

LA PREUVE DE LA DISCRIMINATION



*Jennifer Eady, Avocate de la
Couronne,*
Juge président la Cour de circuit,
Tribunal d'appel du travail

La présentation

Cette présentation a pour objectif de décrire le cadre théorique et législatif et de fournir un guide pratique sur la charge de la preuve dans le droit de l'Union européenne sur la discrimination.

Introduction

- Litige sur les faits : la charge incombe en général à la personne qui émet la demande/l'accusation.
- Difficulté particulière dans les affaires de discrimination : les travailleurs sont en général mal placés pour prouver une discrimination illicite.



Reversement de la charge de la preuve - pourquoi ?

- ✓ Discrimination cachée
- ✓ Préjugés non reconnus
- ✓ Tous les êtres humains ont des préjugés que nous ne reconnaissons pas toujours.....
- ✓ La plupart des preuves seront entre les mains de l'employeur
- ✓ Que l'employeur démontre qu'il n'y a pas eu de discrimination

L'importance de la législation antidiscrimination de l'UE

En termes simples, les droits fondamentaux de l'UE à l'égalité n'ont de sens que s'ils s'appuient sur des règles de preuve et de procédure qui aident les individus à faire respecter ces droits (principe d'efficacité).

On peut soutenir que les règles les plus importantes qui entrent dans cette catégorie ont trait à la charge de la preuve et à l'accès à la preuve.

Origines d'un renversement de la charge de la preuve

**Affaire 109/88, Danfoss,
Rec. 1989, p. 3199**

**Affaire C-127/92, Enderby,
Rec. 1993, p. I-5535.**

Origines d'un renversement de la charge de la preuve

Danfoss et Enderby étaient des affaires de parité salariale dans lesquelles la charge de la preuve a été transféré à l'employeur pour démontrer que l'écart salarial entre les hommes et les femmes était objectivement justifié lorsque :

- Les travailleuses étaient moins bien rémunérées, en moyenne, que les hommes, et le système de rémunération qui a conduit à ce résultat manquait totalement de transparence (Danfoss) ;
- Des statistiques significatives et valides ont montré qu'un système de négociation collective avait eu pour résultat qu'un groupe professionnel à prédominance féminine était moins bien rémunéré que les groupes professionnels à prédominance masculine (Enderby).

Déduction d'une discrimination : exemple britannique

King / Great British-China Centre, 1992, ICR 516, CA,
Neill LJ

- (1) Il incombe au demandeur qui invoque une discrimination (...) d'étayer son dossier. Aussi le demandeur doit-il être débouté s'il ne peut justifier ses allégations selon l'équilibre des probabilités.**
- (2) Il importe de garder à l'esprit qu'il est rare de trouver une preuve directe d'une discrimination (...). Peu d'employeurs seront disposés à reconnaître une telle discrimination et même à en prendre eux-mêmes conscience. Parfois, la discrimination ne fait pas suite à une mauvaise intention, mais repose simplement sur le préjugé que « cette personne n'aurait pas convenu ».**
- (3) En conséquence, l'issue de l'affaire est en général déterminée par ce que permettent de déduire les faits primaires constatés par la juridiction. Ces déductions peuvent inclure, selon le cas, toute déduction qu'il est juste et équitable de tirer (...) à partir d'une réponse évasive ou équivoque à une question.**

Déduction d'une discrimination : exemple britannique (suite)

- (4) Bien que dans certains cas, par exemple, la non-sélection d'un candidat à un poste ou à une promotion ne soit manifestement pas due à un motif [interdit] (...), le constat d'une discrimination et le constat d'une différence de [caractéristiques protégées] (...) mettent souvent en évidence la possibilité d'une discrimination (...). Dans de telles circonstances, le tribunal doit rechercher une explication auprès de l'employeur. Si le tribunal n'obtient aucune explication, ou s'il estime que l'explication donnée n'est pas appropriée ou satisfaisante, il peut légitimement déduire qu'une discrimination a été pratiquée pour un motif racial. Ce n'est pas une question de droit, mais (...) « pratiquement de bon sens ».**
- (5) Il est inutile et superflu de recourir au concept d'un renversement de la charge de la preuve. À la lumière de l'ensemble des preuves, le tribunal doit établir les constats applicables sur les faits primaires et effectuer les déductions qu'il estime appropriées sur cette base. Il doit ensuite aboutir à une conclusion sur l'équilibre des probabilités, en gardant à l'esprit les difficultés que rencontre une personne qui dénonce une discrimination illicite et le fait qu'il incombe au plaignant d'étayer son dossier.**

Directives UE

- Première directive: Directive 97/80/CE sur la charge de la preuve (discrimination fondée sur le sexe; transposition 1 janvier 2001).
- Remplacée, à partir du 15 août 2009, par la directive refonte

Directive 97/80 sur la charge de la preuve

Protection judiciaire effective des droits communautaires par opposition à la règle générale de l'autonomie procédurale nationale



Considérants de la directive 97/80 sur la charge de la preuve

(17) considérant que les parties demanderesses en justice pourraient être privées de tout moyen efficace de faire respecter le principe de l'égalité de traitement devant la juridiction nationale si le fait d'apporter la preuve d'une discrimination apparente n'avait pas pour effet d'imposer à la partie défenderesse la charge de prouver que sa pratique n'est, en réalité, pas discriminatoire ;

Considérants de la directive 97/80 sur la charge de la preuve

(18) considérant que la Cour de justice des Communautés européennes a affirmé en conséquence que l'aménagement des règles concernant la charge de la preuve s'impose dès qu'il existe une apparence de discrimination, et que, dans les cas où cette situation se vérifie, la mise en œuvre effective du principe de l'égalité de traitement requiert que la charge de la preuve revienne à la partie défenderesse ;

DIRECTIVE 97/80 DU CONSEIL*

Article 10

Les États membres, conformément à leur système judiciaire, prennent les mesures nécessaires afin que, 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.

* Aujourd'hui, directive 2006/54 (article 19)

Voir également l'article 8 de la directive 2000/43 (directive sur l'égalité raciale) et

l'article 10 de la directive 2000/78 (directive-cadre)

Et actuellement

- Article 8 de la Directive 2000/43/CE du conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (**directive sur l'égalité entre les races**)
- Article 10(1) de 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 (**directive sur l'égalité en matière d'emploi**)
- Article 19(1) de la Directive 2006/54/CE du Parlement Européen et du Conseil 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 (refonte)**

Considérants de la directive 2006/54 sur l'égalité de traitement

*(30) L'adoption de règles relatives à la charge de la preuve joue un rôle important en ce qui concerne la possibilité de mettre effectivement en œuvre le principe de l'égalité de traitement. Comme la Cour de justice l'a affirmé, il convient donc de prendre des dispositions de telle sorte que la charge de la preuve revienne à la partie défenderesse dès qu'il existe une apparence de discrimination (...)
l'appréciation des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination (...) demeure de la compétence de l'instance nationale concernée, conformément au droit national et/ou aux pratiques nationales (...)*

Un test en deux phases :

phase 1

Article 10

Les États membres, conformément à leur système judiciaire, prennent les mesures nécessaires afin que, **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.

Présumer ?

Présumer \neq Conclure

Avis de l'avocat général Kokott dans l'affaire C-394/11,
Belov

Un test en deux phases : phase 2

Article 10

Les États membres, conformément à leur système judiciaire, prennent les mesures nécessaires afin que, 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.**

Rôle des juridictions

Le rôle de la juridiction nationale est :

« d'une part, de vérifier que les faits reprochés à l'employeur sont établis et, d'autre part, d'apprécier si les éléments qu'il apporte au soutien de ses affirmations selon lesquelles il n'a pas violé le principe de l'égalité de traitement sont suffisants. »

(Affaire C-54/07, **Feryn**, point 33)

Le rôle de la juridiction dans la pratique

- Collecte de preuves : Rôle du juge
- Ordonnances de divulgation de preuves
- Effectuer toute déduction appropriée
- *Affaire C-104/10* **Kelly v National University of Ireland**
- *Affaire C-415/10* **Meister v Speech Design CarrierSystems GmbH**
- **RB-v-BA** [2006] IRLR 473

Phase 1 : les preuves

Affaire C-54/07, Feryn

- ✓ Les déclarations antérieures d'un employeur selon lesquelles il n'embauchera pas de salariés issus d'une certaine origine ethnique minoritaire « *peuvent constituer de tels faits de nature à faire présumer une politique d'embauche discriminatoire* » (qui est toujours appliquée).

Firma Feryn NV

«[B]eaucoup de nos représentants se présentent chez nos clients [...] Tout le monde fait placer un système d'alarme et a actuellement très peur. Ce ne sont pas les immigrés qui cambriolent. Je ne vais pas prétendre cela, je ne suis pas raciste. Ce sont tout autant des Belges qui font des cambriolages. Mais les gens ont apparemment peur. Donc on dit souvent: pas d'immigrés [...] Je dois répondre aux exigences de mes clients. Si vous me dites 'je veux tel produit ou je veux ceci ou cela', et que je vous dis 'je ne le fais pas, je fais venir ces gens', vous me répondrez 'je ne veux pas de votre porte'. J'en viendrais à mettre la clé sous la porte. Nous devons répondre aux exigences des clients. Ce n'est pas mon affaire. Ce n'est pas moi qui ai créé ce problème en Belgique. Je veux faire tourner ma société et qu'à la fin de l'année, le chiffre d'affaires soit atteint et comment j'y parviens [...] Je dois l'obtenir en me conformant aux désirs du client!»

Firma Feryn NV

La CJUE a confirmé que de telles déclarations peuvent constituer des faits de nature à donner lieu à une présomption de politique de recrutement discriminatoire, déplaçant ainsi la charge de la preuve.

Sur la base des faits de l'affaire, cela peut paraître peu surprenant : les remarques discriminatoires n'avaient été faites qu'un peu plus d'un an auparavant, et il n'y avait pas de salariés d'origine marocaine actuellement.

Phase 1 : les preuves

Affaire C-81/12 **Asociata ACCEPT v**
Consiliul National pentru Combaterea
Discriminarii [2013] 3 C.M.L.R 26

Un actionnaire du club de football Steaua Bucuresti avait déclaré qu'il n'embaucherait pas un joueur homosexuel.

ACCEPT

Le seul fait que de telles déclarations n'émanent pas directement d'une partie défenderesse déterminée ne s'oppose pas nécessairement à ce que puisse être établie, l'existence de «faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination» :

« Il s'ensuit qu'un employeur défendeur ne saurait réfuter l'existence de faits permettant de présumer qu'il mène une politique d'embauche discriminatoire en se limitant à soutenir que les déclarations suggestives de l'existence d'une politique d'embauche homophobe émanent d'une personne qui, bien qu'elle affirme et semble jouer un rôle important dans la gestion de cet employeur, n'est pas juridiquement capable de le lier en matière d'embauche.

Le fait qu'un employeur défendeur n'ait pas clairement pris ses distances avec les déclarations en cause constitue un élément dont l'instance saisie peut tenir compte dans le cadre d'une appréciation globale des faits. »

Phase 2 : les preuves

Feryn

- Il incombe à l'employeur d'« *apporter la preuve qu'il n'a pas violé le principe de l'égalité de traitement* ».

ACCEPT

- Des parties défenderesses peuvent réfuter, devant les instances nationales compétentes, l'existence d'une telle violation en établissant par toute voie de droit, notamment, que leur politique de recrutement est établie sur des facteurs étrangers à toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.
- Il n'est pas nécessaire qu'une partie défenderesse prouve que des personnes d'une orientation sexuelle déterminée ont été recrutées dans le passé, une telle exigence étant effectivement susceptible, dans certaines circonstances, de porter atteinte au droit au respect de la vie privée.
- L'apparence de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle pourrait être réfutée à partir d'un faisceau d'indices concordants. Parmi de tels indices pourraient notamment figurer une réaction de la partie défenderesse concernée dans le sens d'une prise de distance claire par rapport aux déclarations publiques à l'origine de l'apparence de discrimination ainsi que l'existence de dispositions expresses en matière de politique de recrutement de cette partie aux fins d'assurer le respect du principe de l'égalité de traitement au sens de la directive 2000/78.

Réponses non valables

- Les raisons ou motivations de l'employeur, **R / Immigration Officer at Prague Airport and anor** [2005] 2AC, HL, Baronne Hale
- Stéréotypes relatifs à une caractéristique protégée, affaire C-83/14, **CHEZ**, Cour de justice de l'Union européenne

Procédure

(...) si l'article 4, paragraphe 1, de la [directive 97/80](#) ne prévoit pas un droit spécifique en faveur d'une personne qui s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe d'égalité de traitement d'accéder à des informations afin qu'elle soit en mesure d'établir des « faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte » conformément à cette disposition, il n'en demeure pas moins qu'il ne saurait être exclu qu'un refus d'information de la part de la partie défenderesse, dans le contexte de l'établissement de tels faits, est susceptible de compromettre la réalisation de l'objectif poursuivi par cette directive et, notamment, de priver ladite disposition de son effet utile.

Procédure

« (...) 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. »

C-415/10, **Meister**

Procédure

« (...) un refus de tout accès à l'information de la part d'une partie défenderesse peut constituer l'un des éléments à prendre en compte dans le cadre de l'établissement des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Il incombe à la juridiction de renvoi, en prenant en considération toutes les circonstances du litige dont elle est saisie, de vérifier si tel est le cas dans l'affaire au principal. »

Meister

Discrimination directe

Première phase (1)

- (1) Établir les faits primaires
- (2) Effectuer toute déduction appropriée.

Les faits primaires comprennent :

Les faits **essentiels** dans la plainte

Les faits relatifs au **contexte** et les
preuves indirectes

Les preuves **statistiques** pertinentes

Comparaison pertinente



La comparaison requiert une similitude suffisante, ou en d'autres termes, le comparateur doit être une personne se trouvant dans la même situation que le plaignant, ou une situation qui ne s'en écarte pas sensiblement.

**(MacDonald / Advocate General for Scotland,
2003, IRLR 512)**

Première phase (1): Effectuer toute déduction appropriée

- Faits (neutres) / contexte
- Considérés dans leur globalité et dans leur contexte
- Effectuer toute déduction appropriée



Quels éléments faut-il pour inverser la charge de la preuve ?

Présomption \neq Conclusion (Belov)

Mais

Traitement négatif + caractéristique protégée seule \neq transfert de la charge de la preuve (CHEZ)

Toutefois

Les preuves tendant à démontrer une pratique fondée sur les stéréotypes ou les préjugés peuvent suffire (CHEZ)

Deuxième phase

Explication de l'employeur



(2) il incombe au défendeur de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement

Le renversement de la charge de la preuve dans les cas de discrimination indirecte

une discrimination indirecte se produit:

lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes [avec la caractéristique protégée], par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires

Directive 2000/43, article 2(2)(b); Directive 2000/78, article 2(2)(b); Directive 2006/54, article 2(1)(b).

Première phase

Discrimination indirecte

L'exigence de la "première étape" est que le plaignant établisse des faits à partir desquels il peut être présumé qu'il existe une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre qui désavantage particulièrement les personnes ayant une caractéristique protégée par rapport aux autres personnes

Discrimination indirecte (1)

Première phase

Le plaignant a-t-il établi l'**apparence** qu'il existe une disposition, un critère ou une pratique qui désavantage particulièrement les personnes ayant la caractéristique protégée et leur porte préjudice ?

Oui ? Deuxième phase

Non ? Rejet de l'action

Première phase : Discrimination indirecte

L'obstacle le plus difficile pour les plaignants qui allèguent qu'il y a eu discrimination indirecte dans le renversement de la charge de la preuve tend à être l'exigence d'établir une présomption que la disposition, le critère ou la pratique place le groupe protégé dans une situation de "désavantage particulier".

"désavantage particulier"

McNeil v Revenue and Customs Commissioners,
UKEAT/01831/17/RN [2018]IRLR 398

- Une répartition différentielle des hommes et des femmes à l'intérieur d'une échelle salariale peut indiquer un problème ou donner l'apparence d'un désavantage. Toutefois, en l'absence de preuve qu'elle reflète une inégalité salariale suffisante ou structurée, il est peu probable qu'un désavantage particulier soit établi. Il doit y avoir des différences salariales importantes ou constantes pour que l'on puisse en déduire que le facteur matériel qui entraîne une baisse de salaire désavantage particulièrement les femmes en ce qui concerne les salaires inférieurs.
- Un désavantage particulier par rapport à la rémunération peut être prouvé de différentes manières, mais il ne peut être présumé.

Discrimination indirecte (2)

Deuxième phase

L'employeur a-t-il présenté des **preuves convaincantes qui démentent l'existence d'un des éléments** de la plainte ?

Oui ? Rejet de l'action

Non ? Justification

Discrimination indirecte (3)

Justification

L'employeur peut-il **justifier** la disposition, la pratique ou le critère en cause ?

Non ? Reconnaissance de l'action

Oui ? Rejet de l'action