

LE DROIT D'ACCES A LA PREUVE : LE DEFI DE LA PREUVE DE DISCRIMINATION DANS LES PAYS DE DROIT CIVIL – L'EXEMPLE DE LA FRANCE

Traditionnellement, la discrimination a été poursuivie devant les tribunaux pénaux . Le recours civil résulte essentiellement du droit communautaire, est de droit nouveau et ses résultats demeurent incertains.

Nous faisons donc face à un paradoxe : les acteurs juridiques maîtrisent mieux l'approche du recours et de la preuve en matière pénale, mais ils doivent affronter le fait que la charge de la preuve est si exigeante, que la majorité des recours échouent. Le recours pénal est la plupart du temps inefficace et ne permet pas la mise en œuvre du principe de non discrimination au quotidien.

Le défi est de rendre ce nouveau régime juridique efficace et opératoire dans les pays où son approche, en terme de méthode et de preuve, bousculent les procédés juridictionnels traditionnels.

I- THE MECHANICS OF EVIDENCE IN DISCRIMINATION CASES

1. L'approche du droit communautaire

Dans plusieurs pays tels que la France, les dispositions en matière de discrimination font leur apparition en droit national au moment de la transposition des directives communautaires en matière d'égalité homme/ femme, tout en suivant un régime juridique classique fondé sur la faute de l'auteur de l'acte discriminatoire et la preuve par le demandeur du fondement discriminatoire de la mesure attaquée.

Or, les difficultés liées à l'exigence par les tribunaux de la preuve de l'intentionnalité discriminatoire de l'auteur et du fondement discriminatoire de la décision feront échec aux recours civils initiés en matière de discrimination homme / femme pendant plusieurs années.

La Cour de justice des communautés européennes (CJCE) constatera que l'interprétation des règles de preuve par les juges nationaux prive la victime de la possibilité de se prévaloir de son recours. Sa recherche la conduira à poser progressivement une approche nouvelle de la preuve et du régime juridique reprenant les solutions du droit anglo-saxon et dominée par la recherche de l'opérationnalité du recours.

La première étape a été l'élaboration d'une nouvelle approche de la construction de la preuve et du raisonnement quant à la charge de la preuve du demandeur: A compter de l'affaire Jenkins¹ en 1980, la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) met en place un raisonnement par présomption fondé sur un raisonnement déductif et la preuve d'élément de faits. Le demandeur aura satisfait sa charge de la preuve s'il établit l'impact défavorable de la décision en cause. Le Cour n'a plus à rechercher la preuve de l'intention discriminatoire du défendeur ou du fondement discriminatoire de la décision.

¹ CJCE, 27 mars 1980, aff. 129/79 rec. 1275

Tout ce qui est exigé et la démonstration en faits de l'effet de la décision, ou ce que la Cour appelle la discrimination indirecte.

En 1993, avec l'arrêt Enderby², la Cour élargit l'analyse et retient le concept de preuve de l'apparence de discrimination. La preuve n'a plus à être établie en lien avec l'effet d'une mesure identifiée. La preuve d'une situation de faits discriminatoire satisfera la charge de la preuve requise., même si l'employeur n'est pas directement responsable de certains des facteurs intervenant dans la situation discriminatoire. Ce n'est pas l'implication de l'employeur qui est mise en cause devant la cour mais une situation que lui seul peut corriger.

En l'espèce tout le raisonnement repose sur la démonstration de la valeur comparable d'un travail majoritairement féminin à un travail majoritairement masculin et de l'écart de rémunération de fait. C'est le résultat inégalitaire qui jette une suspicion sur ses causes.

L'écart de situation inexplicé est suspect et emporte l'obligation pour l'employeur d'établir que la mesure n'est pas discriminatoire. La Cour ne se satisfera plus d'une simple négation de la discrimination.

La preuve du demandeur n'est plus orientée vers le fondement discriminatoire de la décision et l'intention de son auteur, mais sur l'établissement d'un constat d'effet discriminatoire de la mesure sur un groupe protégé par l'un des critères de discrimination.

Dans l'affaire Bilka, la Cour précise que le défendeur doit se justifier et répondre à des questions précises. IL doit établir la légitimité de la décision ou de la situation en cause. A cette fin il doit démontrer qu'elle ne poursuit pas d'objectifs discriminatoires, qu'elle est nécessaire et est proportionnée aux objectifs légitimes de l'employeur³.

Dans une deuxième étape, la Cour apporte des précisions quant aux faits permettant d'établir cette présomption ou y répondre.

Le demandeur doit apporter la preuve d'éléments de faits qui, combinés, donneront lieu à la conclusion d'une apparence de différence de traitement. La preuve sera fondée sur une comparaison entre la situation du groupe auquel appartient le demandeur et le groupe des autres, en faits ou en théorie. Cette preuve est , par définition, comparative et les éléments de comparaison sont la plupart du temps en possession du défendeur.

Dans l'affaire, Danfoss⁴, la Cour se fonde notamment, sur la présentation de statistiques établissant un écart de rémunération ente hommes et femmes. Cette preuve est complémentée par une preuve de l'opacité et de l'absence de critères objectifs de la politique de gestion des ressources humaines. La combinaison de ces éléments de fait amène la Cour à une conclusion d'apparence de discrimination.

Dans l'affaire Enderby, la Cour tient compte de la preuve du contexte historique de la dépréciation des professions féminines et de la preuve de la comparabilité du travail d'orthophoniste, une profession majoritairement féminine, et de ceux de psychologues et

² CJCE, 27 octobre 1993, aff. C-127/92, rec. I65535.

³ CJCE, 13 mai 1986, aff. 170/84, rec.1607

⁴ Danfoss, CJCE, 17 octobre 1989, aff. C-109/88, rec. 3199.

de pharmaciens, professions exercées en majorité par des hommes. Elle a pris en considération une preuve d'experts sur la fiabilité de statistiques présentées, le contexte historique de ces professions et l'évaluation de comparabilité des habiletés.

Dans l'arrêt Nimz, les hommes avaient une ancienneté supérieure à celle des femmes, ce qui provoquait une inégalité de rémunération des femmes par rapport aux hommes. La Cour transfère la charge de la preuve et oblige l'employeur à justifier ses barèmes de pondération des emplois en soulignant que l'ancienneté n'est pas un critère justifié de différenciation des salaires si l'employeur ne justifie l'apport spécifique de l'expérience à la profession exercée⁵. La preuve de la légitimité de la mesure et de sa proportionnalité doit donc être précise. C'est à l'employeur de convaincre.

2. Mettre en oeuvre cette approche dans les pays de droit civil

Les tribunaux nationaux accueilleront la jurisprudence de la CJCE avec réticence. Les difficultés de mise en oeuvre seront telles qu'elles amèneront l'Union européenne à souhaiter l'adoption d'une directive sur la charge de la preuve dont les négociations dureront 10 ans⁶. Cette directive 97/80 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination à raison du sexe ne sera adoptée qu'en 1997 et aura peu de temps pour produire ses effets avant l'adoption des directives 2000/43 et 2000/78.

Les nouvelles directives proposent un régime juridique intégrant les évolutions du droit communautaire. Le demandeur doit prouver des éléments de faits menant à une présomption d'apparence de discrimination qui amène le transfert de la charge de la preuve sur le défendeur.

Or, en droit national, ce régime juridique pose deux problèmes importants dans les pays de tradition civiliste :

- Convaincre les tribunaux de conclure à l'apparence de discrimination sans rechercher la démonstration d'une faute.
- Convaincre le juge du droit du demandeur à obtenir accès à la preuve en possession du défendeur.

Les deux facteurs sont inter-reliés car plus le juge sera réticent, plus son exigence au niveau de la preuve avant de transférer la charge de la preuve sera grande.

Dans les systèmes juridiques de tradition anglo-saxonne où s'est développée cette approche de la preuve de la discrimination, l'accès à la preuve est un principe et n'exige pas l'argumentation de la spécificité du régime juridique du droit de la discrimination. La procédure judiciaire est le lieu de construction de la preuve des parties. Les règles de droit commun permettent à la victime de demander l'accès aux preuves nécessaires à son dossier à la partie adverse par voie de demande de transmission de documents, d'interrogatoires préalables ou d'expertise. Ce savoir faire fait partie du travail des avocats et des juges.

Or, si on prend l'exemple français, cette façon d'aborder le procès est largement étrangère à la tradition judiciaire. Le procès civil, par opposition au procès pénal, repose sur les principes selon lesquels "le procès est la chose des parties" et « la charge de la preuve

⁵ CJCE, 1991, aff. C6184/89, rec. I-297.

⁶ Directive 97/80 du 15 décembre 1997, voir M.-T. Lanquetin, Discrimination à raison du sexe, Dr. Soc. 1998, 688.

repose sur le demandeur". Donner accès à la preuve au demandeur par voie de mesures d'instruction équivaldrait à une intervention sur la charge de preuve qui doit rencontrer. Même si la loi prévoit une charge moindre, le demandeur a l'obligation d'y répondre.

Ainsi, se pose avec acuité la question de l'accès de la victime à la preuve en possession de la partie adverse et de l'approche des acteurs juridiques à cet égard comme enjeu de l'accès au recours en discrimination.

Dans les pays de droit civil, la pratique judiciaire traditionnelle est d'aller devant le juge avec les éléments de preuve immédiatement accessibles au demandeur, ce qui explique que le demandeur soit souvent contraint d'aller devant les juridictions pénales pour obtenir accès à la preuve.

La preuve que détient le défendeur n'est donc pas immédiatement accessible et exige la présentation d'une demande au juge qui est par définition exceptionnelle. Obtenir une ordonnance de communication de documents requiert d'avoir déjà présenté une preuve suffisante et se limite à demander des éléments pour compléter la preuve du demandeur : les règles ordinaires ne permettent pas au demandeur d'avoir recours à une telle procédure pour établir les faits de la cause du demandeur.

Cette conception du procès civil est si ancrée que, même en présence d'une jurisprudence soutenant le principe de l'accès à la preuve en matière de discrimination, la victime ordinaire devra faire face à la réticence de son avocat à construire une stratégie fondée sur une demande de communication de preuve. L'usage de moyens procéduriers pour obtenir accès à la preuve ne fait pas partie de la culture des juges et des avocats. Le juge en matière civile ne pas de fonction inquisitoire et ne doit pas prendre part au processus menant à la production de preuve au dossier de la cour.

Cette logique est poussée à une telle extrémité qu'en France, copier les documents de l'employeur est considéré comme un vol, et les preuves obtenues par vol ne peuvent être produites au dossier de la cour. En matière civile, la preuve est sous le contrôle des parties et seule la preuve légale est admissible.

Le juge ordonne rarement la production de preuve et la procédure ne prévoit pas d'interrogatoire au préalable ou l'obligation de communiquer des preuves non alléguées. L'expertise est une mesure exceptionnelle et l'expert est mandaté par le juge et choisi sur une liste fixée par la Cour d'appel. La charge de la preuve du demandeur est très lourde à surmonter en raison de la pratique judiciaire, et la conception traditionnelle du recours civil et de la procédure.

La mise en œuvre des règles de preuve et leur évolution est l'un des réels défis de la mise en œuvre du droit de la discrimination dans les pays de tradition civiliste. Les acteurs judiciaires ne perçoivent pas la preuve comme l'un des aspects essentiels de leur fonction dans le cadre du processus judiciaire et manquent d'expérience à en faire un usage systématique.

Ainsi, La mise en œuvre de ce droit ne dépend-t-il pas seulement de la maîtrise du régime juridique mais exige l'affirmation du droit d'accès à la preuve du demandeur et certaines évolutions quant au déroulement du processus judiciaire.

II- LA RHETORIQUE DE LA CONSTRUCTION DE LA PREUVE

1. Faire valoir le droit d'accès à la preuve : la première évolution nécessaire

Le recours civil en discrimination pose le problème de l'accès de la victime à la preuve, qui est, au regard des définitions légales, comparative et en possession de la partie adverse.

Dans ce contexte, faciliter l'accès au recours équivaut à le rendre opérant et à faire évoluer "la question de l'accès à la preuve" en matière civile. La matérialisation du droit d'accès à la preuve est la condition essentielle de l'imposition de cette norme qui, à ce jour, reste un risque juridique faible pour les auteurs.

En France, le droit de la discrimination n'est que peu sanctionné en matière pénale et reste inopérant en droit du travail jusqu'au milieu des années 90. Il faudra attendre une importante mobilisation des syndicats pour que des recours en discrimination syndicale fondés sur les évolutions jurisprudentielles du droit communautaire lancent le processus à la fin des années 90. Les syndicats ont démontré la discrimination sur la base d'une comparaison entre la situation des représentants syndicaux et des autres salariés. La chambre sociale de la Cour de cassation reconnaîtra progressivement la grille d'analyse du droit communautaire en retenant les comparaisons de cheminement de carrière entre requérants et autres salariés comme moyen pour établir une présomption de discrimination directe.⁷

La Cour ira jusqu'à reconnaître que priver le demandeur de l'accès à la preuve en possession de la partie adverse s'apparente à priver la victime de son recours⁸, et à imposer au juge d'aller à la recherche de la preuve en possession de la partie adverse et d'ordonner la production des documents nécessaires afin de vérifier les allégations d'inégalité de traitement du demandeur.

Ce courant lance un mouvement d'ouverture des mesures d'instructions en matière de discrimination qui pourrait fonder une réelle théorie du droit d'accès à la preuve. Mais encore aujourd'hui en France, malgré une jurisprudence établie, cette possibilité est si contraire à la pratique, qu'elle est méconnue et rencontre la réticence a priori des juges et des avocats.

Mais il ne s'agit que d'une première étape. Car mettre en œuvre un droit d'accès à la preuve emporte une redéfinition des étapes de la procédure et la formation des praticiens à cet égard. Non seulement cette jurisprudence doit-elle être diffusée, mais la pratique doit évoluer. D'un processus en deux étapes, limité à la rédaction des conclusions et la plaidoirie, la pratique judiciaire doit inclure une étape intermédiaire orientée vers la gestion de l'accès à la preuve des parties.

⁷ Cass. Soc. 9 April 1996, no. 1727 P, *RJS* 5/96 no. 550; CCass. Soc. 23 November 1999 no. 4290, *RJS* 5/00 no. 498,

⁸ Cass. soc., 28 mars 2000, Fluchère, Dick et Syndicat CFDT c. SNCF, arrêt no 1027 P+B, Voir Lanquetin, Un tournant en matière de preuve des discriminations, *Dr.soc.* 2000, 589; Cass.crim. 14 juin 2000, CFDT Interco., arrêt no. 2792, 99-81.108

2. La Méthodologie de la preuve

L'enjeu est d'introduire dans la pratique des avocats et des juges une approche du dossier qui soit fondée sur une construction d'une théorie de la cause poursuivant trois objectifs :

- Identifier les faits à prouver ;
- Comment les établir ; et
- Où les trouver.

Cette seconde partie propose des éléments de méthode pour approcher la construction du dossier de discrimination.

1. La preuve accessible au plaignant :

Souvent le plaignant ne sait pas qu'il dispose ou peut disposer d'éléments utiles parce qu'il ne maîtrise pas le droit ou les règles de preuve. Dans ce contexte, une première démarche consiste à identifier les documents auxquels le plaignant a le droit d'avoir accès et dont il pourrait disposer en entreprenant des démarches. Par exemple :

- Documents de l'entreprise accessibles en vertu du droit du travail :
 - o Comme salarié
 - o Par l'intermédiaire du syndicat ou des instances représentatives du personnel.
- Documents accessibles en vertu du droit d'accès à l'information
- Dossier et correspondance complète du plaignant
- Attestation de témoins (salariés, tiers, proches)
- Correspondance avec l'inspection du travail ou organismes publics
- Certificat médical ou médico-légal
- Documents relatifs au contexte comme précédentes demande de logement

Cette première étape permet au demandeur de s'impliquer et d'étoffer son dossier. Elle permet également d'identifier une théorie de la cause et une liste de documents à demander au défendeur ou à des tiers. Ce travail de préparation peut rendre la forme d'une note historique complétée par une recherche sur le contexte, préparée par le demandeur et étoffée au moyen d'échange avec le conseiller juridique et les experts. Ce processus aidera l'équipe du demandeur à évaluer le potentiel du dossier, ses forces et faiblesses et à élaborer une stratégie.

2. Recherche des éléments de preuve en possession du défendeur ou d'un tiers :

La plus part des éléments de preuve qui permettent d'accéder aux fondements du processus décisionnel à l'origine de la plainte sont en possession du défendeur : pratiques du service, méthodes de gestion du personnel, dossiers du personnel, dossiers d'attribution des Offices HLM, méthodes d'attribution etc...

La victime et son conseiller devront revoir l'historique du contexte et du fonctionnement du défendeur, afin de tenter d'identifier en théorie et en pratique, la procédure interne, la forme documentaire que peut prendre l'information et où elle se trouve, au sein de quel service, etc...

Ils devront par ailleurs, dès la préparation du dossier et avant de préparer les procédures étudier le cadre procédural et juridique par lequel ils peuvent avoir accès à ces documents. Une grande partie du travail de préparation du dossier consiste à rechercher ces preuves. Il s'agit d'identifier précisément quoi prouver, quels documents demander, de déterminer à quel moment de la procédure il est opportun de les demander et de préparer l'argumentation d'une telle demande.

3. Eléments contribuant à la présentation de la preuve

a. L'expertise

Les éléments de preuve obtenus doivent permettre d'ajuster une théorie de la cause fondée sur les forces et faiblesses du dossier documentaire. Ce bilan permettra d'identifier les expertises à obtenir pour compléter la présentation d'une théorie de la cause.

Les faits à établir au moyen de l'expertise peuvent être de nature technique, médicale, scientifique ou permettre une analyse des conclusion à tirer de la preuve documentaire, par exemple la preuve statistique, comptable permettant une analyse comparée des rémunérations ou les pertes liées aux déficits dans l'évolution de carrière. Sur l'aménagement raisonnable relatif à l'accès au travail des handicapés, elle pourrait porter sur l'étendue et la raisonnable des travaux requis de l'employeur.

A ce stade, il est impératif d'identifier ce que l'on attend de l'expertise, ce qu'elle doit permettre d'établir afin de participer à l'élaboration du mandat de l'expert. Cet aspect du dossier peut être déterminant.

Dans un système de droit civil, c'est le juge qui mandate l'expert, unilatéralement ou à la demande d'un partie. Il sera essentiel de jouer un rôle actif dans la définition du mandat de l'expert et dans le processus afin de s'assurer de la pertinence du mandat confié à l'expert et de ses conclusions.

b. Les témoignages

Dans les systèmes judiciaires de tradition anglo-saxonne, les interrogatoires occupent une place importante dans le processus de preuve . Ils permettent à la demande d'évaluer la position de la défense avant procès par des interrogatoires hors de cour, et souvent d'étoffer le dossier.

En France, le processus judiciaire ne comporte pas d'interrogatoire préalable, sauf exceptionnellement. De plus, les tiers sont réticents à témoigner et les parties ont tendance à n'utiliser les témoignages qu'accessoirement, de manière complémentaire.

Or, avec le soutien de la preuve documentaire, les auditions de témoins peuvent voire leur fonction renouvelée. Elles peuvent être l'occasion d'évaluer la crédibilité du défendeur ou d'obtenir des informations additionnelles sur le contexte de préparation des documents ou l'existence de documents supplémentaires. Dans un cadre où les difficultés de preuve sont clairement identifiées à la loi du silence, l'audition de témoins peut devenir un enjeux de

stratégique et permettre de confronter les contradictions du défendeur ou d'introduire des éléments de preuve nécessaire pour obtenir une ordonnance de production de documents.

c. Arguments juridiques à tirer de l'attitude de la défense quant à la transmission des éléments de preuve.

En cette période de transition o les défendeurs sont surpris de devoir produire des éléments de preuve au bénéfice du dossier du plaignant, plusieurs choisissent de ne pas se conformer aux ordonnances du juges et ne transmettent pas la documentation requise. Cette stratégie est souvent adossée à un argument selon lequel le demandeur ne pas établit l'inégalité de traitement et son étendue.

Puisque l'ordonnance de production de documents aura été rendue par une autre juge que celui qui siègera au fonds, il faudra présenter devant le juge une argumentation des charges de preuves respectives des parties mais également plaider le défaut du demandeur de se conformer aux ordonnances de production de document qui ont été prononcées et l'impact de ce refus sur la charge de la preuve du demandeur.

Dans IBM c ; BUSCAIL⁹, la Cour d'appel de Montpellier a décidé en 2004, que le défendeur qui ne se conformait pas à une ordonnance de production de documents destinés à établir n'inégalité de traitement, ne pouvait pas plaider l'insuffisance de la preuve du demandeur. Le droit d'accès aux documents a pour corollaire que le défaut de s'y conformer transfère la charge de la preuve sur le défendeur.

Le droit de la discrimination est un droit en construction dans les pays de droit civil. Mais son efficacité dépend de la capacité des acteurs à maîtriser le cadre juridique et à remettre en question les pratiques traditionnelles en termes de droit d'accès à la preuve et de gestion de la procédure civile.

J'espère que cette présentation a aidé les acteurs à comprendre l'enjeu de l'accès à la preuve en matière de discrimination.

⁹ CA Montpellier 25 mars 2003 no. 0200504