

PROUVER LA DISCRIMINATION

Séminaire ERA, Milan 5.10.2023

Avocat Alberto Guariso

www.studiodirittielavoro.it

1

1

La répartition de la charge de la preuve est-elle une "technique procédurale" ?

- Même si c'était le cas, il faudrait se référer à la législation européenne pour y remédier.
- ...qui n'intervient pas dans les règles de procédure, mais exige des **recours (dans leur ensemble) qui soient** efficaces, proportionnés et dissuasifs ; cela inclut les instruments juridictionnels.
- Une bonne répartition de la charge de la preuve relève certainement du domaine des **RECOURS**
- Voir l'art. 17, Directive 2006/54 ; Art. 7 de la directive 2000/43, Art. 9 de la directive 2000/78 ; Art. 8 de la directive 2004/113 ; art. 14 de la directive 2023/970
- "Les États membres veillent à ce que des procédures judiciaires visant à **faire respecter les obligations découlant de la présente directive soient accessibles à toutes les personnes qui s'estiment lésées par le non-respect à leur égard du principe de l'égalité de traitement, même après la cessation de la relation dans laquelle la discrimination est présumée s'être produite**" La directive 2023/970 ajoute "**PROCEDURES FACILEMENT ACCESSIBLES**".

2

2

- Le droit communautaire nécessite-t-il donc une "procédure spéciale" ?
- Pas nécessairement (par exemple, en Italie, le fonctionnaire ne bénéficie pas d'une procédure spéciale).
- Mais il nécessite certainement une procédure judiciaire "*visant à...*"; **le choix de la répartition de la charge de la preuve est "*vise à...*".**
- Mais ce n'est pas tout. La question de la preuve n'est pas une question de technique procédurale, mais de **droit matériel**
- En effet

3

3

L'égalité n'a pas besoin de justification, seule l'inégalité doit fournir une raison
(Isahia Berlin)

- La mise en place, en matière de discrimination, d'un régime de test **différent** du régime ordinaire est liée à la **centralité du principe d'égalité**, qui est un principe général du droit de l'Union.
- Si l'égalité est la règle, ce qu'il faut expliquer, prouver, justifier, **c'est la différence.**

4

4

- **Une confirmation en droit italien :**

le régime de la preuve **ne dépend pas du rite**. Voir *Cass. 5 juin 2013 n° 14206 ; Cass. 26.2.2021 n° 5476*.

- **Une confirmation dans la législation de l'UE**

"L'intention d'efficacité qui sous-tend ainsi la directive doit conduire à l'interpréter comme impliquant des aménagements des règles nationales relatives à la charge de la preuve dans des situations spécifiques où de tels aménagements sont **indispensables à la mise en œuvre effective du principe d'égalité**". (CJUE, *Danfoss*, C-109/88, arrêt du 17.10.1989, point 14)

"...Les travailleurs...n'auraient aucun moyen de faire valoir le principe de l'égalité de rémunération devant le juge national si la fourniture d'éléments permettant de présumer une discrimination n'avait pas pour conséquence d'imposer à l'employeur la charge de prouver que la disparité salariale n'est pas en réalité discriminatoire...". (CJUE, *Enderby*, C-127/92, arrêt du 27.10.1993, point 18)

- **Sans un régime de charges différent, il n'y a pas d'égalité possible**

5

5

Les principes des directives

"Les États membres doivent veiller à ce que la charge de la preuve de l'absence de discrimination incombe à la partie défenderesse lorsque la personne qui s'estime lésée par la violation du principe de l'égalité de traitement a produit des **éléments de fait qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte**.

- Ainsi, l'art. 19 de la directive 2006/54
- Ainsi, l'art. 8 de la directive 2000/43, Art. 10 de la directive 2000/78, Art. 9 Directive 2004/113 (précisant que la règle s'applique **également aux actions intentées par des organismes et associations au sens de la directive**).

6

6

Définitions et questions - 1

- La présomption est le mécanisme logique qui permet de remonter d'un fait connu à un fait inconnu. Mais quel est le "fait inconnu" à établir par présomption ?
- **Pas de traitement désavantageux, pas d'appartenance** à un groupe protégé : la preuve de ces éléments incombe au plaignant en vertu des règles ordinaires (Cass.3361/2023).
- **Le lien entre les deux (c'est-à-dire le fait que le désavantage est survenu "en raison" de l'affiliation) est l'objet du test de présomption.**
- Une fois que "les faits dont il résulte..." sont énoncés, la charge de la preuve incombe à la partie défenderesse.
- (NB : parfois, même la preuve du désavantage n'est pas facile à apporter - voir l'affaire *Minoo Schuch-Ghannadan* 3.10.19 C-274/18 de la CJUE, ci-après "*Minoo*").

7

7

Définition et questions - 2

- Le moment où la charge se déplace est laissé aux législations nationales, qui peuvent renforcer les preuves statistiques (CJUE *Minoo* para. 46 ; *Kelly* p. 31).
- Il s'agit d'une **charge asymétrique** : **l'employeur supporte la** totalité de la charge, c'est-à-dire qu'il doit démontrer que le choix "*aurait été fait avec les mêmes paramètres à l'égard de tout travailleur sans facteur de risque, qui se serait trouvé dans la même situation*" (Cass. 1/2020).
- Il n'est pas nécessaire que les "*faits qui permettent de présumer que...*" épuisent toutes les significations possibles et soient incompatibles avec une conclusion différente : il suffit que le lien soit le plus plausible selon les règles de l'expérience commune. Il peut y avoir une "*marge d'incertitude*" (Cass. 1/2020) ; une "*apparence de discrimination*" est suffisante (CJUE *Minoo*, paragraphe 51).
- L'utilisation du pluriel ("*faits*") n'exige pas que les "faits" soient plus d'un (mais la Cour de cassation 14206/2013 l'estime nécessaire, en se référant au code de l'égalité des chances).

8

8

Définition et questions - 3

- Les "déclarations" sont-elles un élément de preuve ? **OUI** (CJUE *Chez* p. 80 et s.) la "stigmatisation sociale" manifestée à l'égard du groupe protégé peut contribuer à prouver le lien.
- La "fausseté" du motif invoqué est-elle un élément de preuve ? **OUI**, voir le cas du motif de licenciement
- Les données statistiques sont-elles un élément pour construire la présomption ? Certainement **OUI**, même si les directives ne le citent pas (CJUE *Minoo*, p. 46) ; le système juridique italien le cite beaucoup trop (voir par exemple Art. 28, paragraphe 4, décret législatif 150/2011 : "...des éléments factuels, également déduits de données statistiques...").
- **Mais quelle est l'importance des données statistiques ?**

9

9

Données statistiques - 1

- **Cour de cassation 5.6.2013 n° 14206** = "**surestimation** " **des données statistiques** : "*la référence aux données statistiques est significative du sérieux qui doit caractériser les éléments sur lesquels fonder le raisonnement probabiliste (une preuve statistique, en effet, même si elle n'est pas caractérisée par une rigueur scientifique cui resisti non potest ne peut qu'être caractérisée, aux fins de la contrôlabilité globale des résultats, par une explication claire des méthodes de détection, par la mesure objective et quantitative des phénomènes, par des modalités claires de présentation de l'information)*".

10

10

Données statistiques - 2

Cour de cassation 7.3.2022 n° 7415 = dévaluation des données statistiques "il n'est pas envisagé que les données puissent devenir une source de preuve indépendante";

Ou **Cass. 3.2.23 n° 3361** : annulation de l'arrêt car il n'avait pas pris en compte un chiffre de 1 à 200.

Ou **Trib. Rome décr. 23.3.2022 ITA/AIRWAYS** : taux global de grossesse et pourcentage de femmes enceintes parmi les recrues

Ou **Trib.Milano 12.6.2023** : non-renouvellement des contrats à durée déterminée, 1 sur 3

• Et alors ? Un effet variable, mais trois certitudes :

1) Évitez le "paradoxe du parapluie". La *corrélation* n'implique pas la CAUSALITÉ ; il peut s'agir d'une corrélation CASUELLE (voir le graphique ci-dessous).

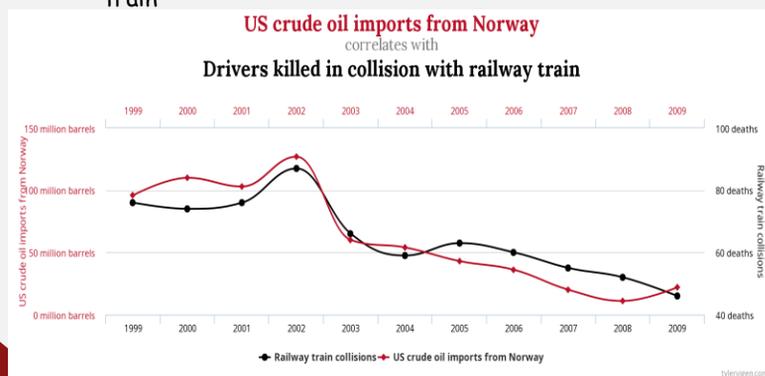
" il est nécessaire que les données statistiques ne reflètent pas des phénomènes purement fortuits ou conjoncturels et que, de manière générale, elles apparaissent significatives " (CJUE 3.10.2019 C-274/18).

11

11

Corrélation, causalité, lien de causalité

- "Les importations de pétrole en provenance de Norvège et l'évolution des collisions voiture-train"



12

Données statistiques - 3

Cela ne signifie pas qu'il faille trouver une **corrélation causale** : il s'agit d'une corrélation "objective" (le pourcentage de femmes occupant des emplois à temps partiel est plus élevé, mais cela ne signifie pas que le fait d'être une femme est la "cause" du traitement défavorable) ; il **peut donc s'agir de quelque chose de moins que causal** : toutefois, la corrélation ne doit pas être "*fortuite ou conjoncturelle*"

2) Ce qui compte, c'est la différence.

Le pourcentage de membres du groupe protégé qui restent désavantagés peut également être faible, ce qui est pertinent est la DIFFÉRENCE avec le pourcentage de membres du groupe non protégé (point 47 de la CJUE *Minoo*).

- Par exemple, le cas des exigences de long séjour en relation avec le facteur de la nationalité.

13

13

Données statistiques - 4

3) Que faire si les données n'existent pas ou sont difficiles à trouver ?

La charge de les fournir pour démontrer "l'apparence de discrimination" est "minée", car si "une preuve impossible était exigée, l'effet utile de la directive serait compromis" (CJUE *Minoo* paragraphe 57).

"L'article 19 de la directive 2006/54 doit être interprété en ce sens qu'il n'exige pas d'une partie prétendument lésée [...] qu'elle produise, afin d'établir une apparence de discrimination, des statistiques ou des faits précis relatifs aux travailleurs concernés par la législation nationale en question si cette partie n'a pas accès, ou n'a qu'un accès limité, à ces statistiques ou à ces faits" (dispositif *Minoo*).

En droit italien, ce principe a été traduit par le principe de "proximité des preuves".

14

14

La proximité du test

"Ce principe découle de la considération qu'une partie peut souvent rencontrer des difficultés, souvent insurmontables, pour s'acquitter de la charge de la preuve, qui est donc concrètement répartie en tenant compte de la possibilité pour l'une ou l'autre partie de prouver des faits et des circonstances relevant de leurs sphères d'action respectives et répond à un objectif de facilitation et d'efficacité du procès, en palliant la carence probatoire au moyen de critères circonstanciels et de présomption, que la partie faible du rapport peut utiliser contre la partie proche de la source de la preuve et stratégiquement privilégiée, en vue de rétablir l'équilibre des positions entre les parties au litige, afin d'assurer un procès équitable sur un pied d'égalité entre les parties, conformément à l'art. 111 Const. et Art. 47 Charte de Nice (= droit à un recours effectif et à un juge impartial). [Cass. 26.2.2021 no. 5476](#)

15

15

Note : l'anomalie du système juridique italien

Pour tous les facteurs de discrimination, la transposition des directives est correcte et est contenue dans l'Art. 28 dlgs 150 (2011) ("*faits ... dont on peut présumer...*")

Pour la discrimination fondée sur le sexe dans l'emploi uniquement (article 40 du code de l'égalité des chances), la formule est différente : "*des éléments de fait, ... susceptibles d'établir, en termes précis et concordants, la présomption...*" de discrimination.

Mais lorsqu'elle transposera la directive 2023/970, elle devra appliquer la formulation générale des directives sur les salaires.

16

16

Deux nouvelles questions :

(1) la discrimination par "défaut d'information"

- Art. 18(2) Directive 2023/970

Lorsqu'un employeur n'a pas mis en œuvre les obligations relatives à la transparence des rémunérations énoncées aux articles 5, 6, 7, 9 et 10, les États membres veillent à ce qu'il incombe à l'employeur de prouver, dans le cadre de procédures administratives et judiciaires concernant des allégations de discrimination directe ou indirecte en matière de rémunération, qu'il n'y a pas eu de discrimination. Le plaignant bénéficie de tout doute résiduel".

- Art. 5 = information du candidat avant le recrutement
- Art. 6 = information de tous les travailleurs sur les critères de détermination de la rémunération et de la progression économique
- Art. 7 = information des travailleurs (via les syndicats ou les organismes de promotion de l'égalité) sur les niveaux de salaire moyens
- Art. 9 = information sur l'écart de rémunération aux syndicats, à l'inspection, aux organismes de promotion de l'égalité.
- Art. 10 = Obligation d'évaluation conjointe avec les syndicats
- **L'inversion peut donc se produire dans de nombreux cas**

17

- C'est beaucoup plus que ce qui a déjà été dit dans les affaires Meister C-415/10, 19.4.2012 et Kelly cit.
- Il ne s'agit pas d'un "renversement" ordinaire de la charge de la preuve. Il s'agit d'une **assimilation ex lege du silence** à un "*fait pouvant donner lieu à présomption*".
- Effets en droit italien ? Le rapport sur la situation du personnel en vertu de l'art. 46 PCO et la certification de l'égalité en vertu de l'Art. 46bis PCO
- Le paragraphe 2 "*ne s'applique pas si l'employeur prouve que la violation était manifestement **non intentionnelle et mineure***".
- Mais une action en justice fondée sur le seul défaut d'information n'est-elle pas trop risquée ? Voir l'art. 22 de la directive : le juge doit pouvoir apprécier si, en cas de "motifs raisonnables" d'intenter l'action, le demandeur doit être exempté des frais de l'autre partie.

18

2. Discrimination due à l'absence d'aménagements raisonnables pour les personnes handicapées.

L'absence d'aménagements raisonnables constitue une discrimination (directive 2003/78 art. 5, Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées Art. 2)

Les principes de l'arrêt **Conejero 4.7.2013 C-312/2011** et de la **Cour de cassation 31.3.2023 n° 9095** : l'octroi d'une période maximale égale de congé de maladie constitue une discrimination indirecte fondée sur le handicap et ne peut être autorisé qu'en fonction des critères établis pour les "causes justificatives".

Par conséquent, la preuve de la cause de la justification incombe au défendeur

Mais comment l'allègement de la charge de la preuve s'opère-t-il pour le plaignant ?

19

- La preuve de la condition d'invalidité est une preuve complète pour le demandeur (mais la notion d'invalidité est celle des directives, elle ne nécessite pas de certification formelle).
- La preuve du désavantage *idem*.
- D'autre part, la preuve de la "connaissance du handicap" par l'employeur n'est pas nécessaire (**Cour suprême de cassation 31.3.2023 no. 9095**) parce que les interdictions de discrimination opèrent de manière objective.
- Mais le même principe s'applique également si le plaignant conteste l'absence d'aménagements raisonnables, en invoquant **KH Danmark 11.4.2013 C-335/11**. ?
- Peut-on demander un aménagement raisonnable à un employeur qui n'a pas connaissance du handicap ?
- Questions ouvertes.

20

