

L'OUVERTURE DE LA JURISPRUDENCE EN MATIERE D'ACCES A LA PREUVE : LE DEFI DE LA MISE EN ŒUVRE DU DROIT DE LA DISCRIMINATION EN FRANCE

Traditionnellement en France, 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 exigeante et qu'en l'absence de discrimination ouverte et avérée, la majorité des recours échouent.

Le défi est de rendre le nouveau régime juridique civil transposé du droit communautaire efficace et opératoire, alors que son approche, en termes de méthode et de preuve, est d'inspiration anglo saxonne et bouscule l'approche traditionnelle du contentieux en France.

I- LA RHETORIQUE DE LA CONSTRUCTION DE LA PREUVE EN MATIERE DE DISCRIMINATION

1. L'approche du droit communautaire

Dans plusieurs pays tels que la France, les recours civils 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 civils de la preuve de l'intention discriminatoire de l'auteur et du fondement discriminatoire de la décision feront échec aux recours 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 donc à poser progressivement une approche nouvelle de la preuve et du régime juridique en reprenant les solutions du droit anglo-saxon, dominées par la recherche de l'opérationnalité du recours. Cette approche de la CJCE sera reprise dans les directives communautaires sur les discriminations qui ont été transposées en droit interne par des lois nationales.

La CJCE met en place au cours des années 80 un raisonnement par présomption fondé sur un raisonnement déductif et la preuve d'élément de faits¹. Le demandeur aura satisfait sa charge de la preuve s'il établit l'impact défavorable de la décision en cause sur les personnes de l'un ou l'autre sexe.

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

La Cour n'a plus à rechercher la preuve de l'intention discriminatoire du défendeur ou du fondement discriminatoire de la décision. Tout ce qui est exigé est la démonstration en faits de l'effet de la décision, ou ce que la Cour appelle la discrimination indirecte.

C'est un régime juridique qui n'est pas fondé sur la démonstration de la faute. Ce n'est pas l'implication du décideur qui est mise en cause devant la Cour mais une situation que lui seul peut corriger. C'est donc à partir du constat du résultat inégalitaire, que les décisions qui le fondent seront remises en cause et que l'on demandera au défendeur de se justifier.

L'écart de situation inexplicé est suspect et emporte l'obligation pour le défendeur d'établir que sa décision n'est pas discriminatoire. La Cour ne se satisfera plus d'une stratégie attentiste qui se limite à imposer la charge de la preuve au demandeur et à nier 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'inégalité de traitement, par la preuve de l'effet discriminatoire de la mesure sur un groupe protégé par l'un des critères de discrimination interdits par la loi.

Dans une deuxième étape, la Cour de justice apporte des précisions quant aux faits permettant d'établir cette présomption ou d'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, auteur de la décision.

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

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 français, comme dans plusieurs régimes juridiques continentaux européens, ce régime juridique pose deux problèmes importants :

- 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, qui est comparative et donc par définition en possession du décideur, en l'occurrence le défendeur.

Les deux facteurs sont inter-reliés car plus le juge sera enclin à rechercher la faute, plus son exigence 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 quotidien des avocats et des juges et implique la maîtrise de deux types de compétences : l'identification d'une stratégie d'accès à la preuve et une approche du dossier fondée sur l'identification des faits à mettre en preuve et la manière d'y avoir accès.

Or, cette façon d'aborder le procès est largement étrangère à la tradition judiciaire française. 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 repose sur le demandeur ». Donner accès à la preuve au demandeur par voie de mesures d'instruction est perçu comme une intervention sur la charge de preuve que le demandeur doit rencontrer. Même si la loi transposant les directives prévoit une charge moindre, le raisonnement classique du juriste français sera que demandeur a tout de même l'obligation d'y faire face.

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 matière de discrimination.

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 donc pas au demandeur d'avoir recours à une mesure d'instruction pour établir les faits de sa cause.

Cette conception du procès civil est si ancrée qu'en France, même en présence d'une jurisprudence établie de la Cour de cassation soutenant le principe de l'accès à la preuve en matière de discrimination, les avocats sont réticents à construire une stratégie reposant sur une demande de communication de preuve.

La mise en œuvre du droit de la discrimination exige donc que soit investie une matière nouvelle, dont le fonds dépend exclusivement de la maîtrise d'une nouvelle rhétorique de la preuve, à trois niveaux :

- une analyse juridique essentiellement fondée sur l'analyse des indices mis en preuve pour en tirer des présomptions,
- l'affirmation du droit d'accès à la preuve du demandeur, et
- certaines évolutions quant au déroulement du processus judiciaire pour permettre la réalisation de l'étape de l'accès à la preuve.

La preuve quitte la sphère procédurale du droit pour devenir une question de fonds, et c'est cette reconnaissance par la Cour de cassation qui jettera les bases de l'émergence d'un nouveau droit de l'accès à la preuve du demandeur.

II- UNE JURISPRUDENCE FONDEE SUR LE CONSAT EN MATIERE CIVILE ET EN MATIERE PENALE

L'adoption des directives communautaires anti-discrimination a fait émerger la question des discriminations en France et provoqué une mobilisation des associations de lutte contre le racisme pour la mise en œuvre des recours devant les tribunaux.

Paradoxalement, alors que le droit communautaire vise essentiellement les recours civils et administratifs, les associations en France ont choisi jusqu'à récemment de privilégier le recours pénal. Les décisions se sont multipliées et la pratique s'est développée.

Les jugements révèlent clairement que lorsqu'est brisée la loi du silence et que les acteurs économiques - agents immobiliers, agents ANPE etc.-, se désolidarisent de leurs clients et acceptent de témoigner, ce témoignage emporte la conviction du juge.

Par ailleurs, la mobilisation des associations a donné lieu à une évolution significative de la jurisprudence pénale, qui a permis de construire une approche contournant l'absence de trace matérielle et de témoin, absences qui sont caractéristiques d'un délit qui se niche dans le rapport à l'autre, le non dit et l'appréciation interpersonnelle.

Ainsi, les instructions et les preuves qui portent fruit se construisent autour d'une tentative d'apporter les éléments permettant d'objectiver un constat de l'inégalité de traitement duquel sera déduite l'intention discriminatoire.

Ces modes de preuve prennent trois formes : le testing, le procès verbal de huissier ou d'inspecteur du travail et le recours au faisceau d'indices et aux présomptions.

Or, c'est en matière civile que le droit communautaire propose un régime juridique fondé sur le constat de l'inégalité de traitement et les présomptions. La chambre sociale de la Cour de cassation l'a bien compris et a commencé à intégrer l'approche communautaire et à construire une théorie de l'accès à la preuve dès la fin des années 90 en matière de discrimination syndicale.

1. L'ouverture au testing et aux présomptions en matière pénale

Depuis mars 2006 c'est la loi sur l'égalité des chances qui reconnaît l'admissibilité du testing en matière pénale en France, mais c'est la jurisprudence de la plus haute cour qui l'a initialement déclarée recevable et précisé les principes qui doivent être respectés pour que le testing soit pris en compte pour conclure à la présence d'une discrimination.

Le 12 septembre 2000, la Chambre criminelle de la Cour de cassation refusait de casser une décision de la Cour d'appel d'Orléans qui avait admis comme preuve de discrimination dans l'accès en discothèque, les résultats d'un testing qui établissait que

l'accès était différencié selon l'origine des clients². La preuve de cette opération de testing était apportée par un constat de huissier, des déclarations des personnes s'étant fait refuser l'entrée et le témoignage d'une journaliste présente sur les lieux. Cependant, dans cet arrêt, la Cour restait laconique et ne commentait pas les modalités d'admissibilité et d'appréciation des opérations de testing. Elle se limitait à rejeter les arguments du gérant de la discothèque à l'effet qu'il s'agissait d'une preuve déloyale et par conséquent illégale en s'appuyant sur le principe de liberté des preuves en matière pénal et en déduisant que le testing était recevable.

Dans sa décision du 11 juin 2002, la Cour de cassation précisait que la déloyauté du processus et sa licéité n'intervenaient pas dans l'admissibilité en preuve du testing, l'appréciation de sa valeur probante devant cependant être déterminée par le juge du fonds³.

Les tentatives de preuve par testing se sont multipliées, mais ont souvent été censurées par la jurisprudence. En effet, sa recevabilité en preuve étant admise, la jurisprudence a peu à peu précisé les exigences méthodologiques nécessaires pour évaluer la fiabilité et la valeur probante du testing présenté devant les juges. Notamment, les Cours d'appel ont dû préciser que lorsque les participants étaient membres de l'association qui l'organisait, la neutralité de l'opération et la fiabilité de ses résultats étaient insuffisants au regard des exigences de probité de la preuve pénale⁴. La valeur du testing dépend donc des moyens mis en œuvre pour assurer la fiabilité de son résultat devant la Cour.

Ce n'est que dans sa décision du 7 juin 2005, que la Cour de cassation a confirmé la possibilité de prouver la discrimination au moyen d'un testing téléphonique enregistré⁵. Dans cette affaire, la Cour a déclaré admissibles les enregistrements téléphoniques de conversations téléphoniques qui établissaient qu'un agent immobilier avait informé des candidats locataires qu'un logement était libre ou non selon la consonance française de leur nom de famille.

Dans l'affaire Moulin Rouge, c'est le procès verbal d'enquête de l'inspecteur et un enregistrement téléphonique d'SOS Racisme qui feront office de constat du traitement différencié des salariés selon leur origine⁶. L'inspecteur du travail ayant visité l'établissement, il constatera une ségrégation des tâches, les personnes de couleurs œuvrant en cuisine et la salle n'étant desservie que par du personnel de type européen. Par ailleurs, SOS Racisme fera un testing téléphonique dans lequel la gérante admettra que le personnel en salle est de type européen seulement.

Le constat en matière pénale est donc le moyen de contourner les difficultés liées à l'absence de trace matérielles, de témoin et la difficulté d'établir le fondement d'une décision. La gravité des faits emportant l'intime conviction, ils mènent à une présomption quant au fondement discriminatoire de la décision.

² Cass. crim. 12 septembre 2000, no G 99-87.251 D

³ Cass. crim. 11 juin 2002, no W 01-85.560 F-D

⁴ Voir, C.A. Grenoble, 18 avril 2001, no 00/00657

⁵ Cass.crim. , 7 juin 2005, no 04-87354

⁶ TGI Paris, 31e chambre, 22 novembre 2002, no. 0111790455, C.A. Paris, 11e chambre, 17 octobre 2003, no. 03/00387

Cela ne veut pas dire que le recours pénal est accessible à tous. Dans toutes ces affaires on constate une situation extrême, une mise à l'écart systématique des personnes en fonction de leur origine, constatée dans une situation ponctuelle.

Pour traiter les discriminations qui résultent de processus, de pratiques et des effets inégalitaires d'une organisation, le procès civil sera plus approprié et la preuve du traitement différencié sera différente. Elle ne sera plus systématique mais sera fondée sur un écart significatif.

2. L'évolution du droit d'accès à la preuve en matière civile

Le recours civil en discrimination repose lui aussi sur un constat d'inégalité de traitement. Mais le testing n'est pas admissible en matière civile en France. Se pose donc le problème de la forme de la preuve du constat de discrimination et de l'accès de la victime aux éléments pour l'établir, qui sont, au regard des définitions légales, comparatifs et en possession de la partie adverse.

A la fin des années 90, les syndicats se sont inspirés du droit communautaire pour élaborer une démonstration de discrimination fondée sur une comparaison entre la situation des représentants syndicaux et celle des autres salariés. La chambre sociale de la Cour de cassation reconnaîtra progressivement en matière de discrimination syndicale l'approche comparative inspirée du droit communautaire. Ainsi, elle acceptera de comparer les cheminements de carrière entre représentants syndicaux et autres salariés comme moyen pour établir une présomption de discrimination à charge pour le défendeur d'établir l'absence de discrimination.⁷

Dans l'arrêt *Fluchère*, 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. Elle imposera au juge d'aller unilatéralement 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.

En cette période de transition où 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 juge et ne transmettent pas la documentation requise. Cette stratégie est souvent adossée à un argument selon lequel le demandeur a la charge de la preuve et n'a pas établi l'inégalité de traitement et son étendue.

Dans *IBM c. BUSCAIL*⁹, la Cour d'appel de Montpellier a décidé en 2003, que le défendeur qui ne se conformait pas à une ordonnance de production de documents destinés à établir l'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.

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

⁹ CA Montpellier 25 mars 2003 no. 0200504

Ce courant jurisprudentiel en droit du travail lance un mouvement d'ouverture des mesures d'instructions civiles en matière de discrimination qui pourrait fonder une réelle théorie du droit d'accès à la preuve.

Mais encore faut-il changer l'approche du travail d'avocat et savoir plaider le droit d'accès à la preuve au bon moment devant le juge, identifier le temps de la procédure pour le faire, et investir les compétences et la préparation nécessaires pour identifier les éléments qui permettront de reconstituer et objectiver le constat de discrimination : quels documents demander ? Quel mandat donner à l'expert et qui désigner comme expert ? Quelles questions doit-il se poser ? En faits, quelle est la question dont la réponse déterminera s'il y a ou non inégalité de traitement.

En France, il s'agit d'un travail nouveau pour les avocats qui nécessitera le développement de compétences nouvelles.

L'avocat ici prend des risques. Il pourra à la suite de ses demandes se faire produire au dossier des documents défavorables à la situation de son client, il doit les mesurer et calculer. C'est l'art de l'avocat anglo-saxon qu'il faut appréhender, donc des compétences et une approche du dossier, totalement étrangères au plaideur français qui se limite à « dire pour son client ».

Ici, l'avocat entre dans un jeu stratégique qui l'amène vers la collecte de faits qu'il ne connaît pas encore et qui détermineront sa réussite ou son échec. Ainsi le droit de la discrimination propose un régime juridique nouveau mais impose également un renouveau du rôle de l'avocat sans lequel l'effet discriminatoire ne sera jamais démontré.