

Les discriminations et... de nouvelles pratiques à l'audience initiale


par *Eric Baudeu*, Avocat au Barreau de Rouen

PLAN

I. Champ des discriminations et aménagement des règles de preuve

- 1) Discrimination hommes/femmes
- 2) Discrimination syndicale
- 3) Discrimination salariale :
atteinte au principe "A travail égal,
salaire égal"

II. Discriminations, preuve discriminatoire et audience initiale

«  e sont les faits qui font le droit » (Loysel). Quoi de plus vrai en matière de discrimination : ici, les faits sont procéduraux ou processuels. En la matière, le droit de la preuve issu du droit européen (1) et de la jurisprudence communautaire (2) vont être à la source de l'évolution du droit de la preuve au sein du droit français.

« Sans preuve du droit, il n'y a pas de droit ». La directive européenne du 15 décembre 1997 (prec.) et sa transposition dans le droit français (avant le 1^{er} janvier 2001) constitue la pierre fondatrice de l'évolution du droit de la preuve dans l'hexagone en matière de discrimination (3). En particulier, cette directive consacre un aménagement des règles relatives à la charge de la preuve en matière de discrimination : « Dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établit devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement ».

Notre législateur a aménagé les règles de preuve pour l'ensemble des discriminations prohibées dans la relation de travail. Il a, en quelque sorte, posé les règles d'une « discrimination positive » (chère aujourd'hui à certains dans d'autres domaines...), ici dans le droit de la preuve précisément relatif aux discriminations. Cet aménagement des règles de preuve repose sur deux constats :

- le salarié, demandeur dans une procédure prud'homale, est, en réalité, défendeur. C'est lui qui a subi un licenciement, une sanction, une inexécution de l'obligation contractuelle, en l'espèce, une discrimination, sexuelle, de rémunération, syndicale...
- le droit social est fondé sur l'ordre public de protection.

En quelque sorte, l'inégalité employeur/employé ne saurait se perpétuer judiciairement. Il est nécessaire de rétablir l'équilibre entre employeur et salarié pour combler l'inégalité existante pour aborder le procès « à armes égales ». Il est manifeste que les règles du Code de procédure civile fondées sur l'égalité des parties, si elles n'étaient pas aménagées en la matière, renforceraient l'inégalité inhérente aux rapports de force employeur/employé. Examinons l'aménagement des règles de preuve en différentes matières.

(1) Article 119 du Traité de Rome, Egalité de traitement hommes/femmes - Directive 75/117 : Egalité de rémunération - Directive 97/80/CE (reproduite au Dr. Ouv. 1998 p.313) relative à la charge de la preuve dans les discriminations fondées sur le sexe.

(2) CJCE 13 mai 1986 Bilka, aff. 170/84 Rec. 551, relatif à la différence de rémunération hommes/femmes, arrêts Danfoss CJCE 17 octobre 1989 Aff. C-109 /88 Rec. 3199, Enderby CJCE 27 octobre 1993 Aff.C-127/92 Rec. 5566.

(3) v. M. Miné "Les nouveaux apports du droit pour l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'emploi et le travail" Dr. Ouv. 2004 p. 352 et plus anciennement le beau colloque du SAF, Le principe de non-discrimination en droit social, Dr. Ouv. mai 2001 not. M.-T. Lanquetin "Le principe de non-discrimination" p. 186, M. Henry, "Le nouveau régime probatoire applicable aux discriminations", p. 194.

I. Champ des discriminations et aménagement des règles de preuve

1) Discrimination hommes/femmes (4)

Article L 122-45 du Code du travail : « *En cas de litige (d'un salarié victime d'une discrimination sexuelle) 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 ».

Cette disposition est reprise mot pour mot par l'article L.123-1, alinéa 5 introduit par la loi du 16 novembre 2001 (5) qui renforce le dispositif de protection des salariés contre les discriminations au travail. Le renforcement du droit de la preuve est au centre de ces dispositions.

2) Discrimination syndicale (6)

L'article L.122-45 vise également la discrimination d'un salarié en raison de ses activités syndicales. Les règles de preuve figurant à l'alinéa 5 précité sont identiques : le salarié qui a des « activités syndicales » (7), qui se prétend lésé par une mesure discriminatoire, doit présenter au juge des éléments de fait susceptibles de caractériser une atteinte au principe d'égalité.

On observera que cet aménagement de la charge de la preuve est plus favorable encore que celui de la directive du 15 décembre 1997 qui dit que « *Le salarié doit établir les éléments de fait...* ».

Le terme "présenter" n'est pas anodin : il signifie montrer, développer, soumettre au juge des éléments de fait. On reste sur des faits : contrairement à ce qu'il a pu être soutenu, il ne s'agit en aucun cas ni d'une simple allégation, qui ne reposerait sur aucun fait, pas plus que d'un commencement de preuve.

A ce stade, la preuve n'est pas requise du salarié discriminé ; il suffit qu'il fasse état de faits qui laissent

supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte.

Ces derniers termes sont aussi importants : on est dans le domaine de la présomption de fait (induction par laquelle on remonte d'un fait connu à un fait contesté, que le juge induit d'un fait sans y être obligé).

Si l'employeur conteste le caractère discriminatoire des faits présentés, il lui incombe alors, quant à lui, de rapporter la preuve que cette disparité de situation constatée dans les faits est justifiée par des éléments objectifs, étrangers à toute discrimination, fondés non pas sur l'appartenance à un syndicat, mais fondés sur le fait que l'intéressé a pu avoir des activités syndicales.

Le renversement de la logique probatoire, avant la loi du 16 novembre 2001 en matière de discrimination syndicale, s'est appuyé sur l'arrêt *Ponsolle* (8), puis *Aubin contre Chatet* (9) et enfin l'arrêt *Fluchère* (10), transposant pour la première fois, en matière de discrimination syndicale, les principes du nouvel équilibre probatoire qui ressortaient de l'arrêt *Seillier contre Commissariat de l'Energie Atomique* (11). Auparavant, la jurisprudence exigeait la preuve du fait discriminatoire (12).

3) Discrimination salariale : atteinte au principe « A travail égal, salaire égal » (13)

La non-discrimination en matière de traitement a été consacrée par l'arrêt *Ponsolle* qui a affirmé la généralité du principe « *A travail égal, salaire égal* ». Désormais, l'employeur doit assurer l'égalité des rémunérations entre tous les salariés de l'un ou l'autre sexe dès lors que ces derniers sont placés dans une situation identique (travail, ancienneté, formation, qualifications, etc.). Pour justifier « *son pouvoir d'individualisation des salaires* », l'employeur doit établir l'existence d'éléments objectifs justifiant la différence de rémunération.

La jurisprudence a décidé, comme dans les discriminations visées par l'article L. 122-45 du Code du travail, d'aménager les moyens de preuve pour le salarié qui prétend être victime d'une discrimination fondée sur le principe « *A travail égal, salaire égal* ».

(4) Rachel Saada "La non-discrimination homme/femme" Dr. Ouv. 2001 p. 207 ; Y. Leroy "Les éléments d'appréciation de la discrimination indirecte en matière d'égalité entre hommes et femmes" p. 229.

(5) Sur laquelle M. Richevaux Dr. Ouv. 2002 p. 290 in n° spec. Dr. Ouv. juin 2002 Harcèlements et discriminations au travail.

(6) V. n° spéc. Dr. Ouv. avril 2006 ; Pascale Legendre-Grandperret "Discrimination syndicale en matière de carrière et de rémunération" Dr. Ouv. 2001 p. 213.

(7) La discrimination ne s'arrête pas à ceux qui sont titulaires de mandats ou même adhérents actifs d'un syndicat. On peut imaginer des sympathisants, voire même des salariés qui se sont occasionnellement joints à un mouvement syndical ; la condition de protection est d'avoir eu une activité syndicale ;

sur la difficulté de cette distinction v. Cass. Soc. 8 juin 2005 Dr. Ouv. 2006 p. 95.

(8) Cass. Soc. 29 oct. 1996 *Ponsolle* Dr. Ouv. 1997 p. 149 n. P. Moussy avec la décision de première instance.

(9) Cass. Soc. 15 décembre 1998, Dr. Ouv. 1999 p. 169 n. H. Peschaud.

(10) Cass. Soc. 28 mars 2000 Dr. Ouv. 2000 p. 176 n. F. Saramito.

(11) Cass. Soc. 23 nov. 1999, Dr. Ouv. 2000 p.108.

(12) Cass. Soc., 21 janvier 1998, *Besnainou C/B.N.P.*, 31 mars 1998, CFDT des Travailleurs des Industries Métallurgiques et Minières de la Région Caennaise C/Joseph.

(13) F. Lepany "A travail égal, salaire égal" Dr. Ouv. 2001 p. 201.

Désormais, la jurisprudence combine les règles de preuve en matière de discrimination figurant aux articles L. 122-45, alinéa 4 et L. 140-8 du Code du travail avec les dispositions de l'article 1315 du Code civil selon lequel : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier du paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ».

Au visa de l'article 1315 du Code civil, la Cour de cassation a rendu à ce jour deux arrêts réglant le régime probatoire de l'atteinte au principe « A travail égal, salaire égal », en particulier un arrêt du 28 septembre 2004 (14) : « Mais attendu d'abord qu'en application de l'article 1315 du Code civil, s'il appartient au salarié qui invoque une atteinte au principe « A travail égal, salaire égal » de soumettre au juge les éléments de fait susceptibles de

caractériser une inégalité de rémunération, il incombe à l'employeur de rapporter la preuve d'éléments objectifs justifiant cette différence » (15).

La doctrine observe que « Le rattachement de cette règle de preuve, spécifique à l'article 1315 du Code civil, conduit à l'application de l'alternance dans l'attribution du risque de la preuve, et permet de faire reposer ce risque sur l'employeur dès lors que le salarié demandeur a présenté des éléments de fait nécessaires » (16). Ainsi, à cette création jurisprudentielle favorable au salarié, la Cour de cassation associe un allègement des moyens de preuve pour le salarié, sans invoquer de texte spécifique du Code du travail, en faisant une lecture de l'article 1315 du Code civil qui s'inspire du droit communautaire (directive communautaire du 14 décembre 1997).

II. Discriminations, preuve discriminatoire et audience initiale

La spécificité du droit de la preuve en matière de discrimination qui tend à « l'allègement » pour le salarié doit l'inciter, ainsi que les organisations syndicales, ces dernières en vertu de l'article L.122-45-1 du Code du travail, à utiliser à plein les pouvoirs dévolus au juge conciliateur afin d'emporter sa conviction qu'il y a bien eu discrimination.

L'article L.122-45 alinéa 4 *in fine* dispose, à ce sujet, que : « Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ». Il n'est pas anodin que ce pouvoir juridictionnel du juge conciliateur de procéder à toutes mesures d'instruction, même d'office, qui figure expressément à l'article R.516-18 du Code du travail relatif précisément au pouvoir juridictionnel du juge conciliateur, soit distinctement rappelé dans l'article phare sur les discriminations. Ce pouvoir d'instruction du juge qui relève, en réalité, même de son devoir lui permettant de prononcer une décision de justice, au sens propre du terme, n'est pas rappelé à l'article L.412-2 du Code du travail qui interdit la discrimination syndicale.

Dans le cas d'une atteinte au principe « A travail égal, salaire égal », le seul article 1315 du Code civil renvoyait, avant l'arrêt STAVS du 28 septembre 2004 (prec.), implicitement mais nécessairement, à la possibilité pour le juge d'ordonner, même d'office, une mesure d'instruction prévue aux articles 143 et suivants du nouveau Code de procédure civile.

En tout état de cause, existaient déjà les dispositions générales de l'article R.516-18 du Code du travail

définissant le pouvoir juridictionnel du juge conciliateur. Les conséquences de la référence à l'article R.516-18 du Code du travail plutôt qu'au Code de procédure civile sont importantes : il ne faut pas oublier, en effet, que la mission d'information confiée au conseiller rapporteur, en l'espèce par le Bureau de conciliation, n'est pas une enquête au sens du Code de procédure civile. Le conseiller rapporteur peut recueillir des renseignements utiles à la manifestation de la vérité, sans observer les prescriptions prévues en pareil cas (17). Ces pouvoirs sont étendus puisqu'il peut entendre toute personne dont l'audition paraît utile à la manifestation de la vérité, ainsi que procéder lui-même ou faire procéder à toutes mesures d'instruction (R. 516-23 du Code du travail).

Depuis l'arrêt STAVS qui étend à l'égalité de traitement salarial les règles de preuve applicables en matière de discrimination relevant de l'article L. 122-45 du Code du travail, la référence aux règles du Code de procédure civile induite par l'article 1315 du Code civil, n'a plus lieu d'être. Elle n'avait d'ailleurs pas lieu d'être si le salarié demandeur, dès le stade de la conciliation, sollicitait une mesure d'instruction.

Si le salarié demandeur laisse passer l'opportunité qui lui est offerte « sur un plateau d'argent » d'utiliser à plein le pouvoir d'investigation du juge, dès le stade du Bureau de conciliation, l'allègement du droit de la preuve en matière de discrimination risque de se retourner contre lui.

Le persuader à l'avance qu'il lui suffit de "présenter", "soumettre", au juge des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte à

(14) Cass. Soc. 28 sept. 2004, STAVS, Dr. Ouv. 2005 p. 65 n. M. Henry.

(15) L'autre arrêt du 25 mai 2005 Hotel Ritz Limited S.A. c. Madame Smilov, Dr. Ouv. sept. 2005 cov. n° 2 est rédigé de manière identique.

(16) A. Johansson, La preuve de l'atteinte au principe « A travail égal, salaire égal » et l'article 1315 du Code Civil, RJS décembre 2005, pages 823 à 828.

(17) Cass. Soc., 31 mars 1978, Bulletin Civil V, n° 267.

l'appui de sa demande, peut en effet constituer un "anesthésiant" lui laissant croire qu'il n'a pas besoin de se battre pour démontrer qu'il a bien été victime d'une discrimination.

Le risque est alors de laisser le champ libre à l'employeur :

– soit pour démontrer que les éléments de fait présentés par le salarié sont inexistantes ou insuffisants, pour permettre au juge d'être convaincu que le salarié était bien victime d'une discrimination ;

– soit, s'arrêtant à mi-chemin, il offre la possibilité à l'employeur par une savante sélection, voire manipulation d'éléments de preuve qu'il a évidemment plus facilement à disposition que le salarié (en matière de discrimination salariale : statistiques, états comparatifs de salaires, états comparatifs de l'évolution de carrière, etc.) d'établir que sa décision a bien été justifiée par des éléments objectifs (compte tenu du flou jurisprudentiel sur cette notion "d'éléments objectifs", ce sera d'autant plus facile) étrangers à toute discrimination.

En réalité, l'utilisation à plein par le salarié demandeur, qui se prétend victime d'une discrimination, des pouvoirs juridictionnels dévolus au juge de la conciliation, permet au salarié discriminé « de porter l'estocade ».

Ainsi, en matière de discrimination syndicale (disparité de salaire, disparité de l'évolution de carrière), la jurisprudence a été amenée à préciser la méthode de comparaison permettant de révéler, le cas échéant, la discrimination syndicale ou encore, la discrimination salariale : il faut procéder à une étude comparative des salaires et des coefficients des représentants du personnel et des autres salariés de l'entreprise ou des salariés entre eux, à diplômes équivalents et même ancienneté, placés dans une situation identique (identité de tâches, de grade, d'expérience, d'ancienneté, etc.) (18). Au titre des mesures d'instruction, le Bureau de conciliation peut ordonner la remise de documents réclamés par le salarié (19). On observera que cette remise ne se confond pas avec la délivrance visée à l'alinéa 2 de l'article R. 516-18 de certificat de travail, de bulletins de paye et de toutes pièces que l'employeur est tenu légalement de délivrer. A l'évidence, la référence à « toutes mesures d'instruction » ouvre un champ très large au juge lorsqu'il ordonne une mesure d'instruction.

La jurisprudence publiée en la matière est encore faible : est-ce dû au manque d'audace ou d'imagination des défenseurs des salariés discriminés, ou au nombre

restreint des décisions de Bureaux de conciliation... ? On peut citer :

• L'affaire *Hamouche et a. c/ Alstom Power Hydro* (20). Cette décision fait expressément référence à l'article L. 122-45 alinéa 4, à l'article R. 516-18, alinéa 4, affirmant : « *Qu'il rentre donc parfaitement dans les attributions et pouvoirs du Bureau de conciliation d'ordonner une mission de conseiller rapporteur lorsqu'il estime que l'affaire n'est pas en état d'être jugée ; Que les demandeurs produisent des éléments de fait susceptibles de caractériser une atteinte au principe de l'égalité de traitement ; qu'il ressort cependant des explications des parties et des pièces produites au débat que l'affaire n'est pas en état d'être jugée* ».

La mission confiée aux deux conseillers rapporteurs désignés est exemplaire :

- transport au siège de l'entreprise,
- vérification des postes de travail, évolution de carrière de chacun des demandeurs,
- examen des dossiers d'entretiens annuels de chacun,
- audition des salariés référents avec obligation de préciser, pour chacun, nature de l'emploi, catégorie, âge, ancienneté, formation, diplômes, qualification, coefficient actuel, niveau de rémunération, promotions avec indication des dates et, éventuellement, la teneur des entretiens annuels le concernant.

Enfin, la mission des conseillers rapporteurs, à caractère général, est d'indiquer tous autres éléments de nature à constituer des éléments de comparaison pertinents entre le demandeur et les salariés de référence. L'audition d'un « sachant » est, en outre, requise.

• L'affaire *Didier & Frascone c/ Goodrich Actuation Systems* (21). Le Bureau de conciliation fait là référence aux dispositions de l'article R. 516-20 du Code du travail, qui donne la marche à suivre lorsque l'affaire « *apparaît en état d'être jugée* » (le demandeur et le défendeur étant présents ou représentés. Ce qui n'était pas le cas pour l'employeur absent, non représenté par une personne dûment mandatée de l'entreprise, l'avocat de l'entreprise étant seulement présent). Le Bureau de conciliation a estimé que l'affaire n'apparaissait pas en état d'être jugée sans la désignation de deux conseillers rapporteurs. Il est alors fait référence aux articles R. 516-21 et R. 516-23 du Code du travail sur la désignation de conseillers rapporteurs et leur mission.

Enfin, le Bureau de conciliation vise l'article R. 516-18, alinéa 4 du Code du travail ordonnant une mesure d'instruction : la mission dévolue aux conseillers

(18) Cass. Crim., 9 novembre 2004, n° 04.81.397, Dr. Ouv. 2005 p. 237 en annexe à E. Fortis "Répression pénale de la discrimination syndicale et écoulement du temps" ; Cass. soc., 4 juillet 2000, Maury c. Sovab, n° 98.44.959.

(19) Cass. Soc., 7 juin 1995, Droit Social 1995 p.838 - Justices 1996 n° 3 Observations E. Dockès.

(20) Conseil de prud'hommes de Grenoble, conciliation-départage, 25 mars 2005, Dr. Ouv. octobre 2005, pages 441-442, note P. Moussy ; on peut citer également au titre des décisions publiées, l'affaire *Blancher c/ Air France*, Conseil de prud'hommes de Villeneuve Saint Georges 25 avril 2004, Dr. Ouv. juin 2005, p. 262.

(21) Conseil de prud'hommes d'Evreux du 29 septembre 2004, RG n° F 04/00314.

rapporteurs est de se transporter au siège de la société à une date fixée dans la décision, d'enjoindre à la société de transmettre au salarié demandeur, avant une date fixée, les contrats de travail, avenants, justificatifs des rémunérations versées (bulletins de paye de décembre pour chaque année), les justificatifs de l'évolution des coefficients des salariés nommément désignés, salariés référents, depuis leur embauche, pouvant permettre une comparaison avec le salarié demandeur.

Le Bureau de conciliation ordonne à la société employeur de mettre à la disposition des conseillers rapporteurs les documents annuels de données sociales lors de l'exécution de leur mesure d'enquête ainsi que « ... tous éléments concernant la politique salariale depuis l'embauche du demandeur ».

• L'affaire *Beaumont C/Goodrich Actuation Systems* Code de procédure civile (22) : Le Bureau de conciliation ne désigne pas de conseiller rapporteur, mais ordonne la communication de renseignements concernant les salariés référents dont la situation serait comparable à celle du salarié demandeur, et qui donne injonction à la société employeur de fournir tous les éléments permettant de connaître l'évolution des coefficients, des postes et des rémunérations versées à ses salariés référents. Le Bureau de conciliation dit que les éléments complémentaires, comme la date d'embauche, le niveau de formation à l'embauche, la formation complémentaire depuis l'embauche, le type de travail exécuté sont aussi à communiquer afin que le Conseil soit complètement éclairé. Le Bureau de conciliation dit que ces éléments doivent être fournis à partir de l'année 1990 jusqu'à ce jour, soit sur quinze années en arrière ; on sait qu'en la matière, malgré les tentatives patronales, la Cour de cassation a maintenu fermement la prescription trentenaire (23). Le Bureau de conciliation a fixé une nouvelle audience de conciliation rappelant la présence obligatoire des parties. Sans l'écrire, mais verbalement, lors de la conciliation, le Bureau de conciliation a signifié que si les éléments requis par sa décision n'étaient pas communiqués avant une date impartie expressément par sa décision (soit quinze jours avant la nouvelle conciliation), il pourrait être alors amené à désigner des conseillers rapporteurs.

En l'espèce, le Bureau de conciliation a utilisé une mesure d'instruction consistant à ordonner à l'employeur la fourniture de renseignements et de documents avant une certaine date sous peine non pas d'astreinte, mais de désignation de conseillers rapporteurs pour mettre l'affaire en l'état avant qu'elle ne soit renvoyée devant le Bureau de jugement.

L'article R. 516-18 rejoint là les exigences posées par l'article L. 122-45, alinéa 4 du Code du travail, permettant

au juge de former sa conviction. Par conséquent, on doit considérer que l'allègement de la preuve en matière de discrimination bénéficiant au salarié, permet au juge conciliateur d'user à plein des pouvoirs juridictionnels d'instruction et de mise en état du dossier qui lui sont dévolus par les articles R. 516-18 et R. 516-20 et suivants du Code du travail.

Enfin, il faut relever une décision de la Cour de cassation du 4 octobre 2005 qui confirme l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 13 septembre 2001 qui a ordonné une mesure d'expertise aux frais de l'employeur pour rechercher la preuve incombant à l'employeur des éléments objectifs éventuellement étrangers à la discrimination avancée par le salarié, pouvant justifier la disparité constatée (24).

* * *

Il faut aller plus loin et étendre les pouvoirs juridictionnels d'instruction du Bureau de conciliation à l'ensemble des discriminations visées, notamment celles figurant à l'article L. 122-45 du Code du travail :

– discrimination pour raisons de santé : pourquoi ne pas entendre le médecin du travail, le médecin traitant, accéder au dossier médical du salarié discriminé, recourir à l'avis de médecins experts entendus en qualité de « sachants », etc. ;

– discrimination en raison du sexe ou de l'orientation sexuelle : le Bureau de conciliation peut décider l'audition de salariés ayant côtoyé le/la salarié(e) discriminé(e), la hiérarchie de celui-ci, audition naturellement contradictoire en présence de l'intéressé(e) ;

– discrimination en raison de l'origine, de la race, etc. : sans aller jusqu'au « testing » pourquoi le Bureau de conciliation n'effectuerait-il pas un transport sur le lieu, ne se ferait-il pas remettre des documents relatifs à l'embauche, ne procéderait-il pas aux auditions de personnes mises en cause ayant maltraité ou discriminé le salarié en question... ?

En la matière, le champ d'investigations dévolu au juge pour lui permettre de se forger sa conviction est très vaste, pour ne pas dire « illimité ». Si le salarié ou son représentant, son avocat, ne sont pas imaginatifs, la discrimination positive quant à la preuve en matière de discrimination restera « lettre morte ». Il y aura alors fort à parier qu'après la loi de cohésion sociale, de dialogue social (Vous avez dit cohésion ? Vous avez dit dialogue ?), une loi « nouvelle discrimination » enterre définitivement les règles de preuve allégées pour le salarié en matière de discrimination et cela sans que le droit communautaire ne puisse plus constituer un garde-fou suffisant.

Eric Baudeau

(22) Conseil de prud'hommes d'Evreux du 6 avril 2005.

(23) Cass. Soc. 15 mars 2005, Dr. Soc. 2005 p. 827 ; M. Grévy "Réflexions autour de la sanction des droits fondamentaux en droit du travail" Dr. Ouv. 2006 p. 114.

(24) Cass. Soc., 4 octobre 2005, n° 03.45.491, n° 1754 F-D.