conseillers prud'hommes à leurs devoirs, en termes de procédure et

d'accès à la preuve, et plaider l'obligation de l'employeur de transmettre les éléments de preuve requis, sous peine de voir son refus interprété comme une preuve de l'inégalité de traitement¹.

Le Conseiller prud'homme voit son rôle évoluer pendant la procédure. Il doit veiller à ce que le droit d'accès à la preuve soit assuré et mobiliser les possibilités offertes par la procédure, dès l'étape de la conciliation et à tout moment, en se prévalant de son droit de nommer un Conseiller rapporteur ou un expert. Par ailleurs, il devra bien intégrer la mécanique légale d'identification des faits de discrimination et de la preuve de l'inégalité de traitement afin que la charge de la preuve soit effectivement transférée sur l'employeur et que la charge de ce dernier soit comprise par les Conseillers prud'hommes.

Le Conseiller prud'homme doit inciter à la prise en compte, par les autres Conseillers et les parties, du cadre juridique et de tout ce qui oblige chacun à un nouveau type de raisonnement. Il ne s'agit pas pour l'employeur de se contenter de contredire le salarié mais bien de justifier que la situation de faits qui lui est reprochée n'est pas discriminatoire ni nécessaire et proportionnée.

¹ IBM c. Buscaïl, C.A. Montpellier, 25 mars 2003 n° 0200504.



Les tableaux se présentent comme des aides mémoires situant le rôle de chaque acteur et identifiant comment rechercher et construire la preuve à chaque étape du dossier. Ils synthétisent les interventions de chaque acteur et les relations entre eux au fil de cinq étapes :

- Avant la saisine
- Au moment de la saisine

- Au moment de la conciliation
- Devant le bureau de jugement
- Pour le Conseiller prud'homme, au moment du délibéré ou du départage

Les actions ainsi décrites se réfèrent aux textes juridiques applicables, à la jurisprudence et à la réalité de chacun des acteurs.



Le représentant du personnel (délégué syndical ou délégué du personnel)

Le rôle du délégué syndical ou du délégué du personnel s'articule autour de la mission d'accueil du salarié, de lien avec la section syndicale et le syndicat. Il doit également soutenir l'action du défenseur syndical auquel il devra transmettre sa connaissance de l'entreprise.

Avant la saisine

Le représentant du personnel reçoit le salarié et doit faire une pré-analyse des faits rapportés par le salarié afin d'identifier si l'on est en présence d'une discrimination, ce qui enclenchera la suite des étapes. À cette fin, il tentera de répondre aux questions suivantes :

- ➔ Y a-t-il une inégalité de traitement ?
- ➔ Est-elle couverte par l'article L122-45 :
 - Sur quel critère énuméré ?
 - Dans quel domaine ?
- ➔ S'accompagne-t-elle de harcèlement ?

Constatant la présence d'une situation pouvant être qualifiée selon le régime juridique des discriminations, le représentant du personnel explique au salarié les actions possibles et définit avec lui

ses attentes. Puis, il contacte le défenseur syndical afin d'entreprendre un travail approfondi de documentation et de repérage du contexte, de concert avec lui. Ils doivent définir en commun les objectifs et la marche à suivre pour préparer le dossier.

Vient ensuite l'étape de la recherche des éléments de preuve accessibles au salarié ou aux instances représentatives du personnel (IRP) :

- ➔ Documents du salarié et/ou documents en possession du salarié.
- ➔ Dossier du personnel et registre du personnel.
- ➔ Identification d'autres salariés dans la même situation de discrimination.
- ➔ Comparaison avec la situation des salariés non discriminés.
- ➔ Témoignages (demander des attestations écrites).
- ➔ Procès verbaux des réunions des IRP.
- ➔ Bilans sociaux (dont la version santé).
- ➔ Rapport annuel de la médecine du travail (1/3 temps).

- ⇒ Documents de préparation de la négociation annuelle obligatoire (NAO).
- ⇒ Notes de service internes.
- ⇒ Accord d'entreprise.
- ⇒ Convention Collective.
- ⇒ Si harcèlement, attestation des proches, du médecin traitant, avis du médecin du travail.

Le représentant du personnel peut également entreprendre des démarches afin de constituer ou obtenir accès à certaines preuves. Par exemple, la saisine des IRP en posant des questions en réunion de DP, de CHSCT, en demandant des informations à l'expert comptable du comité d'entreprise ou même en initiant une enquête de DP en se prévalant des pouvoirs que lui attribue l'article L422-1 du code du travail. Il peut encore adresser des courriers à l'employeur, en rappelant les faits, afin d'obtenir des explications, ce qui provoquera une réaction de l'employeur qui, jointe à la lettre, pourra faciliter la preuve du contexte.

Le représentant du personnel peut aussi, dans le cadre d'une stratégie construite avec le défenseur syndical, choisir de saisir des instances externes qui faciliteront la construction du dossier : l'Inspection du travail, en faisant une demande d'intervention ou d'enquête en

vertu de l'article L 611-1 du code du travail, ou la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité (HALDE).

Dans certains dossiers, l'ampleur du problème soulevé ou sa valeur symbolique doivent conduire le représentant du personnel à s'interroger sur l'opportunité de communiquer en interne et en externe sur le dossier. Comme nous l'avons vu, le dossier de discrimination comporte des aspects stratégiques d'accès à la preuve qu'il faut préserver et un risque important de représailles vis-à-vis du salarié et des témoins. Il est donc recommandé d'aborder la question de la communication en lien avec l'adhérent, la section syndicale, le syndicat et le défenseur.

La saisine

À l'étape de la saisine, le rôle du représentant du personnel est double :

- ⇒ Faire l'inventaire des preuves recueillies (incluant les attestations de témoins dans l'entreprise) et celui des preuves à obtenir (en possession de l'employeur).
- ⇒ Soutenir le salarié et assurer le lien avec les autres acteurs.

Ces tâches seront au cœur de son action. En effet, en cas de représailles de l'employeur contre le

salarié ou les témoins, il sera particulièrement sollicité pour mettre en place les mesures de protection :

- ➔ Contact avec le défenseur pour une mesure en référé
- ➔ Question du délégué du personnel
- ➔ Action de la section syndicale
- ➔ Information de l'Inspection du travail

La conciliation et le bureau de jugement

Pour la suite du dossier, le rôle du représentant du personnel sera d'aider le défenseur syndical à analyser les réponses apportées par l'employeur suite aux mesures d'instruction, de contribuer à l'évaluation des forces et faiblesses du dossier, et d'appuyer la construction de la stratégie du défenseur en lien avec le salarié.



Le défenseur syndical

À toutes les étapes du dossier, le défenseur syndical, de concert avec le représentant du personnel et le salarié, met en œuvre une stratégie de construction de la preuve de l'inégalité de traitement fondée sur les forces et faiblesses du dossier et les attentes du salarié. Son objectif est la recherche de la preuve et l'application d'un régime juridique nouveau par les Conseillers prud'hommes au moyen de la mobilisation des possibilités procédurales existantes.

Avant la saisine

Interpellé par le représentant du personnel et/ou le salarié, le défenseur syndical qualifie les faits, évalue le dossier et soutient les démarches de préparation du dossier. De plus, il prend en charge certaines initiatives et la stratégie procédurale le cas échéant :

- ⇒ Est-il opportun de faire procéder à un constat d'huissier ? Faut-il saisir la HALDE ?
- ⇒ Faut-il une approche individuelle ou collective ? Faire une demande de référé ou saisir le juge pénal ? Procéder à une demande de communication de pièces devant le TGI ou en référé devant le Conseil des

Prud'hommes en vertu de l'article 145 du NCPC ?

Certains dossiers de discrimination, en raison de l'ampleur et de la complexité de la recherche des preuves, pourraient nécessiter des frais qu'il faudra prévoir dès cette étape.

La saisine

Par rapport à la procédure habituelle, c'est à l'étape de la saisine que le rôle du défenseur syndical prend une nouvelle orientation. En effet, il prépare l'intégralité du dossier dans le cadre d'un plan stratégique en identifiant toutes les demandes qu'il fera au Conseil dès l'étape de la conciliation et en recherchant toutes les pièces à produire à l'appui de sa demande d'instruction et d'expertise.

Le défenseur syndical doit avoir examiné toutes les orientations qu'il entend suivre et tous les moyens procéduraux qu'il devra argumenter pour faire avancer le dossier. Le travail en amont de cette argumentation exige une préparation avancée du dossier sur le fond avant même le lancement de la procédure d'assignation.

Le travail de préparation doit d'abord amener le défenseur syndical à faire un choix de qualification :

- ➔ Sur quel critère et sur quel fondement appuyer le recours ?
- ➔ Est-il justifié ou judicieux d'invoquer le harcèlement ?
- ➔ Quelles conclusions pour le salarié : nullité, dommages et intérêts, conclusions accessoires pour mettre en œuvre les conséquences de la nullité et/ou les correctifs pour l'avenir ?

Ensuite, le défenseur doit choisir les mesures d'instruction à soulever dès la conciliation et la stratégie de présentation de la preuve en termes de citation de témoins, d'expertise, d'opportunité d'une approche collective. Il doit enfin être prêt à réagir en cas de représailles contre le salarié ou un témoin.

La conciliation

L'audience de conciliation est déterminante et doit être préparée matériellement par le défenseur syndical. Ce dernier doit envoyer toute demande ou pièce dès la saisine effectuée, et au plus tard, en temps utile à la partie adverse afin que celle-ci ne puisse pas argumenter la surprise et demander un renvoi.

Une véritable plaidoirie devra être préparée avec pour objectif la demande de mesures d'instruction en demandant la production de

pièces ou la nomination d'un Conseiller rapporteur. Si la nomination d'un expert est demandée, il faudra l'orienter et préciser ce que l'expert doit rechercher en allant jusqu'à identifier certains documents potentiels, interlocuteurs à rencontrer, etc.

Ensuite, le défenseur syndical assurera jusqu'au bureau de jugement le suivi de ces mesures d'instruction et, le cas échéant, la préparation de la rencontre avec l'expert.

Le bureau de jugement

Pour confronter l'employeur à ses obligations de transmission de documents, le défenseur syndical devra être vigilant sur le respect des délais de production des pièces demandées lors de la conciliation et le suivi de la mission du Conseiller rapporteur. Par ailleurs, en présence d'une preuve documentaire importante, il faudra organiser sa présentation et soumettre dès que possible toute demande additionnelle.

À cette étape, le rôle du défenseur syndical sera de préparer l'audience et de tirer toutes les conclusions en faits et en droit du processus d'accès à la preuve.

Si l'employeur ne se conforme pas à l'ordonnance de production de documents ou ne produit pas l'information requise, le transfert de la charge de la preuve qui est



reconnu par la jurisprudence sur l'employeur devra être plaidée¹.

Il pourrait aussi être judicieux de faire citer l'employeur afin de pouvoir lui poser des questions sur les documents produits et non produits. Si l'employeur apporte des éléments pour soutenir que la mesure contestée n'est pas discriminatoire mais raisonnable et proportionnée, il sera opportun de préparer, en accord avec le salarié, une argumentation spécifique à cet égard et potentiellement de demander un droit de réplique.

Quant aux conclusions, le défenseur syndical devra demander au salarié de faire un choix sur les conséquences à tirer de la nullité de la mesure attaquée. En cas de licenciement, il devra préciser s'il souhaite la réintégration dans l'entreprise ou des dommages en réparation. En cas de préjudice de déroulement de carrière, il faudra précisément demander compensation ainsi qu'une ordonnance de rectification de la situation du salarié et toutes conclusions accessoires afin de fixer la situation pour l'avenir.

¹ IBM c. Buscail, C.A. Montpellier, 25 mars 2003 n° 0200504.

Le conseiller prud'homme

Le droit concernant la discrimination appelle du Conseiller prud'homme, un rôle dynamique, tant au niveau de la procédure que du fond. La chambre sociale de la Cour de cassation rappelle que c'est le juge qui est garant du droit d'accès à la preuve. C'est donc au Conseiller prud'homme, à l'étape de la conciliation, d'utiliser la procédure pour aménager l'exercice du droit d'accès à la preuve. Pour ce faire, il doit voir les possibilités offertes par la procédure civile non comme des exceptions mais comme les outils d'un processus qui démarre au stade de la conciliation.

Non seulement le Conseiller prud'homme doit être prêt à faire droit aux mesures d'instructions demandées mais il doit souligner leur nécessité « d'office » le cas échéant. Pour éviter les délais, le processus d'accès aux preuves doit être amorcé dès le stade de la conciliation, en nommant, si nécessaire, un Conseiller rapporteur.

Si un expert est nommé, le Conseiller doit veiller à ce que son mandat soit précis et qu'il réponde à des questions de faits en lui indiquant des orientations. Par exemple, vérifier les cycles d'é-

volution de carrière au sein de l'entreprise, calculer la perte salariale entre tel et tel niveau, établir des données quantitatives sur la répartition des effectifs selon tel et tel critère.

L'audience du bureau de jugement

Le Conseiller prud'homme doit veiller à la suffisance de la preuve présentée afin d'ordonner des mesures d'instructions supplémentaires si nécessaire, que ce soit à la demande du défenseur ou de son propre chef. En cas de réponse argumentée de l'employeur, il serait opportun de permettre au plaignant de préciser sa position

Enfin, étant donné la possibilité de demander la nullité de la mesure prise par l'employeur, il serait utile que le Conseiller prud'homme amène le défenseur du salarié à préciser ses demandes en termes de conséquences pour l'avenir.

Le délibéré et le départage

En cas de défaut de justification de l'employeur, le Conseiller prud'homme doit s'assurer que le Conseil tire les conséquences juridiques adéquates quant à la char-



ge de la preuve du demandeur: l'employeur ne peut arguer de son défaut à se conformer à une mesure d'instruction.

Sur le fond, le Conseiller prud'homme devra veiller à la compréhension par ses collègues de la répartition de la charge de la preuve et d'une caractérisation juridique adéquate des faits, particulièrement en ce qui concerne la

preuve de l'apparence de discrimination et la charge de la preuve transférée sur l'employeur.

Au moment d'évaluer le préjudice, le Conseiller devra rappeler que la nullité de la mesure permet de demander une compensation rétroactive allant jusqu'à la date du jugement, ainsi que des conclusions accessoires pour fixer la situation à venir.



Les principales dispositions à connaître

Le Code du travail

Article L120-2

Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché.

Article L122-45

Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses moeurs, de son orientation sexuelle, de son âge, de sa situation de famille, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non appartenance,

vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son patronyme ou en raison de son état de santé ou de son handicap.

Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire visée à l'alinéa précédent en raison de l'exercice normal du droit de grève.

Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire **pour avoir témoigné des agissements** définis aux alinéas précédents ou pour les avoir relatés.

En cas de litige relatif à l'application des alinéas précédents, le salarié concerné ou le candidat à un recrutement, à un stage ou à une période de formation en entreprise **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.

Toute disposition ou tout acte contraire à l'égard d'un salarié est nul de plein droit.

Article L122-46

Aucun salarié, aucun candidat à un recrutement, à un stage ou à une période de formation en entreprise ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat pour avoir subi ou refusé de subir les agissements de harcèlement de toute personne dont le but est d'obtenir des faveurs de nature sexuelle à son profit ou au profit d'un tiers.

Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné des agissements définis à l'alinéa précédent ou pour les avoir relatés.

Toute disposition ou tout acte contraire est nul de plein droit.

Article L122-49

Aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou

pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel.

Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat pour avoir subi, ou refusé de subir, les agissements définis à l'alinéa précédent ou pour avoir témoigné de tels agissements ou les avoir relatés.

Toute rupture du contrat de travail qui en résulterait, toute disposition ou tout acte contraire est nul de plein droit.

Article L123-1

Sous réserve des dispositions particulières du présent code et sauf si l'appartenance à l'un ou l'autre sexe est la condition déterminante de l'exercice d'un emploi ou d'une activité professionnelle, nul ne peut :

- a) Mentionner ou faire mentionner dans une offre d'emploi, quels que soient les caractères du contrat de travail envisagé, ou dans toute autre forme de publicité relative à une emba-

- che, le sexe ou la situation de famille du candidat recherché ;
- b) Refuser d'embaucher une personne, prononcer une mutation, résilier ou refuser de renouveler le contrat de travail d'un salarié en considération du sexe ou de la situation de famille ou sur la base de critères de choix différents selon le sexe ou la situation de famille ;
- c) Prendre en considération du sexe toute mesure, notamment en matière de rémunération, de formation, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle ou de mutation.

En cas de litige relatif à l'application du présent article, le salarié concerné ou le candidat à un recrutement présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination, directe ou indirecte, fondée sur le sexe ou la situation de famille. 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.

Un décret en Conseil d'État détermine, après avis des organisations d'employeurs et de salariés les plus représentatives au niveau

national, la liste des emplois et des activités professionnelles pour l'exercice desquels l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue la condition déterminante. Cette liste est révisée périodiquement dans les mêmes formes.

Loi portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité N° 2004-1486 du 30 décembre 2004

Titre II : Mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction ethnique et portant transposition de la directive n° 2000/43 du 29 juin 2000

Article 19

En matière de protection sociale, de santé, d'avantages sociaux, d'éducation, d'accès aux biens et services, de fournitures de biens et services, d'affiliation et d'engagement dans une organisation syndicale ou professionnelle, y compris d'avantages procurés par elle, ainsi que d'accès à l'emploi, d'emploi et de travail indépendants ou non-salariés, chacun a droit à un traitement égal, quelles que soient son origine nationale, son appartenance ou non-appartenance



vraie ou supposée à une ethnie ou une race.

Toute personne qui s'estime victime d'une discrimination directe ou indirecte en ces domaines établit devant la juridiction compétente les faits qui permettent d'en présumer l'existence. Au vu de ces éléments,

il incombe à la partie défenderesse de prouver que la mesure en cause est justifiée par des éléments étrangers à toute discrimination.

Le précédent alinéa ne s'applique pas devant les juridictions pénales.



Annexes

Les textes de référence

Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique.

Directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail.

Directive 76/207/CEE du Conseil du 9 février 1976 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail.

Directive 75/117/CEE du Conseil du 10 février 1975 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunéra-

tions entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins

Loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (JORF du 31 décembre 2004)

Loi no 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations (JORF du 17 Novembre 2001)

Sites internet :

www.lell4.com

www.halde.fr

www.stop-discrimination.info

Anti-discrimination et relations avec la société civile – Union européenne :

europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/index_fr.htm

Observatoire des discriminations :

cergors.univ-parisl.fr/observatoire-desdiscriminationsfd.htm

Jurisprudence récente de la Cour de justice :

www.europa.eu.int/comm/employment_social/equ_opp/rights/jurisprud.html

L'outil méthodologique

Tableau 1 : Représentant du personnel (DP/DS)

Tableau 2 : Défenseur syndical

Tableau 3 : Conseiller prud'homme

des choix, des actes

Guide réalisé par la :



Avec la contribution de :



Contact CFDT :