

Paris, le 6 novembre 2020

---

## **Décision du Défenseur des droits n°2020-211**

---

### **La Défenseure des droits,**

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

---

Vu la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;

Vu la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ;

Vu la 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 ;

Vu la directive 2006/54 du Parlement et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail,

Vu la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations ;

Vu le code du travail ;

Saisie d'une réclamation de Madame X relative aux difficultés qu'elle rencontre dans l'exercice de ses activités professionnelles en lien avec ses activités syndicales, son âge et son sexe et aux difficultés d'accès à la preuve rencontrées devant le Conseil de prud'hommes de Y.

Décide de présenter ses observations devant la Cour d'appel de Y.

Claire HÉDON

**Observations devant la Cour d'appel de Y dans le cadre de l'article 33 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011**

**Rappel des faits :**

1. Le 18 juin 2019, le Défenseur des droits a été saisi par Madame X d'une réclamation concernant les difficultés qu'elle rencontre dans l'exercice de ses activités professionnelles, en lien avec ses activités syndicales, son âge et son sexe.
2. Madame X a été embauchée par la banque Z à compter du 2 avril 1991, en qualité d'organisateur conseil confirmé au sein de la direction des ressources groupe. Ce service conseille les pôles d'activités et la direction centrale.
3. Elle est recrutée en tant que chef de service et se voit proposer une rémunération annuelle d'un montant brut de 270 150 francs.
4. A compter du 2 décembre 1993, Madame X détient un mandat de déléguée du personnel suppléante.
5. A compter du 1<sup>er</sup> décembre 1994, Madame X est désignée permanente syndicale au sein du Syndicat National des Banques (SNB).
6. A compter de janvier 1997 et jusqu'en juillet 2013, elle occupe à temps plein le mandat de secrétaire du comité d'établissement des services centraux Y.
7. A l'issue du mandat de secrétaire du comité d'établissement des services centraux Y en juillet 2013, Madame X détient les autres mandats suivants :
  - Membre du comité de groupe depuis le 12 juin 2012 ;
  - Déléguée du personnel titulaire et membre titulaire du comité d'établissement des services centraux Y depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2013.
8. Madame X allègue avoir subi un retard dans l'évolution de sa carrière, de faibles augmentations salariales, un harcèlement discriminatoire et une tentative de licenciement, fondés sur l'exercice de ses mandats syndicaux, de son sexe et de son âge.
9. C'est dans ce contexte qu'elle saisit le Conseil de prud'hommes de Y.
10. Au soutien de sa saisine, Madame X sollicite devant le bureau d'orientation et de conciliation, sur le fondement de l'article R.1454-14 du code du travail, la liste nominative de tous les salariés présents au 31 décembre 1991 et encore présents en 31 décembre 2013 exerçant leur activité professionnelle au siège social au niveau cadre (minimum H) ayant un Bac+5 à l'embauche ainsi que pour chacun d'entre eux les informations suivantes : leurs dates de passage de coefficient, niveau et classification, leur rémunération brute annuelle en distinguant tous les éléments de leur rémunération (salaire de base, primes et indemnités de n chaque nature), ainsi que les bulletins de paie correspondants de 2013 à 2017.
11. Par décision du 21 mars 2018, le bureau de conciliation rejette la demande, au motif qu'il existe une contestation sérieuse qui nécessite un examen au fond, et renvoie l'affaire à l'audience de jugement du 26 novembre 2018.
12. La réclamante a interjeté appel de cette décision, objet de la présente décision.

13. Par la suite, dans sa décision du 26 novembre 2018, le bureau de jugement déboute Madame X de sa demande de communication, estimant qu'elle n'a produit aucun élément de fait, que la demande est destinée à contourner les règles de preuves et que la communication de pièces n'est pas assimilable à une mesure d'instruction.
14. Le Défenseur des droits entend rappeler les principes du droit d'accès à la preuve et de prescription applicables en matière de droit de la non-discrimination.

#### **Cadre juridique :**

##### **1) L'accès à la preuve, préalable obligatoire à l'accès aux droits en matière de discrimination**

#### **La charge de la preuve**

15. Par la loi du 27 mai 2008 complétant la transposition en droit interne des directives européennes luttant contre les discriminations, amendée par la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle du 18 novembre 2016, le législateur a mis en place un régime juridique unifié couvrant tous les critères de discrimination interdits par la loi.
16. Ainsi, si l'activité syndicale n'est pas un critère de discrimination prohibé par le droit de l'Union européenne, le régime juridique mis en place par le législateur français fait bénéficier tous les critères de discrimination interdits par le droit français du même régime juridique.
17. Le salarié qui allègue une pratique discriminatoire à son encontre a franchi une première étape : la suspicion que des actes, des décisions ont été prises contre lui, en raison d'un critère prohibé, qui l'ont placé dans une situation défavorable.
18. La seconde étape qu'il doit franchir est d'établir des « éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination ». Pour cela, il peut avoir besoin de recourir à une comparaison avec d'autres salariés.
19. La définition de la discrimination directe à l'article 1 de la loi du 27 mai 2008 inscrit la discrimination dans l'inégalité de traitement entre une personne et une ou plusieurs autres placées dans des situations comparables :

*« constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son origine, de son sexe, de sa situation de famille, de sa grossesse, de son apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son patronyme, de son lieu de résidence ou de sa domiciliation bancaire, de son état de santé, de sa perte d'autonomie, de son handicap, de ses caractéristiques génétiques, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales, de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une prétendue race ou une religion déterminée, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable. »*

20. La discrimination relève souvent d'un processus qui se déploie dans le temps et peut se révéler au travers d'une modification du poste de travail, l'arrêt de la prise en charge de certains frais, la suppression d'avantages en nature, les entretiens d'évaluation ou leur absence, la classification, la non-attribution de primes, l'évolution salariale et professionnelle<sup>1</sup>, etc.

---

<sup>1</sup> Cass. soc., 29 juin 2011, n°10-15792.

21. Plusieurs méthodes existent pour révéler la discrimination. Leur diversité est liée aux critères de discrimination invoqués et aux situations rencontrées.
22. Lorsqu'il s'agit de la carrière, les éléments d'analyse de l'évolution comparée de la situation de la personne qui s'estime victime de discrimination avec les autres sont en possession de l'employeur.
23. Le recours à la comparaison est réalisé afin de situer le déroulement de carrière du salarié qui s'estime victime par rapport à celui des autres.
24. Cette comparaison se fera sur la base d'un panel de salariés se trouvant dans une situation professionnelle comparable au moment de l'embauche ou à la date à laquelle le critère de discrimination se manifeste (par exemple le mandat syndical ou la grossesse). Elle permettra ainsi de vérifier les conditions dans lesquelles la carrière du salarié demandeur s'est déroulée en comparaison avec celles des autres salariés<sup>2</sup>.
25. La question de l'accès à ces éléments de comparaison est donc primordiale et le rôle du juge est au cœur des procédures permettant de faire reconnaître une différence de traitement fondée sur un critère de discrimination visé par la loi.
26. C'est en poursuivant l'objectif de permettre l'exercice de droits réels et non théoriques qu'en matière civile, les législateurs européen et français ont aménagé la charge de la preuve des discriminations.
27. Ainsi que le Défenseur des droits l'a rappelé dans une décision du 15 juin 2020<sup>3</sup> et en septembre 2019 dans un mémento concernant les discriminations syndicales dans l'emploi privé<sup>4</sup>, cela signifie que le salarié qui s'estime victime d'une discrimination doit constituer un faisceau d'indices. Il ne lui est pas demandé de rapporter la preuve incontestable du fondement de la discrimination qu'il allègue, mais de faire naître une présomption dans l'esprit du juge quant à son existence.
28. L'article L.1134-1 du code du travail transpose le principe d'aménagement de la charge de la preuve posé par les directives européennes relatives à la lutte contre les discriminations 2000/43, 2000/78 et 2006/54, et dispose que :

*« le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination [...]. 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 ».*

29. Le demandeur doit présenter les éléments au soutien de sa demande un faisceau d'indices convergents laissant supposer l'existence d'une discrimination. Pour rendre effective la présentation d'un faisceau d'indices, la Cour de cassation est venue préciser que les éléments factuels présentés par le salarié doivent être appréciés par le juge de manière globale, et non pas de façon séparée<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> Cass. soc., 25 janvier 2011, n°09-40217.

<sup>3</sup> Décision 2020-122 du 15 juin 2020.

<sup>4</sup>Mémento sur la lutte contre les discriminations syndicales dans l'emploi privé (septembre 2019), [https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/memento\\_sur\\_les\\_discriminations\\_syndicales\\_dans\\_lem\\_ploi\\_privé.pdf](https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/memento_sur_les_discriminations_syndicales_dans_lem_ploi_privé.pdf)

<sup>5</sup> Cass. soc., 29 juin 2011, n°10-15792.

30. Cet aménagement de la charge de la preuve est à concevoir comme un partage de la preuve<sup>6</sup>, en présence d'un défendeur – l'employeur - qui détient les informations et les éléments expliquant la mesure prise à l'encontre du demandeur – et d'un salarié.

#### Les difficultés d'accès à la preuve

31. Comment prouver le traitement moins favorable en comparaison avec une personne placée dans une situation comparable si l'accès aux informations pour le faire est impossible ? En effet, malgré ce partage de la preuve, une inégalité des armes persiste dans les faits puisque les parties au litige sont placées dans une situation déséquilibrée compte tenu du lien de subordination dans lequel le salarié se trouve, de son isolement et de l'impossibilité à laquelle il fait face de réunir les éléments au soutien de sa demande.
32. Il existe une difficulté inhérente à l'accès à la preuve en matière de discrimination parce que l'employeur exerce son pouvoir de direction par l'intermédiaire d'un pouvoir de décision et que lui seul est susceptible de détenir certains éléments permettant d'établir la différence de traitement dont un salarié peut s'estimer victime.
33. Le « partage » de la preuve ne sera réellement accessible que si la juridiction a accès aux informations nécessaires à la comparaison que le demandeur fait valoir.
34. La production en justice par un salarié de documents appartenant à l'entreprise n'est plus automatiquement réprimée par la Cour de cassation, depuis la position commune de la chambre criminelle et de la chambre sociale en 2004<sup>7</sup>. Cette production est autorisée si le salarié a eu connaissance des documents à l'occasion de ses fonctions et s'ils sont nécessaires à l'exercice des droits de la défense.
35. Toutefois, cette relative permission a une portée limitée dans le contentieux de la discrimination puisque les éléments de fait permettant la comparaison au soutien de la demande (fiches de paie des autres salariés, registre du personnel, etc.) ne pourront être collectés à bon droit par le salarié. A ce titre, la production d'un bulletin de paie dérobé à un collègue est, à l'heure actuelle, toujours constitutive d'une faute grave justifiant un licenciement<sup>8</sup>.

#### Le rôle du juge

36. Face à ce déséquilibre, le juge doit permettre l'accès aux éléments de preuve en possession de l'employeur en adoptant un rôle actif dans le contentieux de la discrimination, afin de permettre au salarié de faire valoir ses droits.
37. En matière de discrimination syndicale, la Cour de cassation a souhaité replacer le juge au cœur du processus probatoire dès les années 2000.
38. La Cour de cassation a affirmé que « si le juge n'a pas à se substituer à l'employeur, il lui appartient de vérifier, en présence d'une discrimination syndicale invoquée, les conditions dans lesquelles la carrière des intéressés s'est déroulée, et alors que la preuve de la discrimination n'incombait pas au salarié »<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> Fatôme A.D, Le dispositif propre à la charge de la preuve, frein ou outil de lutte contre les discriminations ?, Revue des droits de l'homme 2016, n°9.

<sup>7</sup> Cass. soc. 30 juin 2004, n°02-41720 et Cass. crim. 11 mai 2004 n°03-85521.

<sup>8</sup> Cass. soc. 1<sup>er</sup> février 2011, n°09-67959.

<sup>9</sup> Cass. soc. 28 mars 2000, n°97-45258.

39. Ce rôle actif doit passer par une analyse et une étude comparative des faits allégués et des éléments sur lesquels le salarié s'appuie pour soutenir sa demande. C'est ainsi que la Cour de cassation a jugé que « la cour d'appel, qui a omis d'analyser l'ensemble des faits invoqués par la partie civile, et n'a pas recherché, notamment par étude comparative à diplôme équivalent et même ancienneté, si le salarié n'avait pas subi dans l'évolution de sa carrière professionnelle, jusqu'en 1996 une discrimination présentant un lien avec ses mandats et son activité syndicale n'a pas donné de base légale à sa décision »<sup>10</sup>.
40. Or, afin d'étudier la situation du salarié, de percevoir toutes les conséquences qu'une mesure a pu avoir et de la comparer à celle des autres salariés qui n'auraient pas subi le même traitement défavorable, le juge doit s'assurer que les éléments précis et objectifs ont été produits. La Cour de cassation a d'ailleurs précisé que la pertinence du panel de comparaison est appréciée souverainement par le juge du fond<sup>11</sup>.
41. Pour examiner une requête sur le fondement de l'inégalité de traitement fondée sur le sexe, par exemple par une femme estimant être moins bien payée qu'un homme, le juge doit disposer des éléments lui permettant de vérifier que la situation entre les deux est comparable et, le cas échéant, découvrir les motifs entourant la différence de traitement.
42. Cet accès au droit fondé sur l'accès à la preuve et un rôle actif du juge doit être envisagé comme la réponse adaptée aux règles de preuve prévues par l'ancienne directive 97/80 du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe, abrogée et remplacée par la directive refonte 2006/54 du 5 juillet 2006, dont l'objectif est de rendre plus efficaces les mesures prises par les États membres pour faire valoir le droit à la non-discrimination par la voie juridictionnelle.
43. Le préambule de la directive 2006/54 précise que :
- (28) La mise en œuvre effective du principe de l'égalité de traitement impose l'établissement de procédures appropriées par les États membres.
- (29) La mise en place de procédures judiciaires ou administratives adéquates pour faire respecter les obligations imposées par la présente directive est essentielle à la mise en œuvre effective du principe de l'égalité de traitement.
44. La Cour de justice de l'Union européenne a quant à elle affirmé que l'aménagement de la charge de la preuve ne peut fonctionner que si le requérant a accès aux informations et que le juge veille à ce que les procédures internes n'aient pas pour résultat de priver d'effet les directives. I
45. Déjà en 2011, dans l'affaire KELLY, relative à un refus d'embauche que le candidat contestait comme étant discriminatoire sur le critère du sexe, la Cour de justice a jugé que si la directive 97/80 ne donnait pas un droit absolu à l'information détenue par l'employeur :
- « Toutefois, il ne saurait être exclu qu'un refus d'information de la part d'une partie défenderesse, dans le cadre de l'établissement de tels faits, puisse risquer de compromettre la réalisation de l'objectif poursuivi par ladite directive, et ainsi priver notamment l'article 4, paragraphe 1, de celle-ci de son effet utile. Il incombe à la juridiction de renvoi de vérifier si tel est le cas dans l'affaire au principal. »*<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Cass. crim. 14 juin 2000, n°99-81108.

<sup>11</sup> Cass. soc. 30 septembre 2015, n°14-17748.

<sup>12</sup> CJUE, 21 juillet 2011, Kelly, C-104/10, par 34.

46. Elle affirmait que le juge doit vérifier que les voies juridictionnelles internes ne privent pas les justiciables du droit de faire reconnaître une discrimination dont ils s'estiment victimes.
47. En 2012, dans l'affaire MEISTER, faisant référence aux directives 2000/43, 2000/78 et 2006/54, la Cour de justice a précisé aux paragraphes 40,41 et 42<sup>13</sup> :

*(40) [...] dans le cadre de l'établissement des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il y a lieu de s'assurer qu'un refus d'information de la part de la partie défenderesse ne risque pas de compromettre la réalisation des objectifs poursuivis par les directives 2000/43, 2000/78 et 2006/54.*

*(41) Aux termes respectivement des deuxième et troisième alinéas de l'article 4, paragraphe 3, TUE, les États membres, notamment, «prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union» et «s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union», y compris ceux poursuivis par les directives (voir arrêts du 28 avril 2011, El Dridi, C-61/11 PPU, Rec. p. I-3015, point 56, et Kelly, précité, point 36).*

*(42) Ainsi, il incombe à la juridiction de renvoi de veiller à ce que le refus d'information de la part de Speech Design, dans le cadre de l'établissement des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte au détriment de M<sup>me</sup> Meister, ne risque pas de compromettre la réalisation des objectifs poursuivis par les directives 2000/43, 2000/78 et 2006/54. Il lui appartient, notamment, de prendre en compte toutes les circonstances du litige au principal, afin de déterminer s'il y a suffisamment d'indices pour que les faits permettant de présumer l'existence d'une telle discrimination soient considérés comme établis.*

48. Par ces deux arrêts, la Cour de justice ne donne pas un pouvoir automatique au juge national mais elle lui demande de vérifier, au regard d'une situation concrète, si l'accès aux informations demandées est essentiel pour garantir le respect du principe de non-discrimination tels qu'établi dans les directives européennes.
49. Dans un arrêt du 19 décembre 2012 <sup>14</sup>, la Cour de cassation se saisit de la jurisprudence européenne et va même plus loin : la Cour oblige un employeur à communiquer des informations à un salarié afin qu'il soit en mesure d'établir des faits laissant présumer une discrimination.
50. Dans cette affaire, deux salariées alléguaient être moins bien payées que d'autres salariés placés dans une position comparable, en raison de leur sexe. Pour justifier leurs prétentions, elles avaient besoin d'éléments d'information se rapportant aux salariés auxquels elles se comparaient. Elles ont donc demandé et obtenu du conseil de prud'hommes, par la voie d'une ordonnance sur requête prévue par l'article 145 du code de procédure civile, que l'employeur communique avant tout procès et sous astreinte les contrats de travail, bulletins de paie et montants des primes des salariés concernés, ainsi que les tableaux d'avancement et de promotion.
51. La Cour de cassation met en exergue que la communication des documents nécessaires à la comparaison de la situation du salarié à celle des autres salariés est une demande justifiée et n'est pas une option pour l'employeur, qui doit s'y conformer « dès lors que le juge constate que les mesures demandées procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées ».

<sup>13</sup> CJUE, 19 avril 2012, Meister, C-415/10.

<sup>14</sup> Cass. soc. 19 décembre 2012, n°10-20526.

52. Cette demande de communication est d'ailleurs envisagée par la Cour de cassation comme un préalable obligatoire à la poursuite du litige, puisqu'elle juge que si le salarié soutient, à l'appui de sa demande portant sur une inégalité de rémunération, que la preuve des faits se trouvent entre les mains d'une autre partie, il lui appartient d'en demander au juge la production. Le juge pourra ensuite tirer toute conséquence de droit en cas d'abstention ou de refus opposé par l'employeur<sup>15</sup>.
53. Or, suggérer au salarié la possibilité de demander au juge la communication d'éléments, sans que celui-ci soit finalement en mesure de les obtenir, le priverait de toute possibilité de faire reconnaître la discrimination dont il s'estime victime.
54. L'accès au droit en matière d'inégalité de traitement en lien avec un critère discriminatoire (sexe, origine, état de santé, activité syndicale) est conditionné à l'accès aux informations détenues par la partie adverse. Le juge national priverait donc d'effet le régime juridique de lutte contre les discriminations et les directives européennes qui l'imposent s'il ne permettait pas au requérant qui doit se comparer à d'autres salariés pour établir une discrimination, via la constitution d'un panel, d'accéder aux éléments de comparaison.
55. Les juges prud'homaux disposent à ce titre des outils procéduraux pour permettre l'accès à la preuve et jouer le rôle actif qui leur est dévolu par le cadre juridique de lutte contre les discriminations.

## **2) Le nécessaire recours aux outils procéduraux existants par le juge du fond pour permettre l'accès à la preuve**

56. La discrimination fondée sur un critère interdit par la Constitution et le droit européen des droits de l'homme est une atteinte à un droit fondamental.
57. L'issue d'un litige relatif à une inégalité de traitement, au soutien duquel un panel de comparaison est invoqué, dépend de l'existence d'éléments précis et objectifs sur lesquels le juge se basera pour apprécier sa pertinence. Le juge ne pourra pas décider si une inégalité de traitement existe en l'absence d'informations suffisantes.
58. Or, les articles R.1454-14 du code du travail et l'article 145 du code de procédure civile fournissent au juge prud'homal des pouvoirs lui permettant d'ordonner la communication d'informations nécessaires à la résolution du litige et de rétablir ainsi l'équilibre entre les parties dans l'accès à la preuve.
59. Ces deux articles donnent ainsi au juge, à l'étape du BCO, le pouvoir de garantir l'effet utile des directives luttant contre les discriminations et de remplir le rôle actif que la Cour de cassation a défini. Ce rôle est primordial dans la lutte contre les discriminations dans l'emploi, « domaine de prédilection des discriminations »<sup>16</sup>.
60. S'agissant des mesures d'instruction visées, la Cour de cassation a très tôt jugé qu'elles peuvent consister en la remise de documents détenus par l'employeur, autres que ceux envisagés au deuxième alinéa de l'article L.1454-14 du code du travail<sup>17</sup>. Le juge peut donc ordonner la communication de bulletins de paie d'autres salariés entrant dans le champ du panel de comparaison.

---

<sup>15</sup> Cass. soc. 12 juin 2013, n°11-14458.

<sup>16</sup> Discours de M. J-Y Frouin, président de la chambre sociale de la Cour de cassation, colloque 10 ans de droit de la non-discrimination, octobre 2015.

<sup>17</sup> Cass. soc., 7 juin 1995, n°91-42604.



61. Le rôle du juge est d'autant plus important dans la constitution des panels que ceux-ci peuvent être réalisés par le conseiller rapporteur, désigné par le conseil de prud'hommes<sup>18</sup>.
62. S'agissant de l'article 145 du code de procédure civile et au regard de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 19 décembre 2012, il ne se limite pas à la conservation de la preuve mais permet également à son établissement<sup>19</sup>.
63. La Cour de cassation a également validé le prononcé par le juge d'une décision avant dire droit ordonnant une expertise afin d'apprécier l'atteinte au principe d'égalité de traitement directement sur le fondement de l'alinéa 3 de l'article L. 1134-1 du code du travail aux termes duquel « le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ».<sup>20</sup>
64. Récemment, la Cour d'appel de Grenoble a fait droit à la demande de communication de pièces présentée par une salariée en jugeant que l'existence, au sein d'une société, d'une méthode négociée et ratifiée par les organisations syndicales et destinée à mesurer les écarts de rémunération au moyen d'un panel de référence « ne sauraient, ni par principe ni au cas d'espèce, priver la salariée alléguant de faits de discrimination d'obtenir le règlement de leur litige selon règles de droit commun et d'ordre public visées à l'article L. 1134-1 du code du travail »<sup>21</sup>.
65. En outre, il a été jugé que si l'employeur ne se conforme pas à une ordonnance de production de documents destinée à établir l'inégalité de traitement, il ne pourra pas plaider ensuite l'insuffisance de la preuve du demandeur, tel que cela a été jugé par la Cour d'appel de Montpellier<sup>22</sup>.
66. L'enjeu de l'accès au recours effectif impose de statuer sur les demandes de communication de pièces au stade de la première phase du procès, devant le bureau de conciliation et d'orientation, de nature à permettre ensuite au juge statuant au fond, en bureau de jugement, de disposer de tous les éléments circonstanciés.
67. L'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne prévoit bien que :
- « Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter. Une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice. »*
68. Ce droit à un recours effectif est également consacré par l'article 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme : « *Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielle* ».

---

<sup>18</sup> CA Versailles, 8 septembre 2010, n°09/00931 ; CA Pau, 11 septembre 2008, n°07/01533.

<sup>19</sup> Discours de M. J-Y Frouin susvisé.

<sup>20</sup> Cass. soc., 4 février 2009, n°07-42697.

<sup>21</sup> CA Grenoble, 29 octobre 2020, RG 18/04136.

<sup>22</sup> CA Montpellier, 25 mars 2003, n°0200504.

69. Le Défenseur des droits constate que certains conseillers prud'homaux décident des mesures d'instruction pour permettre l'accès à la preuve. Ainsi, le conseil de prud'hommes de Y a-t-il ordonné la communication de pièces par l'employeur permettant d'apprécier la situation professionnelle d'une salariée par rapport à ses collègues masculins, en insistant sur le fait qu'il était le seul à détenir les éléments de référence devant être pris en considération pour apprécier l'existence d'une discrimination, et qu'il devait participer loyalement à l'instance<sup>23</sup>.
70. De même, le Conseil de prud'hommes de Strasbourg, dans un jugement du 9 mai 2018, a ordonné la communication des bulletins de salaire ainsi que « tous les éléments nécessaires à la manifestation de la vérité »<sup>24</sup> afin de permettre au salarié de présenter un panel de comparaison de manière à faire la lumière sur les pratiques discriminatoires.
71. Le Conseil de prud'hommes de Nanterre, dans un jugement du 6 avril 2012, a rappelé que le juge doit mener une étude comparative des salaires et des coefficients<sup>25</sup>.
72. C'est donc bien au juge prud'homal de vérifier au regard des bulletins de paie, des relevés de carrière, du registre du personnel ou de tout autre document qu'il jugera nécessaire, si une différence de traitement existe et si elle repose sur un critère de discrimination prohibé par la loi.
73. Or, cette analyse devrait être réalisée avant tout jugement au fond, puisque son issue en dépend. C'est en ce sens que le Conseil de prud'hommes de Y, dans son ordonnance du 21 mars 2018, ne pouvait pas invoquer le nécessaire examen au fond de l'affaire pour refuser la demande de communication de pièces, puisqu'il n'a pas œuvré à la mise en état de l'affaire à l'étape du BCO et a ainsi privé Madame X de l'accès à la preuve et au recours.
74. Dans son rapport du 17 décembre 2013<sup>26</sup> sur la lutte contre les discriminations au travail, Madame Laurence Pécaut-Rivolier, conseillère à la chambre sociale de la Cour de cassation s'est penchée sur la question de l'accès à la preuve et des procédés probatoires et notamment l'article R1454-14 du code du travail. Elle souligne que si certains bureaux de conciliation considèrent que les mesures d'instruction visées ne couvrent pas la production de pièces par une partie, la Cour de cassation a jugé spécifiquement le contraire :

*« Il est donc essentiel, en matière de discrimination, qu'un salarié - s'il s'agit d'une suspicion discrimination individuelle - ou une organisation syndicale - s'il s'agit d'une suspicion de discrimination collective -, puisse demander à l'employeur et, en cas de refus, au juge, les documents qui lui sont nécessaires pour vérifier la situation. (...) Or, la marge est étroite entre le droit pour le salarié et l'organisation syndicale de demander la production de documents qui leur sont indispensables pour vérifier ou infirmer l'existence d'une discrimination syndicale, et la barrière procédurale, classique, qui veut qu'il ne puisse pas être demandé au juge de suppléer la carence des parties à apporter la preuve de ce qu'elles avancent par des mesures d'instruction permettant de constituer cette preuve.*

<sup>23</sup> CPH Paris, bureau de conciliation en départage, 12 janvier 2007, Niel c/GIE BNP Paribas. V. égal. CPH de Villeneuve-Saint-Georges, 25 mai 2004, Blancher c/ Air France ; CPH de Lille, 7 mars 2008, E. Decante c/CPAM et DRASS Lille, RG n° 08/00118 ; CPH Paris, 8 juill. 2008, B. Demarcq c/Sté Printemps Hausmann n° F 08/02191 ; CPH Strasbourg, 9 mai 2008, F 08/00317, D. Poirot/ SAS Général Motors ; CPH Paris, bureau de conciliation en départage, 20 février 2017, N°F16/09.275.

<sup>24</sup> CPH de Strasbourg préc.

<sup>25</sup> CPH Nanterre, 6 avril 2012, RG n°10/00771.

<sup>26</sup> Pécaut-Rivolier L. Rapport sur les discriminations collectives en entreprise : lutter contre les discriminations au travail ; un défi collectif, 17 décembre 2013 pages 92 et suivantes.

*Sauf à rappeler qu'en matière de discrimination, deux particularités doivent être prises en considération : – le salarié n'a pas la charge de la preuve; il doit seulement apporter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination; – les éléments de preuve sont exclusivement entre les mains de l'employeur, qui peut, s'il refuse de les fournir, bloquer toute velléité d'action. Ces particularités expliquent que le juge peut, sur la base de demandes faites par un salarié ou une organisation syndicale fondée sur des suspicions sérieuses, ordonner la production des documents utiles. ».*

75. Le droit de saisir le juge afin de faire reconnaître l'existence de faits discriminatoires, repose sur le droit de se voir communiquer les documents requis pour vérifier l'inégalité de traitement. En ce sens, le juge n'est pas « utilisé » pour contourner une règle. Il est sollicité pour garantir l'effectivité de l'accès au recours en matière de discrimination.

### **3) Règles de prescription**

76. Le point de départ du délai de prescription est situé au jour où le salarié a connu les faits lui permettant d'exercer son droit, c'est-à-dire au moment de leur révélation, conformément à l'article L.1134-5 du code du travail. L'action ne pourra en effet être valablement introduite qu'en pleine connaissance des éléments de la cause.

77. Cette révélation doit s'entendre comme le moment « où le salarié peut en avoir une connaissance exacte, grâce à la communication par son employeur d'éléments de comparaison avec la situation professionnelle de ses collègues (...) lorsque la victime a pu en "prendre la mesure" par exemple grâce à la communication par son employeur des éléments de comparaison nécessaire<sup>27</sup>, puisque « tant que le salarié ne dispose pas d'éléments probants, la discrimination ne peut pas être considérée comme révélée, et donc, le délai de prescription de l'action ne peut pas courir »<sup>28</sup>.

78. Il convient donc de prendre en compte comme point de départ de la prescription la « révélation » de la discrimination au salarié qui s'entend par la mise en lumière du caractère discriminatoire d'une situation, dont il pouvait avoir une certaine prescience sans être en capacité d'en mesurer l'étendue. Elle suppose la détention par le salarié d'informations de qualité, lui permettant d'apprécier la réalité et l'étendue de la discrimination et du préjudice subi.

79. En ce sens, le salarié qui s'est vu dénier un accès à la preuve par le refus de mesures d'instruction n'a pas été en position d'évaluer et de comprendre la mesure de la discrimination dont il tente de faire reconnaître l'existence.

80. La Cour de cassation rappelle que : le préjudice ne sera connu du salarié qu'à partir du moment où il dispose d'éléments de comparaison qui ne pourront être communiqués que par l'employeur : « le préjudice lié à une discrimination syndicale n'avait été exactement connu des salariées qu'à la suite de la communication par l'employeur, après l'achèvement de la précédente procédure, des éléments de comparaison nécessaires »<sup>29</sup>.

Telles sont les observations que la Défenseure des droits entend porter à la connaissance de la Cour d'appel de Y.

Claire HÉDON

<sup>27</sup> Rapport Sénat du 28 mai 2008 par L. Béteille, UMP, p. 15.

<sup>28</sup> Rapport Assemblée nationale du 30 avr. 2008 par E. Blessig, UMP, p. 17 et 20.

<sup>29</sup> Cass. soc. 22 mars 2007, n° 05-4563.