

Le nouveau régime probatoire applicable aux discriminations

par Michel HENRY,
Avocat au Barreau de Paris

La lutte contre les discriminations ne pouvait qu'échouer à l'épreuve du contentieux tant que l'on imposait aux salariés d'administrer la preuve d'une intention discriminatoire, c'est-à-dire de la volonté de l'employeur de prendre en compte un critère de distinction illicite.

La preuve est le premier des handicaps sur le chemin de la justice. Sans preuve, pas de droit. L'adage "*indem est non esse et non probari*" n'a jamais été aussi vrai que dans le domaine des discriminations.

De la loi Moisant en 1956 (L 412-2 CT) à la première ordonnance Peugeot (CPH Paris 4 juin 1996, Hennequin et a., Paris XVIII^{ème} C, 21 fév. 1997, DO p224, Note JM Verdier), début d'un changement d'approche probatoire, plus de quarante ans se sont écoulés durant lesquels les condamnations civiles et pénales des discriminations syndicales ne peuvent se compter que par quelques dizaines. Dans le même temps, chaque militant savait qu'en affichant son appartenance syndicale, il faisait en même temps un choix de carrière.

L'impunité des discriminations dans l'emploi était assurée par un régime de preuve qui posait pour principe premier que le chef d'entreprise était libre, dans l'exercice de son pouvoir de direction, et "*sauf discrimination injustifiée*" de décider pour chaque salarié des augmentations de rémunération qui ne lui sont pas imposées par le contrat individuel ou collectif ou par la loi. Comment prouver dans ces circonstances, sauf improbable bévue, que l'employeur avait pris en considération un critère illicite pour arrêter son choix.

La jurisprudence y parvenait parfois en présence d'un écart manifeste de traitement par rapport aux collègues de travail, en relevant à la fois la concomitance de cette situation avec le début de l'activité syndicale et l'incapacité de l'employeur à fournir des explications crédibles et pertinentes.

Trois facteurs se sont conjugués pour faire évoluer le régime probatoire des discriminations :

– l'évolution de la jurisprudence de la CJCE à partir de 1986 en matière d'égalité entre les hommes et les femmes.

En posant pour principe que l'égalité est un objectif communautaire que les Etats membres doivent s'efforcer d'atteindre, la CJCE a progressivement renversé la logique ancienne. Si l'égalité est la norme, les situations qui s'en écartent sont suspectes et il devient, dès lors, légitime d'opérer des correctifs probatoires pour faciliter la mise en œuvre du principe d'égalité.

La directive communautaire du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discriminations fondées sur le sexe consolidera cette évolution.

– l'arrêt Ponsolle en 1996 a consacré la généralité de la règle "*à travail égal, salaire égal*" et par la même du principe d'égalité de traitement en matière de rémunération.

Dès 1998, la jonction entre le principe d'égalité et la preuve de la discrimination syndicale sera établi à l'occasion de l'affaire Chatet.

– Enfin, la Cour de Cassation va faire expressément référence, à partir de 1999, au "*principe d'égalité de traitement*" dans les relations de travail, principe dont certains décelaient, à juste raison, l'activité sous-jacente et épisodique depuis au moins 1987 (cf. P. Rongere, DS 90 p100 "*À la recherche de la discrimination introuvable*").

Ainsi, l'égalité est-elle devenue la norme et les situations qui s'en écartent constituent, au moins en apparence, des discriminations, ce qui justifie un déplacement de la charge de la preuve. Le fait à prouver n'est plus la discrimination mais la légitimité de la différence de traitement.

L'histoire pourrait aussi être lue à l'envers : en ce cas, ce serait le souci d'infléchir le régime probatoire des discriminations pour assurer l'effectivité de la loi et chasser l'arbitraire qui aurait entraîné le Juge à se réclamer d'une norme, le principe d'égalité, qui pouvait seule justifier sa démarche et d'une certaine façon créer cette norme en la généralisant à l'égalité de traitement jusqu'alors cantonnée aux discriminations sexistes.

Il y aurait là une nouvelle illustration de l'influence des règles de preuve, qui sont au confluent des règles de forme et des règles de fond, sur la substance même du droit.

Passé-t-on alors insensiblement d'un droit à la non-discrimination à un droit à l'égalité dans les relations de travail ?

Poussée à ses limites, l'évolution actuelle pourrait conduire, sauf en matière pénale où l'existence d'un critère illicite reste un élément constitutif de l'infraction, à considérer que la seule référence au droit à l'égalité de traitement est un principe actif suffisamment efficient pour fonder une action en justice ; qu'en d'autres termes, la violation de ce principe serait en soi une discrimination susceptible d'être sanctionnée. Tel est déjà le cas dans tous les domaines où la décision incriminée ou le comportement critiqué a une incidence sur la rémunération du salarié.

Si tel était le cas, il faudrait certainement s'en réjouir car l'engouement récent pour le concept de discrimination conduit à un régime de protection fondé sur le morcellement de la collectivité sociale en catégories d'individus où chacun doit se revendiquer d'une singularité physique, familiale, ethnique, de mœurs, politique, syndicale... pour prétendre ne pas être moins bien traité qu'une population de référence, elle-même d'ailleurs nécessairement composite.

L'existence de dispositions spécifiques relatives aux discriminations n'en reste pas moins nécessaire.

Elles identifient clairement un certain nombre de critères de distinction interdits, instaurent un régime de sanctions renforcées, fondé sur la nullité et elles couvrent, dans la vie professionnelle, un éventail de situations plus large que le principe d'égalité de traitement dont la mise en œuvre pratique nécessite de prendre appui sur la méthode comparative parfois impossible à utiliser, par exemple, en cas de discrimination à l'embauche.

Avant de revenir sur la portée des nouvelles règles probatoires (2^{ème} partie) on dressera l'état actualisé du régime légal et jurisprudentiel de la preuve de discrimination (1^{ère} partie).

I.

L'ÉTAT ACTUEL DU RÉGIME LÉgal ET JURISPRUDENTIEL DE LA PREUVE DES DISCRIMINATIONS

1.1 - Les sources et les fondements de l'évolution du nouveau régime probatoire

1.1.1 - Le déplacement progressif des règles de preuve est venu de la jurisprudence communautaire en matière d'égalité entre les hommes et les femmes (égalité de traitement : article 119 du traité ; égalité de rémunération : directive 75/117).

En posant pour principe que l'égalité est un objectif communautaire que les États membres doivent s'efforcer d'atteindre en adoptant les mesures appropriées, la CJCE a progressivement renversé la logique ancienne.

Il était dès lors légitime de définir des correctifs probatoires pour faciliter la mise en œuvre effective du principe d'égalité. La CJCE va s'y employer à partir de 1986 à l'occasion de l'affaire Bilka (CJCE, 13 mai 1986 Bilka aff. 170-84 rec. 607). La différence de rémunération constatée viole le principe d'égalité, à moins que l'entreprise n'établisse que ladite mesure s'explique par des facteurs objectifs justifiés et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe.

Viendront ensuite les arrêts Danfoss (CJCE 17.10.1989 aff. 109/88) puis Enderby (CJCE 27.10.93 aff. 127/92). Les correctifs probatoires, initialement retenus en présence de système de rémunération opaque vont être étendus à toutes les situations de discrimination apparentes, imposant à l'employeur de démontrer qu'il existe des raisons objectives à la différence de traitement constatée (sur l'ensemble de ces aspects, voire l'article de Marie-Thérèse LANQUETIN p.186).

1.1.2 - La directive européenne 97/80/CE

Partant du constat que malgré les efforts de la jurisprudence, la principale source de difficulté dans la mise en œuvre du principe d'égalité homme/femme restait d'ordre probatoire, le Conseil des Ministres du Travail et des Affaires Sociales de l'Union Européenne a adopté, le 15 décembre 1997, après plusieurs tentatives infructueuses, une directive (97/80/CE) relative à la charge de la preuve dans les discriminations fondées sur le sexe (Dr. Ouv. 1998, p.313).

La loi française ne comportait aucune disposition en matière d'égalité de traitement (si ce n'est l'article 119 du traité). Elle affirmait le principe de l'égalité de rémunération pour un même travail ou un travail de valeur égale entre les hommes et les femmes, assorti d'un régime probatoire corrigé (L 140.8).

La directive, qui ne s'applique pas aux procédures pénales, comporte deux avancées majeures :

– elle définit la notion de discrimination indirecte que la jurisprudence française ne reconnaît presque jamais :

“Une discrimination indirecte existe lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre affecte une proportion nettement plus élevée de personnes d'un sexe, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit appropriée et nécessaire et ne puisse être justifiée par des facteurs objectifs indépendants du sexe des intéressés”.

– elle consacre un aménagement adéquat des règles concernant la charge de la preuve qui n'est pas suffisamment réalisé dans les États membres :

“Dès lors qu’une personne s’estime lésée par le non respect à son égard du principe de l’égalité de traitement et établi, 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.”

Les états membres ont jusqu’au 1^{er} janvier 2001 pour transposer cette directive.

1.1.3 - Sans attendre l’intervention du législateur, la Chambre Sociale de la Cour de Cassation a d’abord remis en cause les principes probatoires qu’elle appliquait, dans le domaine de l’égalité homme/femme à l’occasion d’une affaire opposant une salariée, Mme Seillier au Commissariat de l’Energie Atomique (Soc. 23/11/99. 97.42.940 P+F DO 2000 p. 104) à qui elle reprochait de n’avoir obtenu aucun avancement dans sa classification depuis 1978.

“Il appartient à la salariée qui se prétend lésée par une mesure discriminatoire de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de caractériser une atteinte au principe d’égalité de traitement entre homme et femme. Il incombe à l’employeur, s’il conteste le caractère discriminatoire de cette mesure, d’établir que la disparité de situation ou la différence de rémunération constatée est justifiée par des critères objectifs étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe.”

La Chambre Sociale réécrit ici l’article L 140.8 CT relatif à la charge de la preuve en matière d’égalité de rémunération, sans dénaturation, mais en soulignant que la charge de la preuve incombe à l’employeur, ce qui, dans le texte, se déduisait seulement du fait qu’il supportait le risque de la preuve, c’est-à-dire les conséquences du doute.

Le résultat est d’ailleurs décevant puisque la Cour de Cassation rejette le pourvoi en se retranchant derrière le fait que l’avancement intervenait aux choix au sein du CEA et que la salariée ne produisait pas d’élément susceptible d’établir la discrimination.

1.1.4 - En matière de discrimination syndicale, la Chambre Sociale a procédé à une construction parallèle et identique à partir de l’affirmation de la généralité du principe *“à travail égal, salaire égal”* (Soc. 29.10.96 Delzongle c/ Ponsolle Dr. Ouv. 1997 p. 149 note Pascal Moussy).

Elle a établi une passerelle entre violation du principe d’égalité de rémunération et suspicion de discrimination syndicale dans l’affaire Chatet en approuvant la Cour d’Appel d’avoir déduit du fait que ce délégué syndical accomplissait avec un coefficient identique, une même qualification et une ancienneté comparable, le même travail que les autres salariés de l’atelier mais percevait une rémunération moindre que celle allouée à ces derniers et que l’employeur ne donnait aucune explication à cette différence de traitement, la preuve

qu’il était victime d’une discrimination syndicale (Cass. Soc. 15/12/98 AUBIN c/ Chatet, DO 99 p. 169, note H. PESCHAUD).

Puis, à l’occasion de l’affaire FLUCHERE (Soc. 28 mars 2000 Fluchere c/ SNCF Dr. Ouv. 2000 p. 176). La Chambre Sociale décidait, pour la première fois, de transposer les principes du nouvel équilibre probatoire affirmé dans l’affaire SEILLIER au domaine des discriminations syndicales.

“Il appartient au salarié syndicaliste qui se prétend lésé par une mesure discriminatoire de soumettre au juge les éléments de fait susceptibles de caractériser une atteinte au principe d’égalité de traitement. Il incombe à l’employeur, s’il conteste le caractère discriminatoire du traitement réservé au syndicaliste, d’établir que la disparité de situation constatée est justifiée par des éléments objectifs, étrangers à toute discrimination fondée sur l’appartenance à un syndicat”.

La Chambre Sociale ajoute que le juge doit vérifier les conditions dans lesquelles la carrière du salarié s’est déroulée, ce qui signifie aussi qu’il peut ordonner à l’employeur la production d’éléments nécessaires à la solution du litige.

Elle souligne enfin que la preuve de la discrimination n’incombe pas au salarié, ce qui signifie implicitement que le doute lui profite.

Cette décision marque une rupture majeure avec la jurisprudence antérieure qui exigeait la preuve du fait discriminatoire (Soc. 21 janvier 1998 Besnainou c/ BNP précité ; 31 mars 1998 97.82.830 CFTD des Travailleurs des Industries Métallurgiques et Minières de la Région Caennaise c/ Joseph).

Le renversement de la logique probatoire sera ensuite confirmé dans l’affaire Verdome (Soc. 4 juillet 2000 DS 9/10 p.919).

L’arrêt rendu dans cette affaire présente deux aspects intéressants :

- la Chambre Sociale reprend la formulation de l’arrêt Fluchere mais ajoute une précision selon laquelle la disparité constatée doit être justifiée par des éléments objectifs *“étrangers à toute discrimination”*. L’arrêt précise, pour que les choses soient bien claires que l’employeur ne fournissait aucun élément de nature à établir que la situation professionnelle du salarié *“était la seule cause de la disparité constatée”*.

- en ce qui concerne l’évaluation de l’aptitude du salarié à occuper le poste revendiqué, le niveau d’aptitude du salarié, M. Gisbert, ne répondait pas entièrement à la définition conventionnelle de l’OP3 car il ne savait pas remplir toutes les fonctions visées dans la classification conventionnelle, ce qui est habituel. L’employeur s’en prévalait pour justifier son refus de lui accorder le niveau hiérarchique correspondant. La Cour d’Appel est approuvée d’avoir écarté cet argument en comparant l’aptitude du salarié vérifiée par

des tests avec celle de ses collègues et non pas avec la définition abstraite d'une classification conventionnelle.

Les mêmes principes sont étendus aux discriminations salariales visant des salariés "ordinaires", ceux qui ne se prévalent que du principe d'égalité de salaire (Soc. 10/10/00 Société L'Oréal c/ Hanafi, RJS 12.00 n° 1253).

Enfin, l'arrêt rendu par la Chambre Sociale dans l'affaire Harba apporte une précision sur les caractéristiques du groupe de comparaison. Celui-ci n'a pas à être homogène. L'existence de différences de salaire entre les hommes, semblables à celles constatées entre la salariée et certains de ces collègues de sexe masculin ne pouvait justifier une violation de principe d'égalité. Ainsi, le système comparatif peut fonctionner même quand les rémunérations sont anarchiques au sein d'un groupe (Cass. Soc. 28 Nov. 2000 DO Mars 2001 p. 116 note Michel Miné).

1.1.5 - La proposition de loi "relative à la lutte contre les discriminations" en cours d'adoption procède à l'unification du régime probatoire des discriminations sexistes et de celles visées à L 122.45 CT dont le champ d'application sera étendu aux procédures de recrutement et à tous les domaines de la vie professionnelle.

"En cas de litige relatif à... le salarié concerné ou le candidat à un recrutement 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".

1.2 - Les nouveaux équilibres probatoires

Les nouvelles règles probatoires n'ont pas simplement modifié la charge de la preuve, elles en ont déplacé l'objet.

- Le salarié n'a pas à prouver le fait discriminatoire. Il lui incombe seulement de produire des éléments justifiant d'une différence de traitement. L'allégation doit être crédible, c'est-à-dire documentée ou argumentée de telle sorte que la différence de traitement invoquée soit susceptible de constituer en apparence une discrimination.

La proposition de loi et la jurisprudence actuelle sont moins exigeantes que la directive en ce qu'elles imposent au salarié, non pas qu'il établisse des faits qui permettent de présumer une discrimination, mais qu'il "soutienne au juge des éléments de fait". Il s'agit donc, pour le salarié, d'invoquer des faits mais non de les prouver. Si les éléments produits par le salarié apparaissent insuffisants pour "établir" la différence de traitement, le

juge prendra le relais dans la recherche des preuves en usant, à cet effet, de ses pouvoirs d'investigation pour ordonner, si nécessaire, la production d'éléments d'appréciation complémentaires, détenus par l'employeur. La carence de celui-ci, c'est-à-dire sa réticence à apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité (article 10 C. Civ.) ajoutera du crédit aux allégations du salarié.

Le salarié qui entendrait conforter les éléments produits à l'appui d'une procédure au fond pourrait faire usage préalablement du référé de l'article 145 du NCPC pour préconstituer des éléments de preuve.

L'employeur, de son côté, sera tenu de prouver, dès lors qu'ils sont contestés, les faits objectifs qui sont de nature à établir que la mesure critiquée ne viole pas une norme à laquelle il avait le droit de se référer.

En pratique, l'employeur s'emploiera, la plupart du temps, à contester que le salarié puisse se prévaloir, par la méthode comparative, d'avantages octroyés à un certain nombre de salariés du groupe témoin.

Le risque de la preuve, c'est-à-dire les conséquences du doute, sera supporté par celle des parties qui a été incapable d'emporter la conviction du juge relativement aux faits qu'il avait la charge d'établir.

Le salarié succombera s'il ne parvient pas à établir la réalité d'une différence de traitement. L'employeur succombera s'il ne parvient pas à justifier la différence de traitement constatée.

- Le champ d'application de la nouvelle jurisprudence s'applique spécifiquement aux discriminations en matière de carrière et de rémunération.

Elle est cependant transposable à toute discrimination dans les cas envisagés par L 122.45 CT.

Toutefois, le champ d'application du principe de non discrimination ne se limite pas à la carrière et aux rémunérations. La discrimination peut s'exprimer par des moyens de pression, des propos péjoratifs, des actes de harcèlement ou des sanctions disciplinaires. Elle peut même être constituée par un acte apparemment neutre comme un licenciement économique.

Dans tous ces cas, le scénario probatoire mis au point par la chambre sociale sera difficile à transposer : le salarié va devoir, demain comme hier, faire la preuve, pour autant qu'ils soient contestés, des faits qu'il allègue à l'appui du grief de discrimination. Le fait discriminatoire est souvent difficile à établir lorsque la discrimination est masquée par un acte de gestion. Si le salarié s'acquitte de ses obligations probatoires, c'est-à-dire s'il fait la preuve du caractère arbitraire des mesures critiquées, il aura en même temps fait la preuve de la discrimination.

La loi le prévoit expressément dans le cas où le licenciement fait suite à une action en justice sur la base de l'égalité professionnelle entre des hommes et des femmes. Ce licenciement est réputé discriminatoire et

nul lorsque le Juge estime le licenciement sans cause réelle et sérieuse. Le ou la salarié(e) n'est dans ce cas pas tenu d'établir l'existence d'une causalité entre l'action en justice et le licenciement. Le texte de l'article L 123.5 CT dont la rédaction est un peu maladroite, doit s'entendre, conformément au principe qui l'a inspiré, comme sanctionnant par la nullité le licenciement sans cause réelle et sérieuse consécutif à une action en justi-

ce engagée sur le fondement des dispositions relatives à l'égalité professionnelle (cf. Soc. 28 nov. 2000 précité).

Les mots *"et constitue en réalité une mesure prise par l'employeur à raison de l'action en justice"* exprime un axiome, une déduction admise sans démonstration et non pas une condition causale et supplémentaire à la mise en œuvre de la nullité.

II.

LA PORTEE DES NOUVELLES REGLES

2.1 - Le domaine du droit pénal

2.1.1 - La plupart des discriminations sont réprimées pénalement.

C'est le cas de la discrimination syndicale prévue à l'article 412.2 CT et réprimée par l'article 481.3 CT.

Ce délit est souvent difficile à distinguer des infractions d'entrave à l'exercice ou aux fonctions de... et au délit d'entrave à l'exercice du droit syndical, de telle sorte que l'on se trouve fréquemment en situation de cumul réel ou de cumul idéal d'infraction.

Ainsi :

"Toute mesure abusive de discrimination prise par l'employeur contre un représentant syndical (au CE) à raison de sa fonction, porte atteinte au libre exercice de ladite fonction (et) constitue nécessairement une entrave au fonctionnement régulier du CE" (Cass. Crim. 10.12.70 Bull. Crim. 336).

Néanmoins le délit de discrimination syndicale trouve spécifiquement à s'appliquer dans les circonstances où les militants syndicaux sont victimes de mesures défavorables dans leurs conditions de travail et leurs perspectives de carrière.

Les mandats occupés par ces militants ne constituent alors qu'un simple mode de preuve du militantisme mais non un élément constitutif du délit.

En matière d'atteinte directe : sanction, licenciement, rétrogradation, isolement ou harcèlement, la Chambre Criminelle admet la référence à la notion d'égalité de traitement pour caractériser la discrimination. Ainsi, une même faute ne peut-elle justifier des sanctions différentes entre plusieurs salariés. Elle doit être sanctionnée de manière égale (Cass. Crim. 7 février 1989 Bull. 54).

En dehors de cette hypothèse disciplinaire où la méthode comparative pouvait être utilisée d'une manière simple, la Chambre Criminelle avait, jusqu'à présent, refusé de l'appliquer explicitement dans le domaine de l'évolution de carrière (Cass. Crim. 8 mars 1984 CFDT Métaux C/ IBM France ; Discrimination dans la carrière des délégués Manuela Grévy DS 1994 n° 11 p. 884).

En vertu du principe selon lequel le doute profite à celui qui est accusé, la répression des discriminations est encore plus difficile en matière pénale. Néanmoins, une évolution se dessine.

2.1.2 - L'arrêt Fort (Crim. 14 juin 2000 CFDT INTERCO c/ Fort, DR. OUV. sept. 2000, couv. n°5) marque un changement de perspective du Juge Pénal, qui adopte à son tour la méthode comparative.

S'agissant d'un militant, la Chambre Criminelle fait grief à la Cour d'Appel de Lyon de n'avoir pas *"notamment par étude comparative à diplôme universitaire équivalent et même ancienneté"*, vérifié *"si le salarié n'avait pas subi un blocage de carrière, c'est-à-dire une discrimination."*

Cette décision exige aussi que l'employeur apporte la *"pleine justification"* de la différence de traitement en soulignant que le délit de l'article L 412.2 CT était établi *"même si la discrimination n'a pas été le motif exclusif des mesures prises"* (idem Cass. Crim. 15 février 1994 RJS 6194.713 ; 29 mars 1994 Cochard DO 1995 p.211).

On retrouve en termes identiques cette formule dans des arrêts anciens (Cass. Crim. 28.11.78 Bull. Crim. 336 ; Cass. Crim. 16.01.90 Dr. Pén. 1990 Comm. 172).

Elle peut s'exprimer en termes voisins lorsque la Chambre Criminelle retient que l'initiative de l'employeur a été déterminée *"au moins pour partie par l'activité syndicale des intéressés"* (Cass. Crim. 5.01.77 Dr. Ouv. 1978 p. 33 Bull. Crim. 9).

La discrimination doit donc être étrangère à la mesure critiquée.

L'arrêt rendu sur renvoi par la Cour d'Appel de Chambéry le 29 mars 2001 retient la culpabilité de l'employeur en faisant application de ces principes. La Cour s'appuie d'une part sur la présomption de discrimination qui résulte de la concomitance entre le blocage de l'évolution de carrière et la désignation du militant comme délégué syndical d'autre part, sur le fait qu'en présence d'une telle présomption, l'employeur ne démontrait ni que les autres salariés *"à diplômes équivalents, anciennetés similaires"* ont subi la même mesure

ni que ce gel de carrière "soit la conséquence de l'insubordination et de l'insuffisance professionnelle alléguée" (Chambéry 29 mars 2001 FORT c/ MP, UD CFDT du Rhône et syndicat CFDT INTERCO).

2.1.3 - Reste enfin la question, délicate en matière pénale, du risque de la preuve.

La présomption d'innocence doit-elle conduire à la relaxe en cas de doute ?

Assurément, si le doute porte sur la différence de traitement.

Par contre, si l'incertitude du juge est la conséquence de l'incapacité de l'employeur à apporter la pleine justification de la mesure défavorable incriminée, il conviendra de considérer que l'employeur n'a pas fait la preuve qui lui incombait du fait justificatif de la différence de traitement (Chambéry 29 mars 2001 précité).

2.2 - Du principe d'égalité de traitement au droit à l'égalité de traitement

2.2.1 - Existe-t-il un droit général à l'égalité de traitement dans les relations de travail ?

La Chambre Sociale avait déjà, par le passé, fait référence au principe d'égalité en l'absence de tout critère discriminatoire et à l'égard de salariés non protégés : ainsi en matière de salaire (Soc. 10.12.1987 Flornic Schlumberger C/ Celik Droit Ouvrier 1989 p. 36) ou à propos de sanctions disciplinaires (Soc. 1.12.1988 Banco Pinto et Sotto Mayor C/ Dos Santos P. Rongere DS 90).

La discrimination résultait de la seule différence de traitement à l'égard de salariés placés dans une situation identique.

La référence depuis les arrêts Seillier et Fluchere au "principe d'égalité de traitement" signifie-t-elle qu'il ne reste plus de la définition de la notion de discrimination que ce que Danièle Loschak appelait sa "structure invariante", c'est-à-dire "une différence de traitement arbitraire" sans référence nécessaire, sauf en matière pénale, au fait que "la distinction, l'exclusion, la préférence ou la restriction, c'est-à-dire l'inégalité de traitement soient fondées sur un motif interdit" (convention 111 de l'OIT du 25 juin 1958 relative à la discrimination en matière d'emploi et de profession).

Peut-on affirmer qu'il existerait non pas simplement un principe d'égalité de traitement mais une règle de droit susceptible d'être invoquée directement par le salarié.

Gérard Couturier ne le pense pas : "il n'existe pas de principe imposant de façon générale l'égalité de traitement entre les salariés", ajoutant "la similitude des situations n'implique pas d'elle-même la similitude des solutions" pour conclure que la discrimination implique

l'illicéité intrinsèque du critère en fonction duquel est opérée la distinction ou tout au moins une exigence particulière d'égalité de traitement (DS 2000 p.185 et s. Négociation d'établissement et discriminations entre les salariés).

Il n'est pas certain que cette analyse ne soit pas contredite par les arrêts les plus récents.

En tout cas l'illicéité du critère est présumée, sauf preuve contraire, lorsque le salarié se trouve dans l'une des situations envisagée par un texte protecteur contre les discriminations.

Au-delà des cadres définis par L 122-45 et par les règles relatives à l'égalité entre hommes et femmes, la jurisprudence paraît non seulement s'être appuyée sur le principe d'égalité de traitement comme guide d'interprétation des textes mais avoir, en outre, affirmé un droit à l'égalité.

Affirmer l'existence du principe d'égalité dans les rapports homme et femme suppose nécessairement la reconnaissance de la généralité du principe entre tous les salariés quelque soit leur sexe. Selon la même logique, la prohibition par l'article L 122.45 CT des discriminations à raison des mœurs, du droit de grève ou des opinions politiques... implique que soit également considéré comme discriminatoire le fait de sanctionner un salarié parce qu'il n'est pas homosexuel, parce qu'il n'a pas fait grève ou parce qu'il n'est pas marxiste-léniniste.

Plus généralement, l'employeur doit-il se justifier d'avoir ou de ne pas avoir accordé le bénéfice d'une mesure favorable à l'un plutôt qu'à l'autre lorsque la différence de traitement ne tombe sous le coup d'aucune interdiction de principe ni par la nature de la distinction, ni par le domaine dans lequel elle opère.

La réponse, encore incertaine, est peut-être affirmative si l'on en juge par ces deux décisions récentes :

- l'une qui reconnaît le droit à tout salarié de revendiquer le bénéfice d'un avantage consenti à d'autres salariés placés dans la même situation sans autre considération liée à la situation personnelle du demandeur.

"Si l'employeur peut accorder des avantages particuliers à certains salariés, c'est à la condition que tous les salariés de l'entreprise placés dans une situation identique puissent bénéficier de l'avantage ainsi accordé et que les règles déterminant l'octroi de cet avantage soient préalablement définies et contrôlables au moment des résultats" (Cass. Soc. 18.1.2000 Renault France Automobile C/ Fleury et a. Bull. V n°25).

- L'autre qui identifie une différence de traitement à une discrimination avant même d'examiner la question de savoir s'il s'agissait d'une discrimination syndicale.

"La Cour d'Appel a relevé d'une part que Mme Bujard était la seule parmi les salariés ayant la même qualification à ne pas avoir progressé dans les échelons, ce qui caractérisait l'existence d'une discrimi-

mination et, d'autre part, que cette différence de traitement n'était pas imputable à l'insuffisance professionnelle de la salariée et avait débuté lors de sa désignation en qualité de déléguée syndicale... qu'elle a pu en déduire que la discrimination dont Madame BUJARD avait fait l'objet était liée à son appartenance syndicale" (Soc. 11.10.2000 RVI C/Bujard n°3758 DO nov. 2000, couv. n°5).

2.2.2 - L'action en discrimination est parfois susceptible de consacrer de nouvelles sources de droit.

L'action en discrimination fondée sur le principe d'égalité de traitement peut parfois constituer une technique probatoire en soi permettant de revendiquer le bénéfice d'avantages qui ne peuvent se réclamer d'aucune des catégories juridiques directement créatrices de droit positif, à savoir une règle écrite, un usage ou un engagement unilatéral.

Si le droit revendiqué pouvait être établi par le salarié, il suffirait qu'il s'y réfère. Par contre, si l'avantage

n'est démontré que par son application à d'autres, le recours à la notion de discrimination permet d'imposer à un employeur d'accorder à tous ceux qui sont dans la même situation le bénéfice d'avantages octroyés de manière discrétionnaire à certains et par là-même d'établir l'existence d'une norme commune par référence à sa répétition discrétionnaire individuelle.

Le système permet par exemple de revendiquer *"le bénéfice des promotions... normalement et habituellement accordées à la quasi totalité du personnel dont (le) salarié faisait partie"* (Soc. 16.12.1985 Commet n°4534 S Droit Ouvrier 1986 p. 313).

L'invocation d'une discrimination deviendrait ainsi, si la généralisation du principe d'égalité de traitement était établie, un mode spécifique d'approche contentieuse permettant de revendiquer le bénéfice d'avantages par la seule méthode comparative.

Michel HENRY