

## **Statistiques: expériences d'un juriste**

« Il y a plus de choses sur la terre et dans le ciel, Horatio,  
qu'il n'en est rêvé dans votre philosophie. »

William Shakespeare, « Hamlet », acte 1, scène 5

« Nous reconnaissons que les juristes, et les magistrats en particulier, nourrissent des soupçons innés à l'égard des statistiques et qu'ils entendent souvent ce terme au sens péjoratif. »

Sir Ralph Kilner Brown, Mauldon v BT plc [1987] ICR 450

### **Traité CE**

- 1) Les articles 2 et 3(2) du traité CE établissent que l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes est un des principes fondamentaux du droit communautaire. Seul l'article 141 fonde en fait un droit à effet direct (horizontal et vertical) – celui de « l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins pour un même travail ou un travail de même valeur » Bien que le paragraphe (3) de l'article 141 fasse référence au principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes, il ne va pas jusqu'à conférer aux individus un droit à l'égalité de traitement – il se contente de fournir une base juridique spécifique pour l'adoption de mesures supplémentaires permettant de garantir l'application du principe de l'égalité de traitement. Le résultat, c'est que les questions de discrimination fondée sur le sexe et l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes ont été réglées en grande partie par voie de directives.

## **La directive relative à égalité de traitement**

- 2) La directive relative à l'égalité de traitement (No.2006/54) (DET) concerne la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail. La DET a permis de consolider 7 directives relatives à l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes; elle est entrée en vigueur le 15 août 2006. Elle doit être mise en œuvre par les États membres d'ici le 15 août 2008.
- 3) L'art. 2(1) de la DET contient les définitions:
- « discrimination directe »: la situation dans laquelle une personne est traitée de manière moins favorable en raison de son sexe qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou le serait dans une situation comparable;
  - « discrimination indirecte »: la situation dans laquelle une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre désavantagerait particulièrement des personnes d'un sexe par rapport à des personnes de l'autre sexe, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour parvenir à ce but soient appropriés et nécessaires ;
  - « harcèlement »: la situation dans laquelle un comportement non désiré lié au sexe d'une personne survient avec pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ;
  - « harcèlement sexuel »: la situation dans laquelle un comportement non désiré à connotation sexuelle, s'exprimant physiquement, verbalement ou non verbalement,

survient avec pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et, en particulier, de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ;

### **La discrimination indirecte dans le droit du Royaume Uni**

- nouveau test (depuis le 1/10/2005): S 1(2)(b) Sex Discrimination Act 1975 (SDA) (loi sur la discrimination fondée sur le sexe): le plaignant doit prouver avoir fait l'objet d'une disposition, d'un critère ou d'une pratique (abréviation en anglais : PCP pour provision, criterion, practice) qui, bien qu'apparemment neutre, a un effet négatif différent sur l'un des sexes et constitue un désavantage pour un homme ou pour une femme.
- test 2001: des PCP nuisibles à une proportion « beaucoup plus large » de femmes que d'hommes.
- Avant 2001: critère ou condition qu'une proportion « beaucoup plus faible » de femmes que d'hommes peut remplir.

### **Utilisation des statistiques**

- 4) La constatation d'un effet différent implique souvent une comparaison statistique des pourcentages d'hommes et de femmes pouvant invoquer les PCP en question.

## **Dangers représentés par les statistiques**

### *Distorsion: surévaluation*

- 5) Un des problèmes inhérents à l'utilisation de statistiques est qu'elles peuvent faire l'objet d'une surévaluation, de sorte que leur importance est, soit surestimée, soit mal comprise, et les tribunaux doivent se garder de tirer des conclusions hâtives de variations statistiques mineures : voir l'affaire Appiah and anor v Governing Body of Bishop Douglas Roman Catholic High School [2007] EWCA Civ 10. Dans l'affaire Appiah, une étudiante avait engagé une procédure, au motif que le renvoi de son établissement constituait une discrimination fondée sur la race. L'arrêt du tribunal sur l'utilité des preuves statistiques pour établir l'existence d'une discrimination directe rejoint les dispositions comparables interdisant la discrimination fondée sur le sexe en matière d'emploi. Dans l'affaire Appiah, les statistiques faisaient apparaître que les étudiants noirs originaires des Caraïbes représentaient 15% des étudiants inscrits, mais 27% des exclusions; les étudiants noirs africains représentaient 20% des inscrits et 26% des exclusions ; quant aux étudiants blancs, ils représentaient 26% des inscrits et 17% des exclusions. La CA (Cour d'appel) a estimé que le County Court judge, qui avait débouté la plaignante, avait eu raison de conclure que les statistiques n'avaient qu'une valeur probatoire très faible, voire nulle. Même s'il y avait un déséquilibre marqué dans les chiffres concernant les étudiants noirs originaires de Caraïbes, cela n'était pas le cas des chiffres concernant les étudiants africains noirs, groupe racial auquel appartenait la plaignante. Les chiffres étant raisonnablement comparables, les statistiques ne pourraient avoir force probatoire que s'il était possible de prouver que, dans le passé, un nombre important d'exclusions d'étudiants appartenant à ce même groupe racial avait été discriminatoire ou aurait pu l'être.

*Distorsion: les pourcentages peuvent masquer des grandes ou petites différences en ce qui concerne les chiffres réels*

- 6) Une difficulté à se fier aux pourcentages, c'est qu'ils peuvent déformer la réalité. Des petits écarts entre les pourcentages peuvent correspondre à de grandes différences dans le nombre réel d'hommes et de femmes. Inversement, des différences de pourcentages apparemment importantes peuvent ne représenter que de faibles différences en nombres réels.

Exemple 1	Exemple 2
Echantillon total = 10,000	Echantillon total = 20
Hommes = 9,000 Femmes = 1,000	Hommes = 12 Femmes = 8
Nombre d'hommes remplissant une condition = 700	Nombre d'hommes remplissant une condition = 9
Nombre de femmes remplissant une condition = 50	Nombre de femmes remplissant une condition = 7
Pourcentage d'hommes remplissant une condition = 7.7%	Pourcentage d'hommes remplissant une condition = 75%
Pourcentage de femmes remplissant une condition = 5%	Pourcentage de femmes remplissant une condition = 87.5%

- 7) C'est pourquoi il est important que les tribunaux examinent les faits au delà des pourcentages, et prennent en considération les différences réelles entre les proportions. Pour prendre un autre exemple, lorsque la comparaison porte sur des populations importantes réunies dans un même échantillon et que le pourcentage d'hommes et de femmes au sein de l'échantillon est à peu près égal, de faibles variations de la proportion respective d'hommes et de femmes peuvent masquer des différences considérables au niveau des chiffres réels. Si par exemple, le total de la population active masculine est de 15 millions, si 2% des hommes peuvent remplir une condition contenue dans des PCP et seulement 1% de femmes, bien que la différence en pourcentage soit seulement de 1%, cela peut masquer une différence, en chiffres réels, de 150.000 hommes de plus que de femmes capables de remplir cette condition. Au contraire, si l'échantillon est restreint (par exemple seulement 16 personnes réparties à égalité entre hommes et femmes) un pourcentage de 62.5% d'hommes en mesure de remplir la condition et de seulement 37.5% de femmes, signifie concrètement que 5 hommes et 3 femmes peuvent remplir la condition. La différence de 25% peut paraître considérable, mais il suffirait d'un homme « capable de remplir la condition » en moins et d'une femme « capable de remplir la condition » en plus pour que la différence soit totalement gommée.

## Contextes: cas dans lesquels l'utilisation de preuves statistiques a eu valeur probatoire

... en tant qu'élément de l'argument de « réalité »

8) En matière de licenciement abusif, les statistiques peuvent constituer un facteur pertinent lorsqu'elles permettent d'établir les âges habituels de départ à la retraite: Mauldon<sup>1</sup>

- Dans l'affaire Mauldon, M a été licencié peu avant âge de 63 ans pour raison de santé. M a maintenu qu'il aurait pu raisonnablement prétendre travailler jusqu'à 65 ans. M a présenté des statistiques faisant apparaître que, sur une période de 5 ans, 90% des salariés du même grade que M étaient restés en fonction au-delà de 60 ans, et que 50% étaient restés en fonction au-delà de l'âge de 64 ans. Le Employment Tribunal (ET), (tribunal du travail) s'est déclaré incompétent, dans la mesure où M avait dépassé l'âge normal de départ à la retraite (normal retiring age (NRA)). Le ET a rejeté les preuves statistiques sans les examiner au fond, au motif qu'elles n'étaient pas pertinentes. Il s'est en revanche inspiré des arrêts rendus par le Employment Appeal Tribunal (EAT), (Cour d'appel du travail), qui avait statué que la poursuite de l'activité professionnelle au delà de 60 ans, en vertu de la procédure BT, était purement discrétionnaire, de sorte que l'âge légal de départ à la retraite (contractual retirement age (CRA) était synonyme de NRA, en dépit du fait qu'il était rarement appliqué. M a fait appel devant le EAT en argumentant que les statistiques indiquaient les âges réels de départ à la retraite. Le EAT a estimé que, pour déterminer le NRA, le ET devrait « procéder à une évaluation raisonnablement fondée, tant en ce qui concerne les données statistiques que la situation réelle ». Il a estimé qu'aucun de ces critères n'était à lui seul « décisif », mais que le ET avait eu tort de réfuter en bloc les preuves statistiques. Il a considéré comme spécifiquement établi que le ET s'était fourvoyé et lourdement trompé en estimant pouvoir ignorer les preuves statistiques. De l'avis du EAT, le fait que les statistiques indiquaient que 54 salariés sur 60 étaient partis à la retraite après 60 ans avait valeur probatoire, et que cela légitimait « l'attente raisonnable » de M de pouvoir travailler jusqu'à 65 ans.

---

<sup>1</sup> Mauldon v British Telecommunications PLC [1987] ICR 450

... en tant qu'élément de l'argument de discrimination

9) Les preuves statistiques ont, pour des raisons de logique, valeur probatoire, et sont par conséquent pertinentes pour juger de l'existence ou non d'une discrimination directe: Singh<sup>2</sup>.

- Dans l'affaire Singh, S avait demandé la publication de la liste des candidats blancs et des candidats noirs à des postes de contrôleur du trafic en 1984 et 1985, assortie d'une ventilation des candidats embauchés, pour appuyer ses affirmations selon lesquelles, sur une longue période de temps, aucun candidat noir n'avait été embauché, ou tout au plus exceptionnellement. La partie défenderesse, son employeur, a objecté que les statistiques n'avaient pas valeur probatoire (et n'étaient pas pertinentes), car elles ne portaient pas sur la question de savoir si S avait personnellement fait l'objet d'une discrimination. Dans un arrêt qui a fait jurisprudence, la Court of Appeal (CA), a défini les éléments spécifiques constitutifs de la discrimination et a noté:
  - la difficulté pour les plaignants de prouver leur cas, dans la mesure où, en règle générale, il n'y a pas de preuve de discrimination manifeste. C'est aux ET qu'il appartient de déduire l'existence d'une discrimination à partir des faits.
  - la discrimination directe implique un traitement moins favorable en raison de l'appartenance à un groupe particulier. Les statistiques peuvent faire apparaître des éléments récurrents particuliers dans le traitement de ce groupe: si ces éléments démontrent que les membres de ce groupe sont régulièrement écartés des procédures de promotion ou qu'ils sont sous représentés dans les emplois concernés, cela peut permettre de déduire que le groupe est victime de discrimination. C'est pour cette raison que le code de conduite élaboré par la Commission for Racial Equality (CRE), (Commission pour la promotion de l'égalité raciale) recommande un monitoring ethnique.

---

<sup>2</sup> West Midlands Passenger Transport Executive v Singh [1988] ICR 614, CA

- s'il avère qu'une pratique donnée existe envers un groupe défini, il est alors raisonnable de déduire (en l'absence d'autre explication satisfaisante) que le plaignant, en tant que membre de ce groupe, a fait l'objet d'un traitement moins favorable fondé sur la race. La preuve de l'existence d'un traitement discriminatoire à l'égard du groupe est une preuve plus convaincante de discrimination dans un cas particulier que le traitement réservé préalablement à cet individu.
- la preuve avancée par les employeurs, qui indiquent embaucher des salariés blancs et des salariés noirs et mener par conséquent une politique de non discrimination est généralement admise. Si cette preuve est considérée comme ayant valeur probatoire, l'inverse doit également être vrai.
- puisqu'il est rarement possible de mesurer objectivement si un candidat est qualifié, le jugement porté est souvent subjectif, et un taux particulièrement élevé de rejets de candidatures issues d'un groupe particulier peut s'expliquer par des attitudes raciales conscientes ou inconscientes et des préjugés raciaux.
- eu égard à ces faits, les informations statistiques sont pertinentes, dans la mesure où elles peuvent aider le plaignant à construire son dossier et prouver que la discrimination constituait la cause du traitement infligé à l'individu et à son groupe, et à réfuter les affirmations de l'employeur, selon lesquelles il pratiquait une politique d'égalité de traitement (Equal Opportunities Policy (EOP)).
- la « pertinence » n'est pas le seul critère pris en compte pour la publication. Encore faut-il prouver que celle-ci est nécessaire pour garantir une procédure équitable. Elle peut faire l'objet d'un refus s'il avère qu'il s'agit simplement d'« aller à la pêche » ou si elle représente des complications et des coûts excessifs.
- Lord Justice Balcombe a déclaré:

« Le problème de fond qui subsiste toutefois c'est que, en application des normes statistiques habituelles, les seules preuves statistiques présentées devant les tribunaux du travail sont en fait inappropriées. Elles se basent

sur un échantillon de très petite taille d'un nombre très réduit de postes atypiques. Peut-on par conséquent estimer à juste titre que le plaignant a prouvé son cas ? C'est à nos yeux une question extrêmement complexe. D'un côté, c'est au plaignant qu'incombe la charge de la preuve et les statistiques, prises isolément, ne prouvent pas son cas. D'un autre côté, il n'est pas du tout souhaitable que, pour tous les cas de discrimination indirecte, la présentation de données statistiques élaborées soient requise pour considérer que le cas soit prouvé. Le temps et les coûts nécessaires à l'élaboration et la confirmation de preuves statistiques peuvent être considérables, ainsi que l'indique l'expérience américaine. Exiger ce type de preuves n'est pas la bonne façon de procéder, à moins qu'il s'avère nécessaire de vérifier que les conditions contenues dans S.1(1)(b)(i) sont satisfaites. C'est avec quelques hésitations que nous sommes arrivés à la conclusion que le plaignant avait prouvé son cas. Il a fourni les preuves uniquement en ce qui concerne le bureau de Southall. Si son employeur avait voulu contester cette preuve, il aurait du, soit présenter des statistiques différentes et prouvant les faits réels, soit, sans avoir fourni de telles preuves, démontré que les statistiques présentées par le plaignant donnaient une image déformée de la réalité. Dans le cas d'espèce, ils n'a fait ni l'un ni l'autre... ».

Il a poursuivi en disant que, de fait, les preuves statistiques avancées, loin de réfuter la preuve en question, ne faisaient au contraire que la renforcer.

- 10) Cependant, les tribunaux n'ont pas compétence pour obliger les parties à fournir des preuves sous forme de données statistiques: Carrington<sup>3</sup>. Le EAT a estimé qu'il n'avait pas compétence pour obliger un employeur à élaborer un inventaire contenant les détails de la composition ethnique, si cette information n'existait pas au préalable dans des registres ou

---

<sup>3</sup> Carrington v Helix Lighting Ltd [1990] IRLR 6

des documents à partir desquels il serait possible de compiler les preuves requises. La compétence d'ordonner la publication se limite aux documents déjà existants.

*... en tant qu'élément de l'argument de discrimination indirecte fondée sur le sexe*

11) Il y a prima facie existence d'une discrimination indirecte fondée sur le sexe, lorsque des statistiques dont la valeur est reconnue font apparaître une différence appréciable de rémunération entre deux emplois de valeur égale et que l'un d'entre eux est exercé presque exclusivement par des femmes et l'autre de façon prédominante par des hommes: Enderby<sup>4</sup>

« C'est aux tribunaux nationaux de décider s'ils entendent prendre ces statistiques en considération, c'est-à-dire s'ils estiment qu'elles concernent un nombre suffisant d'individus, ou si elles illustrent de façon purement fortuite un phénomène éphémère, et si, de façon générale elles semblent pertinentes. »

Juge O'Due

12) Un tribunal a eu raison d'opter pour une approche statistique, afin de déterminer il y avait eu prima facie discrimination, à condition d'avoir été convaincu de la validité des statistiques et de l'opportunité de leur utilisation: Bailey<sup>5</sup>

13) Les statistiques, lorsqu'elles sont convaincantes, peuvent démontrer l'existence d'une présomption indéniable de discrimination indirecte fondée sur le sexe: Villalba<sup>6</sup>

« Lorsque des statistiques convaincantes, pertinentes et suffisamment irréfutables démontrent que les femmes subissent un effet différent que les hommes, il existe une présomption indéniable que les arrangements pris ont été indirectement viciés par des

---

<sup>4</sup> Enderby v (1) Frenchay Health Authority (2) Secretary of State for Health [1993] IRLR 591

<sup>5</sup> Home Office v Bailey and ors [2005] EWCA Civ 327

<sup>6</sup> Villalba v Merrill Lynch and Co Inc and Ors [2007] ICR 523

considérations de sexe, même s'il n'est pas possible d'indiquer de quelle façon cela s'est produit et mêmes si les besoins différents invoqués constituent une justification objective. »

Mr Justice Elias

## **Grands et petits échantillons**

*... une base statistique restreinte est ok*

14) Pour prouver une discrimination indirecte fondée sur la race (pour laquelle le test pertinent était de savoir si « une proportion considérablement plus faible de fonctionnaires noirs » étaient en mesure de remplir « un critère ou une condition »), ce qui importe, ce sont les proportions à l'intérieur des groupes comparés. Des preuves statistiques sophistiquées n'ont aucune pertinence, de même que les chiffres précis et les rapports entre eux: Perrera<sup>7</sup>.

15) Dans l'affaire Perrera, P a demandé une promotion qui lui a été refusée parce que la limite d'âge était fixée à 32 ans. P a opposé que la limite d'âge constituait « un critère ou une condition » qu'une proportion « considérablement plus faible » de fonctionnaires noirs pouvait remplir, et constituait pour cette raison une discrimination indirecte. P avait produit des preuves statistiques qui faisaient apparaître qu'aucun cadre supérieur noir âgé de moins de 32 ans ne travaillait dans le service de TVA auquel il appartenait. Le Civil Service a produit des statistiques, indiquant qu'il n'y avait pas non plus de cadres supérieurs noirs âgés de moins de 32 ans dans deux autres bureaux de TVA londoniens. Le tribunal a débouté P, estimant qu'il n'y avait pas suffisamment d'éléments pour prouver qu'il existait un nombre comparable de cadres supérieurs noirs et de cadres supérieurs blancs susceptibles de remplir cette condition. Les preuves fournies au sujet des bureaux de TVA n'étaient pas

---

<sup>7</sup> Perrera v Civil Service Commission [1982] IRLR 147

représentatives de l'ensemble du Civil Service, en raison de l'existence d'un régime spécial autorisant l'embauche de personnes jusqu'à l'âge de 55 ans. Le EAT a déclaré recevable le recours formé par P et a conclu que le ET avait eu tort de s'intéresser aux statistiques portant sur les proportions respectives de noirs et de blancs parmi les 60.000 cadres supérieurs que compte le Civil Service – et que la question pertinente était de savoir qu'elle était la proportion de noirs et celle de blancs âgés de moins de 32 ans. La proportion de salariés noirs en mesure de remplir les conditions (c.a. de ceux âgés de moins de 32 ans) était de 0% et le EAT a estimé que c'était une proportion « considérablement plus faible ». Le EAT a jugé que la preuve statistique n'était pas satisfaisante, parce qu'elle était constituée d'un échantillon de très petite taille composé d'un très petit nombre de bureaux atypiques. Toutefois, il a estimé qu'il n'était pas nécessaire de produire des statistiques sophistiquées dans tous les cas de discrimination indirecte en raison du temps et des coûts nécessaires. Il convient de noter que P a gagné son procès, parce que le Civil Service n'avait pas présenté de statistiques prouvant le contraire ou essayé de démontrer que les statistiques fournies par P donnaient une image incorrecte (parce que déformée). Les preuves fournies par P ne concernaient que le bureau de Southall.

*...une base statistique large est ok*

16) Dans l'affaire Lea (voir ci dessous) la base statistique était très large, car elle contenait des personnes qui ne possédaient pas les qualifications requises, de même que des personnes qui étaient surqualifiées. Le EAT a estimé que l'échantillon était approprié, indiquant qu'un échantillon présenté dans un but de comparaison n'avait pas à être un reflet parfait de la réalité: des statistiques portant sur l'ensemble de l'échantillon de la population active étaient appropriées.

17) Les affaires Perrera et Lea ont un point commun: le succès des plaignants est en partie du au fait que la partie défenderesse n'a pas produit de statistiques apportant la preuve du contraire.

## Petits échantillons et « statistiques fortuites »

18) Les tribunaux doivent vérifier que les statistiques qu'ils prennent en considération ne soient pas purement fortuites ou ne portent que sur une courte durée: Enderby.

« Il appartient aux tribunaux nationaux de vérifier que les statistiques concernant les salariés sont correctes et peuvent être prises en compte, c'est-à-dire, qu'elles portent sur suffisamment d'individus, qu'elles ne concernent pas des phénomènes purement fortuits et de courte durée, et que, de façon générale, elles semblent pertinentes. »

Juge O'Due

19) Le tribunal doit s'accommoder du fait que les candidats et les groupes avec lesquels ils sont comparés englobent tous les travailleurs qui, tenu compte de facteurs tels que la nature de l'emploi, les exigences en matière de formation et les conditions de travail, peuvent être considérés comme se trouvant dans une situation comparable et que les groupes couvrent un nombre relativement important de travailleurs, ce qui garantit que les différences ne sont pas dues à des facteurs purement fortuits ou de courte durée, ou à des différences dans les performances individuelles des travailleurs concernés: Royal Copenhagen<sup>8</sup>

20) Lorsque l'échantillon est de taille très réduite (quelques travailleurs sur un lieu de travail relativement restreint), les chiffres fournis par ce seul échantillon peuvent alors donner une image fautive de la réalité: White<sup>9</sup> et voir également Nelson (voir ci dessous). Dans l'affaire White, le ET a estimé que le département télémarketing, composé de 4 travailleurs,

---

<sup>8</sup> Specialarbejderforbundet I Danmark v Dansk Industri, acting for Royal Copenhagen A/S [1995] IRLR 648

<sup>9</sup> White v Timbnet EAT 1125/99

constituait un échantillon correct: le plaignant, plus deux autres femmes et un homme. Tous les membres de l'échantillon, à l'exception du plaignant, satisfaisaient au critère de travailler à temps complet. Le ET a estimé qu'il n'y avait pas de discrimination indirecte, car il ne souhaitait pas conclure, sur la base dont il disposait, qu'il y avait une proportion « considérablement plus faible » de femmes que d'hommes susceptibles de remplir ce critère. Le EAT a jugé que le ET n'aurait pas du se limiter, dans son évaluation, à l'analyse de la façon dont les chiffres se répartissaient au sein de l'échantillon, dans la mesure où l'échantillon était trop petit et le fait qu'une seule personne change de camp aurait substantiellement modifié ces chiffres. Le ET aurait plutôt du tenir compte des statistiques nationales, de ce qu'il savait en ce qui concerne la situation de la femme dans la société en général, de même que les statistiques de l'échantillon.

21) Dans l'affaire Venkatasamy<sup>10</sup>, le tribunal a estimé que le fait, pour un employeur, d'obliger ses employés à travailler jusqu'à 17 heures, représentait des PCP. L'échantillon produit se composait de 8 salariés (cinq femmes et trois hommes). Tous les hommes et quatre femmes sur cinq étaient en mesure de remplir cette condition (100% contre 80%). En estimant qu'un effet aussi disproportionné ne pouvait être purement fortuit, le ET a examiné les statistiques de 2003 publiées par la Commission pour l'égalité des chances (the Equal Opportunities Commission), qui indiquaient que 82% des travailleurs travaillant à temps partiel étaient des femmes et que plus de femmes ayant des enfants à charge travaillaient à temps partiel que d'hommes. Le ET, fort de son expérience, a conclu que les PCP consistant à exiger que les employés travaillent jusqu'à 17 heures désavantageaient une proportion considérablement plus large de femmes que d'hommes.

### **Échantillons appropriés**

22) Le choix de l'échantillon approprié relève en dernier ressort de la compétence du tribunal. Ceci dit, le plaignant n'a pas intérêt à ce que la décision sur ce point intervienne trop tard, par exemple au stade très tardif de l'audience et de l'examen au fond. Il est préférable que cette

---

<sup>10</sup> Venkatasamy v Dhillon and Co Solicitors ET Case No.32303381/04

question soit réglée à un stade antérieur de la procédure, par exemple lors de l'examen préliminaire. Une fois que le tribunal s'est prononcé sur l'échantillon, le plaignant connaîtra la nature précise des circonstances qui l'attendent.

23) Un exemple dans lequel le tribunal n'a pas tenu compte du choix du plaignant en ce qui concerne l'échantillon, et a imposé ses vues en matière d'échantillon approprié, est l'affaire Jones<sup>11</sup> (voir également l'affaire Lea ci dessous). Dans l'affaire Jones, les statistiques faisant apparaître qu'une proportion considérablement plus large d'étudiantes mûres ne pouvaient pas remplir les conditions de limite d'âge fixée à 35 ans, n'ont pas été considérées comme prouvant l'existence d'une discrimination indirecte fondée sur le sexe, au motif que l'échantillon approprié à des fins de comparaison n'aurait pas du être limité uniquement aux étudiants mûrs (ce qui était la position de la plaignante), mais aurait du au contraire englober, de l'avis du ET, tous les diplômés:

- J (46 ans) avait pris connaissance d'une offre d'emploi pour un poste de conseiller de carrière au sein du UM Careers Advisory Service. L'offre d'emploi indiquait que la personne recherchée devait être « diplômée, âgée de préférence de 27 à 35 ans et avoir une expérience professionnelle avérée ». J a posé sa candidature.
- J a fait valoir que la limite d'âge avait des effets adverses pour les étudiantes mûres et constituait une discrimination, parce que les femmes en fin d'études avaient en général commencé leur formation universitaire plus tard que leurs homologues masculins, de sorte qu'une proportion considérablement plus large d'étudiantes, par rapport aux étudiants, n'était pas en mesure de remplir les conditions de limite d'âge de 35 ans, voire moins.
- J a étayé ses affirmations en présentant des statistiques concernant les étudiants de première année d'université, qui faisaient apparaître qu'une majorité écrasante d'étudiants en licence obtenaient leur licence avant l'âge de 25 ans et n'étaient pas désavantagés par la limite d'âge. Mais, en ce qui concerne les étudiants plus âgés (en particulier ceux obtenant leur licence à 25 ans ou plus), les statistiques prouvaient que,

---

<sup>11</sup> Jones v University of Manchester [1993] IRLR 218

parmi les candidats à l'université, 3.3% des hommes entraient en deuxième cycle à des âges se situant entre 25 et 29, alors que ce n'était le cas que pour 2.8% de femmes. Et l'examen du nombre d'étudiants entamant le deuxième cycle à l'âge de 30 ans ou plus, indiquait un pourcentage de 3.7% pour les femmes, contre seulement 2.1% pour les hommes. C'est pourquoi les étudiants mûrs avaient plus de chances d'entrer en deuxième cycle entre 25 et 29 ans. Et c'est ainsi qu'ils avaient plus de chance de pouvoir postuler au poste concerné en respectant la limite d'âge. Les étudiantes mûres, quant à elles, avaient plus de chances d'entrer en deuxième cycle à l'âge de 30 ans ou plus, et n'avaient donc même pas la possibilité, pour beaucoup d'entre elles, d'obtenir leur diplôme avant d'avoir atteint la limite d'âge fixée pour l'emploi en question, sans parler de l'expérience professionnelle requise.

- Le EAT a déclaré recevable le recours formé par l'employeur et a jugé que le ET s'était trompé dans son choix de l'échantillon. L'offre d'emploi s'adressait à tous les diplômés âgés de 27 à 35 ans, alors que l'approche du tribunal avait eu pour effet de reformuler l'offre d'emploi, qui s'adressait alors à des étudiants mûrs diplômés. Le EAT a estimé que S.5(3) de la loi SDA exigeait que la comparaison porte sur ce qui est vraiment comparable, et n'autorisait pas J à « subdiviser son sexe » et présenter en conséquence, pour effectuer la comparaison, un échantillon composé d'individus ayant obtenu leur diplôme en tant qu'étudiants mûrs. Le seul échantillon autorisé devait englober tous les diplômés âgés de 27 à 35 ans.
- La CA a suivi le EAT pour dire que l'échantillon devait comprendre tous les diplômés disposant d'une expérience pertinente, et a estimé que la plaignante n'était pas fondée à choisir un échantillon plus restreint, composé uniquement d'étudiants mûrs, pour comparer le nombre d'étudiantes mûres en mesure de respecter la limite d'âge par rapport au nombre d'étudiants mûrs dans la même situation.

## Les approches basées sur l'avantage ou sur le désavantage

24) En cas de comparaison statistique, il est nécessaire de partir du groupe avantagé:

Rutherford<sup>12</sup>:

- R a été licencié pour raison de sureffectifs par son employeur, HTC Ltd, à l'âge de 67 ans.
- Il a engagé une procédure pour licenciement abusif et a demandé à percevoir l'allocation de chômage prévue par la loi.
- La question cruciale était de savoir si l'échantillon pertinent comprenait l'ensemble de la population active du pays, ou seulement une partie d'entre elle. Si, comme le représentait R, l'échantillon devait être constitué seulement par référence à ceux affectés ou susceptibles d'être affectés de façon négative par la limite d'âge (c.a. les employés âgés), (le « groupe désavantagé »), les statistiques disponibles indiquaient qu'une proportion considérablement plus large d'hommes que de femmes faisant partie de cet échantillon n'étaient pas en mesure de remplir ce critère d'éligibilité, à savoir d'être âgé de moins de 65 ans. D'un autre côté, si, comme le prétendait le Secretary of State, l'échantillon approprié devait englober toutes les personnes représentant l'ensemble de la population active entre 16 et 79 ans, qui, à l'exception de la limite d'âge, étaient autorisées à faire valoir les droits statutaires en question (c.a. l'ensemble de la population active), (le « groupe avantagé »), les données faisaient alors apparaître qu'il n'y avait pas d'effet négatif différent particulier sur les hommes par comparaison aux femmes.
- Le ET a conclu que l'échantillon approprié englobait les travailleurs âgés de 55 à 75 ans, le groupe désavantagé, dans la mesure où la retraite a un « vrai sens » pour ces personnes.

---

<sup>12</sup> Secretary of State for Trade and Industry v Rutherford and anor [2006] [UKHL] 19

- Le EAT, la CA et le HL ont tous estimé que l'échantillon correct était le groupe avantagé. De l'avis de Lord Walker, l'échantillon utilisé pour la comparaison devrait être pris en considération tel quel, et les statistiques pertinentes devraient être analysées sans considération de facteurs sociologiques ou économiques sous-jacents (qui ne deviennent pertinents qu'au stade de la justification objective). C'est la raison pour laquelle il estime que le ET a eu tort de se demander, au moment de choisir l'échantillon, qui avait réellement intérêt à partir à la retraite à 65 ans.
- Quant à savoir s'il convient d'adopter une approche fondée sur l'avantage ou au contraire sur le désavantage, Lord Walker a opté pour la première approche. Il a cité un certain nombre d'autorités nationales qui, à son sentiment, avaient manifesté «une certaine sympathie» pour sa position. Cependant, a-t-il poursuivi, dans certaines circonstances, certains éléments de l'approche fondée sur le désavantage pourraient s'avérer utiles. Mais même dans ce cas, plus la majorité de personnes avantagées est prédominante dans l'échantillon pertinent, plus il sera difficile de prêter beaucoup d'attention aux résultats que donnerait une approche fondée sur le désavantage.
- Lord Walker a déclaré pouvoir à la rigueur imaginer certains cas improbables, dans lesquels une approche fondée sur le désavantage permettrait d'alerter sur la probabilité d'une discrimination contestable. Si (dans un échantillon de mille personnes) les 95% de personnes avantagées étaient réparties à égalité entre hommes et femmes, et que les 5% de personnes désavantagées étaient toutes des femmes, la différence très marquée en ce qui concerne le désavantage, ferait d'un tel cas un cas exceptionnel, et le fait que les pourcentages de personnes avantagées ne soient pas très différents (100% d'hommes et 90.5% de femmes) ne serait pas décisif. Mais dans cette affaire, ce n'était pas le cas. Dans le groupe désavantagé, le rapport (hommes par rapport aux femmes) était de 1.44:1, tandis que dans le groupe avantagé, le rapport était de 1:1.004. Ce dernier chiffre ne fait pas apparaître de différence extraordinaire entre les hommes et les femmes, et le premier chiffre ne fait pas apparaître de différence extraordinaire qui justifierait de ne plus se concentrer sur le groupe avantagé.

25) Le tribunal est fondé à considérer surtout le groupe désavantagé: Grundy<sup>13</sup>

- G a commencé à travailler pour BA en 1987 à temps partiel sur base d'un contrat de « Support Cabin Crew » (SCC). Il a été mis fin en 2003 à ce statut de SCC à temps partiel, et G a commencé à cette date à travailler sur base d'un contrat de « Cabin Crew » (CC) à temps partiel. Elle a été intégrée dans la grille des salaires de BA, mais en raison de dispositions particulières applicables aux contrats de SCC, elle ne s'est vue créditer que de cinq années de service. En conséquence, son rang dans l'échelle des salaires s'est trouvé très inférieur à celui de W, un collègue masculin qui effectuait un «travail de même valeur », mais n'avait jamais travaillé sur base d'un contrat SC. G a introduit une action devant un tribunal du travail pour obtenir une rémunération égale.
- Après avoir déclaré l'affaire recevable, le tribunal a estimé que la proportion de femmes travaillant sur base d'un contrat de SCC était très supérieure à celles qui travaillaient sur base d'un contrat de CC, et que la différence de rémunération ne pouvait pas être justifiée. BA a fait appel devant le EAT, qui a jugé que le tribunal s'était à tort attaché au groupe désavantagé.
- La Court of Appeal, quant à elle, a estimé que, pour évaluer s'il existe une différence de rémunération de nature à avoir un effet adverse particulier sur les femmes, aucun principe de droit n'oblige un tribunal à ne considérer que le groupe avantagé. En conséquence, le Employment Tribunal n'avait pas commis d'erreur en s'attachant au groupe désavantagé.

---

<sup>13</sup> Grundy v British Airways plc CA 23/10/2007

## Jurisprudence récente du ET en application des nouvelles règles en matière d'échantillon

26) Dans l'affaire Savva v Hillgate Travel (ET Case No.2200525/2006), la plaignante avait un travail posté avec des horaires fixes lui permettant d'assumer l'éducation de ses enfants et son employeur souhaitait qu'elle travaille selon des horaires souples. Elle a engagé une procédure pour discrimination indirecte fondée sur le sexe. Le ET a limité l'échantillon aux salariés de l'employeur dont 75% étaient des responsables du budget effectuant le même travail que la plaignante, et parmi eux, 75% étaient des femmes et 25% des hommes. Seulement 4 personnes parmi les responsables du budget avaient un horaire fixe et étaient des femmes ayant charge d'enfants. Le ET a conclu que ces chiffres indiquaient que, toute demande d'accepter un horaire souple, mettait les femmes faisant partie du personnel dans une situation particulièrement désavantageuse.

27) Dans l'affaire Bradley v West Midlands Fire and Rescue Authority (ET Case No 13047//06), B a estimé qu'il lui serait difficile de changer d'horaires, en raison du fait qu'elle avait charge d'enfants. Le ET a souligné que l'échantillon devait être composé de la partie du personnel affectée par ces changements, ou potentiellement affectée par les PCP, dans le cas d'espèces le personnel d'exploitation.

### **Combien de différence est-elle suffisante?**

28) L'ancienne jurisprudence ne fixait pas de référence. Dans chaque affaire, cela dépend des circonstances de l'espèce. La règle des « quatre cinquièmes » adoptée par la Equal Employment Opportunity Commission<sup>14</sup> des USA n'a pas rencontré la faveur des tribunaux

---

<sup>14</sup> The EEOC's Uniform Guidelines on Employee Selection Procedures, 29 C.F.R. §1607 *et seq.* (« Uniform Guidelines »), constate un effet adverse à partir du moment où les membres d'une classe protégée sont embauchés dans des proportions inférieures de 4/5 (80%) à celles d'un autre groupe.

du Royaume Uni, ni celle des juridictions européennes: McCausland v Dungannon District Council [1993] IRLR 583.

29) En dernier ressort, c'est au ET de se prononcer sur les faits, et le EAT se gardera bien d'intervenir, à moins qu'il y ait une erreur de droit ou qu'un arrêt soit pervers: Edwards

- Une différence de 4.1% dans des statistiques, qui démontrent que 95.3% d'hommes contre 99.4% de femmes ne sont pas en mesure de remplir une condition donnée, a suffit pour prouver une discrimination indirecte fondée sur le sexe, dans la mesure où les statistiques établissaient qu'une proportion «considérablement plus faible» d'hommes que de femmes étaient en mesure de remplir cette condition: Lea<sup>15</sup>
  - L, qui bénéficiait d'une retraite complémentaire, a engagé une procédure pour discrimination indirecte fondée sur le sexe au moment où son employeur a imposé, pour le poste occupé par L, une condition interdisant l'embauche de personnes bénéficiant d'une retraite complémentaire. L se fondait sur des statistiques portant sur l'ensemble de la population active (c.a. laissant de côté les enfants, les chômeurs et les bénéficiaires d'une retraite complémentaire), qui démontraient que 99.4% des femmes, mais seulement 95.3% des hommes étaient en mesure de remplir la condition de ne pas être bénéficiaire d'une retraite complémentaire.
  - le ET a accepté l'échantillon de personnes proposé à des fins de comparaison et a conclu que la proportion d'hommes en mesure de remplir la condition était « considérablement plus faible » et a donné gain de cause à L.
  - l'employeur a fait appel, au motif que l'échantillon était trop large, puisqu'il incluait des personnes ne possédant pas les qualifications requises, de même que des personnes surqualifiées et que cela faussait les statistiques.
  - le EAT a estimé que l'échantillon était approprié, dans la mesure où un échantillon constitué à des fins de comparaison n'a pas besoin d'être un parfait reflet des personnes qui seraient capables et intéressées à occuper le poste en

---

<sup>15</sup> Greater Manchester Police Authority v Lea [1990] IRLR 372

question. Il a d'autre part jugé déterminant que l'employeur n'ait pas proposé d'autre échantillon, ou présenté d'autres statistiques, ni avancé aucune preuve de nature à démontrer que les statistiques produites par L donnaient une image faussée.

- Toutefois, une différence de 7.5% entre la proportion de femmes et celle d'hommes en mesure de remplir la condition de travailler à temps complet au moment du départ à la retraite était trop faible pour pouvoir être considérée comme une « proportion considérablement plus faible »: Black<sup>16</sup>
  - devant le tribunal, les parties se sont accordées pour constater que les enseignantes à temps partiel étaient beaucoup plus nombreuses que les enseignants à temps partiel, à savoir 756 contre 45. Il y avait également consensus pour dire que l'échantillon d'enseignants travaillant à temps partiel âgés de plus de 50 ans était composé de 19 hommes et de 120 femmes, et qu'il y avait également plus d'enseignantes travaillant à temps complet que d'enseignants travaillant à temps complet – 5.178 contre 3.062. Parmi les 1.141 enseignantes âgées de plus de 50 ans, 1.021 travaillaient à temps complet (89.5 pour cent), et parmi les 631 enseignants âgés de plus de 50 ans, 612 travaillaient à temps complet (97 pour cent).
  - à propos de la procédure introduite par B pour discrimination indirecte fondée sur le sexe, sur la base de la loi SDA de 1985, le tribunal a constaté que la condition ou le critère appliqué à B consistait, pour pouvoir bénéficier de tous les avantages liés au régime de retraite, à exiger de l'enseignant qu'il travaille à temps complet au moment de son départ. Le ET a constaté une différence de 7.5 points entre la proportion d'enseignantes âgées de plus de 50 ans travaillant à temps complet et la proportion d'enseignants âgés de plus de 50 ans travaillant à temps complet. Il n'a pas estimé que cette différence était suffisamment marquée pour pouvoir

---

<sup>16</sup> Staffordshire County Council v Black [1995] IRLR 234

affirmer qu'une proportion « considérablement plus faible » de femmes étaient en mesure de remplir les conditions au sens de S.1(1)(b).

- Le EAT a conclu: (1) que le tribunal du travail ne s'est pas trompé en rejetant l'action introduite par le plaignant pour discrimination indirecte sur base de la SDA. C'est au tribunal d'apprécier au cas par cas, et selon les circonstances de l'espèce, ce qui constitue une proportion « considérablement plus faible » au sens du S.1(1)(b) SDA. Dans l'affaire présente, il n'y avait pas plus d'enseignantes que d'enseignants âgés de plus de 50 ans travaillant à temps complet, bien que, proportionnellement, le nombre d'enseignantes travaillant à temps complet ait été légèrement plus faible dans cette tranche d'âge. Dans ce contexte, une différence de 7.5 points entre la proportion de femmes et celle d'hommes en mesure de remplir la condition de travailler à complet temps au moment du départ à la retraite était très faible.
- Il convient de noter que l'approche retenue par le EAT dans l'affaire Black semble s'écarter de ce qui fait autorité depuis.
- Une différence d'une personne (soit 4.8%) peut représenter une « proportion considérablement plus faible » permettant d'établir une discrimination indirecte fondée sur le sexe: Edwards<sup>17</sup>.
  - pour le tribunal, la question de fond était de savoir si les critères pouvaient être remplis par une « proportion considérablement plus faible » de conductrices de train que de conducteurs. Les conducteurs étaient au nombre de 2.023, tous capables de travailler avec le nouveau système, le nombre de conductrices était de 21, dont E, qui était la seule à ne pas pouvoir travailler avec le nouveau système.

---

<sup>17</sup> London Underground v Edwards (No.2) [1998] IRLR 364

- La CA a estimé que:
  - « une proportion considérablement plus faible » de femmes que d'hommes était en mesure de remplir les critères, à savoir de travailler selon le nouveau système de travail posté décidé par l'employeur, en dépit du fait que, sur un échantillon de 2.023 conducteurs et 21 conductrices, la plaignante elle-même était la seule personne incapable de remplir la condition, contre 100% des hommes. Alors qu'une différence n'excédant pas 5% amène normalement un tribunal à conclure que les conditions de S.1(1)(b) SDA ne sont pas remplies, la Cour a indiqué que l'on ne peut pas dire que cette conclusion s'impose automatiquement dans tous les cas.
  - La taille relativement faible de la composante féminine était, d'une part révélatrice de la difficulté ou du manque d'attrait pour les femmes de devenir conductrices de train, et d'autre part, un indice qu'il fallait s'attendre à ce que le nombre de femmes incapables de remplir les conditions serait selon toute vraisemblance minimum plutôt que maximum. Au cas où les statistiques relatives à l'échantillon seraient, pour une raison quelconque, inexactes ou incomplètes, l'addition d'une seule femme incapable de remplir les conditions ferait passer la proportion de femmes incapables de remplir les conditions à 10 pourcent, tandis que l'addition d'un homme de plus incapable de remplir les conditions ne modifierait les proportions que de façon minimale.
  - Il ne convient pas de fixer de règle ou de tracer une ligne de démarcation pour définir le seuil au delà duquel, lorsque les différences sont faibles, le pourcentage inférieur ne devrait pas être raisonnablement considéré comme considérablement plus faible que le pourcentage supérieur. Dans la mesure où la question de l'effet négatif différent se pose dans toutes une série de situations d'emploi très variées, il est nécessaire d'avoir

suffisamment de souplesse pour apprécier dans chaque cas particulier si un pourcentage donné doit être considéré comme considérablement plus faible.

« De plus, si, pour une raison quelconque, une erreur fortuite s'est glissée ou que les preuves sont incomplètes, l'addition parmi les femmes d'une seule personne incapable de remplir les conditions, entraînerait une augmentation du nombre de femmes incapables de remplir les conditions de quelques 10 %, alors que la variation du chiffre pour les hommes resterait nulle; d'un autre côté, un salarié masculin incapable de remplir les conditions modifierait à peine la différence de pourcentages ».

Potter LJ

- Une différence de 8.5% ne constitue pas une « proportion considérablement plus faible » dans le contexte de la discrimination indirecte fondée sur le sexe: Seymour Smith<sup>18</sup>
  - des statistiques portant sur l'année 1985 – l'année où la clause des deux années d'emploi a été introduite – démontraient que 77.4% des hommes et 68.9% des femmes remplissaient cette condition de deux ans d'ancienneté. La CJCE a estimé que ces statistiques ne semblaient pas, à première vue, faire ressortir un pourcentage considérablement plus faible de femmes que d'hommes capables de remplir les conditions introduites par la réglementation contestée.
  - l'approche de la CJCE, selon laquelle une différence de 8.5% ne constitue pas une proportion « considérablement plus faible », semble s'écarter d'un certain nombre d'arrêts rendus par les tribunaux du Royaume Uni, pour lesquels une telle différence constitue une preuve de discrimination indirecte.

---

<sup>18</sup> R v Secretary of State for Employment ex parte Seymour Smith & Anor [1999] IRLR 253

- Une condition concernant 22 médecins spécialistes (14 soit 63.6% desquels étant des femmes) sur un total de 1.680 spécialistes (302 soit 17.9% desquels sont des femmes) n'est pas statistiquement pertinente: Jorgensen<sup>19</sup>
- Une différence de 2.26% dans les proportions d'hommes et de femmes en mesure d'effectuer un travail posté, bien que non pertinente, est suffisante pour prouver l'existence d'une discrimination indirecte fondée sur le sexe, en particulier lorsque le tribunal adopte une approche souple et tient compte des faits connus du tribunal, à savoir du fait que les responsabilités liées à l'éducation des enfants reviennent dans l'écrasante majorité des cas aux femmes :Chew<sup>20</sup>
  - C a fait valoir que son employeur, Constabulary, avait mis en place « un critère ou une condition » ayant pour effet que, pour pouvoir travailler à temps partiel, elle devait se plier aux horaires adoptés dans son département.
  - le tribunal a considéré que l'ensemble du Constabulary, c'est-à-dire tous les officiers auxquels s'appliquait le critère/condition en question, étaient l'échantillon approprié aux fins de comparaison. C'est ainsi que l'échantillon se composait de 2.581 hommes et de 435 femmes. Malheureusement, il n'existait pas de statistiques fiables permettant d'établir qui, au sein de l'échantillon, était en mesure de remplir les critères/conditions. En dernier ressort, le tribunal a constaté qu'au moins 11 officiers n'étaient pas en mesure de remplir le critère d'effectuer un travail posté, ce groupe étant constitué de dix femmes et d'un homme. Ce qui revenait à dire que 97.7% des officiers femmes étaient en mesure de remplir les critères/conditions contre 99.96% d'officiers hommes – une différence en pourcentage de 2.26. Le tribunal a conclu que l'effet différent des critères/conditions était significatif, qu'il n'était pas fortuit et s'expliquait par la présence d'une discrimination fondée sur le sexe – la majorité des personnes

---

<sup>19</sup> Jorgensen v Foreningen af Speciallaeger & Anor [2000] IRLR 726

<sup>20</sup> Chief Constable of Avon & Somerset Constabulary v Chew EAT 503/00

incapables de remplir les conditions avaient charge d'enfants et le tribunal a accepté de considérer, qu'en règle générale, l'essentiel de la charge d'éduquer les enfants revient aux femmes. Sur cette base, il a conclu que, au sens de S.1(1)(b) SDA, une proportion considérablement plus faible de femmes que d'hommes pouvaient remplir les critères/conditions. Le tribunal a également noté que, même s'il avait choisi aux fins de comparaison un autre échantillon, par exemple celui du propre district de C, West Somerset, il serait arrivé à la même conclusion.

- Le EAT a estimé que le ET avait eu raison et qu'il n'était pas obligé de prendre uniquement en compte les pourcentages d'officiers masculins et féminins en mesure de remplir le critère, mais que, au contraire, il était autorisé à adopter une approche souple, et à prendre en compte un certain nombre de facteurs, y compris le fait qu'un des effets probables inhérents au critère imposée dans ce cas précis, serait de désavantager les officiers de police ayant charge d'enfants, qui sont dans l'écrasante majorité des cas des femmes.
- Le EAT a également formulé des recommandations:
  - il n'existe pas d'obligation contraignante qui impose d'établir l'«effet différent» uniquement sur la base de statistiques.
  - lorsqu'un calcul statistique n'apporte pas à lui seul la preuve d'un effet différent suffisamment marqué, ce dernier peut néanmoins être établi par la démonstration d'une différence persistante et moins nette sur une longue période de temps. C'est pourquoi, l'approche utilisée pour établir l'effet d'un critère ou d'une condition peut être souple - Seymour Smith
  - dans certains cas, il n'y a pas de statistiques disponibles permettant d'établir les proportions d'hommes et de femmes inclus dans l'échantillon

choisi qui peuvent ou ne peuvent pas remplir les critères/conditions. Dans ces circonstances, les tribunaux devraient adopter une approche souple pour évaluer l'effet différent: Edwards. Il a été relevé, en particulier, que dans l'arrêt Edwards, la Cour a pris en compte la composition de la main-d'œuvre concernée, le fait qu'aucun homme de l'échantillon n'était désavantagé et qu'il était probable, pour des raisons inhérentes, que le critère appliqué dans ce cas était de nature à désavantager plus de femmes que d'hommes.

- en application des considérations présentées ci-dessus au cas qui nous intéresse, il semble à première vue qu'une différence en pourcentage de 2.26 ne constitue pas un effet suffisamment différent, en particulier à la lumière des observations de la Court of Appeal dans l'affaire Edwards, selon lesquelles une différence de moins 5 pour cent peut difficilement représenter une « proportion considérablement plus faible ». Cependant, dans l'affaire concernée, le tribunal avait eu raison d'adopter une approche souple et d'avoir retenu des facteurs autres que les différences de pourcentages établies. En particulier, le tribunal était fondé à considérer que les statistiques dont il disposait ne contenaient que le nombre minimum le plus strict d'officiers de police qui n'étaient pas en mesure de remplir le critère/condition de travail posté. D'autre part, le tribunal était fondé à conclure qu'un effet probable inhérent au critère/condition serait de désavantager les officiers ayant charge d'enfants, et de constater que dans l'écrasante majorité des cas, cette charge incombe aux femmes.
- Dans l'affaire Chew la différence était d'un côté un pourcentage de 99.96% d'hommes, et de l'autre un pourcentage de 97.7% de femmes, qui pouvait sembler mineur (seulement 2.26%), mais la différence dans le groupe désavantagé (0.04% d'hommes) et (2.3% de femmes) était énorme s'il on examinait ces

chiffres les uns par rapport aux autres, et non par rapport à l'ensemble de l'échantillon.

- Une différence de 13.34% dans un échantillon ne comportant que 6 salariés n'est pas suffisante pour prouver l'existence d'une discrimination indirecte fondée sur le sexe: Nelson<sup>21</sup>
  - le ET a estimé que N avait choisi un échantillon trop restreint pour permettre une comparaison pertinente. De l'avis du tribunal, c'est à N qu'il incombait de prouver que, une fois pesées toutes les probabilités, la discrimination indirecte était établie, or elle n'avait pas produit de preuves suffisantes et appropriées pour le prouver.
  - La CA a estimé que, pour que la charge de la preuve soit attribuée à l'employeur, le salarié devait établir, sur la base de statistiques à la fois significatives et valables, une discrimination prima facie fondée sur le sexe.
- Une différence de 6.27% (lorsque la comparaison porte sur le groupe avantagé) et une différence de 8.27% (lorsque la comparaison porte sur le groupe désavantagé) suffit pour établir une discrimination indirecte fondée sur le sexe: Cross<sup>22</sup>
- Une différence de 5.1% n'est pas suffisante: Blackburn<sup>23</sup>
  - les statistiques prouvaient que 96.6% des hommes remplissaient le critère d'être disponibles 24/7 contre seulement 91.5% des femmes.
- Dans l'affaire Bradley v West Midlands Fire and Rescue Authority (ET Case No 13047//06), le ET a examiné les statistiques suivantes: 23 hommes sur un total de salariés

---

<sup>21</sup> Nelson v Carillion Services Ltd [2003] IRLR 428

<sup>22</sup> Cross and Ors v British Airways plc [2005] IRLR 423

<sup>23</sup> Chief Constable of West Midlands Police v Blackburn and anor EAT 0007/07

masculins de 1.391 avaient demandé à bénéficier d'un horaire souple, après la mise en place d'un nouveau système de travail posté (soit 1.65% des hommes de l'échantillon). Trois femmes avaient fait une demande analogue sur un total de 47 salariés de sexe féminin (soit 6.38% des femmes de l'échantillon). En ce qui concerne le nombre de demandes de dérogation, pour ne pas se voir appliquer le nouveau système, 13 avaient été introduites par des hommes (soit 0.93%) et 2 par des femmes (soit 4.26%). Le ET a relevé les risques existants lorsque les conclusions se basent sur des échantillons statistiques de petite taille, et a constaté que la petite différence en question n'avait existé que pendant une année environ. Toutefois, les statistiques prouvaient que les PCP avaient un effet différent sur les femmes de l'échantillon.

### **Approche à facettes multiples: la réticence à utiliser les statistiques de façon isolée**

30) La chambre des Lords a statué qu'il était erroné d'aborder la question uniquement sur la base des statistiques: Hughes<sup>24</sup>

31) La Cour, dans l'affaire Edwards, a relevé que la taille comparablement faible de la composante féminine (2.023 conducteurs masculins contre seulement 21 femmes) traduisait la difficulté que rencontrait les femmes pour se faire embaucher comme conductrices de train et, qu'à partir de là, on pouvait s'attendre à ce que le nombre de femmes incapables de remplir les conditions soient un minimum plutôt qu'un maximum. La Cour a également pris en compte l'effet produit par toute modification des statistiques, l'addition d'une seule femme incapable de remplir les conditions faisant passer le pourcentage de femmes incapables de remplir les conditions à 10%, tandis que l'addition d'un seul homme incapable de remplir les conditions n'ayant pratiquement aucune incidence sur les pourcentages.

32) Les statistiques peuvent être insuffisantes, à elles seules, pour établir un effet disproportionné, lorsque le pourcentage d'hommes travaillant aux trois-quarts de temps

---

<sup>24</sup> Hughes v Department of Health and Social Security [1985 ICR 419]

complet est de 99.816% et le pourcentage de femmes de 96.15% (la différence n'étant que de 3.66%): Starmer<sup>25</sup>

33) Un tribunal du travail doit considérer l'«ensemble du tableau» sur base de tous les documents dont il dispose, ne doit pas adopter une approche cloisonnée et considérer les cas individuels isolément: Rihal<sup>26</sup>

### **D'où sortent-elles donc toutes? Comment trouver de bonnes sources statistiques**

34) Dans la mesure où elles ont la valeur probatoire nécessaire, les bonnes sources statistiques officielles sont:

- Statistiques concernant l'ensemble de la population active: Labour Market Statistics publiées par l'Office for National Statistics. Par exemple, le Social Trends Report 2008 survey de l'ONS. Il est disponible gratuitement sur l'internet [www.ons.gov.uk](http://www.ons.gov.uk)
- Statistiques concernant les emplois temporaires et les emplois à temps partiel: Economic and Labour Market Review section sur le site internet de l'ONS
- Site internet du Department for Business, Enterprise and Regulatory Reform, qui publie the Workplace Employment Relations Survey (une étude nationale sur les personnes au travail, réalisée pour la dernière fois en 2004) [www.berr.gov.uk](http://www.berr.gov.uk)
- Les archives disponibles sur les sites internet de la Equal Opportunities Commission, Commission for Racial Equality and Disability Rights Commission, accessibles depuis le site internet de la Equality and Human Rights Commission ([www.equalityhumanrights.com](http://www.equalityhumanrights.com)).

---

<sup>25</sup> British Airways plc v Starmer EAT 0306/2005

<sup>26</sup> Rihal v London Borough of Ealing [2004] IRLR 642

- En ce qui concerne la discrimination fondée sur le sexe dont sont victimes les nouvelles mères et les mères allaitantes : the Infant Feeding Survey 2005
- Statistiques concernant les jeunes familles : the Millennium Cohort Study (June 2007)
- En ce qui concerne la prise en charge des personnes âgées, il existe des statistiques qui démontrent que les femmes sont plus susceptibles que les hommes d'être amenées à s'occuper des personnes malades, handicapées ou âgées: ONS « Carers 2001 Census ».

### Les statistiques de l'EOC

35) Les statistiques de l'Equal Opportunities Commission (EOC) ont fait foi dans l'affaire:

- Trainer<sup>27</sup>
  - dans l'affaire Trainer, le tribunal a accepté de considérer que les PCP consistant à exiger des salariés qu'ils travaillent à temps complet avaient un effet différent sur les femmes sur base de la publication de l'EOC « Investigation into Flexible and Part-Time Working » (2005), qui avait établi que « la plupart des salariés travaillant sur base d'horaires souples et à temps partiel sont des femmes »:
- Clarke<sup>28</sup>
  - une plaignante peut invoquer les statistiques publiées par l'EOC pour prouver qu'exiger d'elle qu'elle travaille le soir et en fin de semaine constitue une discrimination indirecte
  - afin d'établir l'effet disproportionné des PCP sur les femmes d'un échantillon, C a présenté devant le tribunal les statistiques publiées par la Equal Opportunities Commission dans deux rapports. Le premier rapport, 'Facts about Women and

---

<sup>27</sup> Trainer v Penny Plain Ltd (ET Case No. 2510846/05)

<sup>28</sup> Clarke v Telewest Communications plc (ET Case No.1301034/04)

Men in Great Britain 2004', contenait des statistiques confortant l'idée largement acquise que, parmi les salariés, une plus large proportion de femmes travaille à temps partiel parce qu'elles ont des enfants à charge. Le deuxième rapport, 'Evening and Weekend Working - 2000 and 2004', soulignait qu'en 2004, 11 pour cent des femmes salariées ayant des enfants à charge exerçaient leur activité principale le soir et en fin de semaine, contre 18 pour cent des hommes salariés ayant des enfants à charge.

- en dépit des arguments présentés par T plc, selon lesquels les statistiques contenues dans le premier rapport ne s'appliquaient pas à l'échantillon, dans la mesure où elles ne couvraient pas la période au cours de laquelle la demande de C avait été refusée, le tribunal a estimé qu'elles fournissaient des informations utiles et pertinentes en ce qui concerne les conditions de travail des hommes et des femmes. Il a estimé que les statistiques confirmaient l'allégation, selon laquelle le nombre de femmes travaillant à temps partiel en raison de leurs obligations familiales était supérieur à celui des hommes.
- T plc a d'autre part affirmé que les statistiques contenues dans le deuxième rapport ne prouvaient pas que la raison pour laquelle moins de femmes ayant des enfants travaillaient le soir et en fin de semaine, étaient les difficultés qu'elles invoquaient. Le tribunal a rejeté cet argument au motif qu'il serait « pratiquement impossible » de se procurer les informations statistiques requises par T plc. C'est la raison pour laquelle le tribunal a conclu que, vu les « circonstances de l'espèce et à la lumière des études statistiques », les difficultés rencontrées pour s'occuper de leurs enfants constituaient la raison pour laquelle moins de femmes travaillaient le soir et en fin de semaine.
- sur cette base, le tribunal a conclu qu'une proportion plus large de femmes que d'hommes seraient ou risqueraient d'être désavantagées, si, pour pouvoir continuer à travailler pour un employeur, elles étaient obligées de travailler le soir

ou en fin de semaine. Dans la mesure où T plc n'était pas en mesure de justifier ces PCP, eu égard à leur effet discriminatoire comparé aux nécessités de la bonne marche des affaires, le tribunal a conclu que C avait fait l'objet d'une discrimination indirecte fondée sur le sexe.

### **Monitoring réalisé par les employeurs**

36) Une autre source statistique découle des activités de monitoring réalisées par les employeurs eux-mêmes en ce qui concerne leurs salariés. Les différentes commissions (la Equal Opportunities Commission (EOC), la Commission for Racial Equality (CRE) et la Disability Rights Commission (DRC) – toutes intégrées aujourd'hui à la Commission for Equality and Human Rights (CEHR)) ont recommandé que les employeurs surveillent leurs politiques discriminatoires illicites.

- les statistiques collectées dans le cadre du monitoring peuvent être utilisées pour étayer les affirmations concernant l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Il est intéressant de noter que, dans l'affaire Singh, la CA a reconnu valeur probatoire au Race Relations Code of Practice (entré en vigueur le 1 avril 1984):

« Les statistiques collectées dans le cadre du monitoring ne sont pas conclusives en elles-mêmes, mais lorsqu'elles font apparaître des déséquilibres raciaux ou ethniques, elles sont alors susceptibles d'indiquer des domaines où existe une discrimination fondée sur la race. »

Balcombe LJ

La reconnaissance accordée au Code of Practice du CRE et la référence au monitoring ethnique en tant que source de preuve ont été les bienvenues, et corrigent l'impression souvent répandue que la commission et ses recommandations ne sont que des « tiges de papier ».

- Les tribunaux n'ont pas compétence pour exiger des parties qu'elles créent des preuves:  
Carrington

### **Réponses aux questionnaires statutaires**

37) Il existe une disposition législative, sous forme de questionnaires statutaires, qui permet aux plaignants d'interroger leurs employeurs sur la discrimination dont ils sont l'objet et sur les mesures mises en place en termes de politique suivie, de pratiques, de formation, etc.....:

- La discrimination fondée sur le sexe (questions et réponses) ordonnance de 1975;
- Les relations raciales (questions et réponses) ordonnance de 1977;
- La discrimination fondée sur le handicap (questions et réponses) ordonnance de 2004;
- Le questionnaire sur l'égalité de rémunération (S.7B Equal Pay Act 1970).

38) Le ET est fondé à tirer des conclusions négatives en cas de non réponse à un questionnaire. La présentation de réponses évasives ou équivoques à un questionnaire, peut amener le tribunal à renverser la charge de la preuve: Igen v Wong.<sup>29</sup>

---

<sup>29</sup> Igen v Wong [2005] IRLR 258

## Ce qui est connu du tribunal

39) Lorsqu'un fait à caractère général ou un état de faits constituent un lieu commun, les tribunaux les considèrent volontiers comme « connu du tribunal », de sorte que la vérification formelle n'est plus nécessaire.

*Les faits suivants sont « connus des tribunaux »:*

- que les femmes âgées de 25 à 35 ans sont plus susceptibles que les hommes d'assumer une part de responsabilité plus importante dans l'éducation des enfants – Price v Civil Service Commission and anor [1978] ICR 27, EAT
- qu'une proportion plus large de femmes que d'hommes travaillent à temps partiel – Home Office v Holmes [1984] IRLR 299, EAT
- que les femmes sont le plus souvent celles dont le revenu est complémentaire – Meade-Hill and anor v British Council [1995] ICR 847, CA
- que les femmes sont plus souvent amenées à élever seules leurs enfants: Edwards
- que plus de femmes que d'hommes assument la responsabilité de l'éducation des enfants: Chew

- que des PCP qui obligent à travailler jusqu'à 17 heures auront un impact plus grand sur les femmes que sur les hommes: Venkatasamy
- que les femmes élevant seules leurs enfants sont plus nombreuses que les hommes et que le rapport est de 10:1 (rapport mentionné dans l'affaire Edwards) et que ce rapport n'a pratiquement pas changé en dix ans, depuis l'arrêt Edwards: Bradley v West Midlands Fire and Rescue Authority (ET Case No 13047//06)

### **Limites à l'utilisation des faits « connus des tribunaux »**

40) En pratique, il serait peu sage de la part d'un plaignant de se présenter devant le tribunal sans être armé de preuves statistiques pour étayer ses affirmations, pas toujours évidentes, sur les capacités spécifiques d'un sexe par rapport à l'autre, de remplir les conditions fixées par l'employeur. Dans l'affaire Fox<sup>30</sup> par exemple, les preuves statistiques démontrant que le rapport hommes femmes bénéficiant d'une retraite complémentaire était de 3:1, n'ont pas été considérées comme suffisantes pour prouver que les hommes sont moins susceptibles que les femmes de remplir la condition selon laquelle les plaignants n'ont pas le droit de toucher déjà une retraite complémentaire. Le ET a estimé que l'échantillon devait être défini de façon restreinte, afin d'exclure des personnes qui, bien que touchant une retraite, seraient dispensées du respect de cette règle selon certaines conditions précises, conformément à la politique générale poursuivie par l'employeur, de même que celles ayant déjà atteint l'âge normal de départ à la retraite. En ce qui concerne la discrimination indirecte fondée sur le sexe, le tribunal a statué que des preuves irréversibles et crédibles sont nécessaires pour établir la notion de proportion « considérablement plus faible ». Dans l'affaire Fox, le plaignant a pensé que, dans la mesure où il avait produit les données limitées disponibles, indiquant les proportions respectives d'hommes et de femmes bénéficiant d'une retraite

---

<sup>30</sup> Fox v Greater Manchester Police Authority COIT 1988/77

complémentaire, il disposait de preuves fiables pour affirmer que la clause interdisant de bénéficier d'une retraite complémentaire constituait une discrimination indirecte à l'égard des hommes. Mais le tribunal a estimé que c'était à lui qu'incombait la charge de prouver la discrimination positive. Et pour ce faire, il lui fallait présenter beaucoup plus de statistiques détaillées, en ce qui concerne à la fois l'échantillon approprié et les proportions pertinentes de retraités des deux sexes à l'intérieur du groupe. Ainsi que l'a précisé le EAT dans l'affaire Lea, la question de savoir quel est l'échantillon approprié et quelles sont les preuves statistiques requises est en grande partie laissée à l'appréciation du ET. Dans la mesure où le EAT ne se prononce que rarement sur les décisions intervenues sur ces questions, il est essentiel que les plaignants soient armés de preuves complètes, afin de pouvoir étayer leurs affirmations sur les proportions respectives de personnes des deux sexes en mesure de remplir les critères/conditions jugées discriminatoires et de pouvoir présenter un échantillon approprié aux fins de comparaison.

41) De façon comparable, dans l'affaire Brymer<sup>31</sup>, B n'avait produit aucune statistique pour appuyer l'action qu'elle avait engagée pour discrimination indirecte (B affirmait ne pas pouvoir s'intégrer dans un système de travail posté organisé selon un roulement sur 24 heures, parce qu'elle devait s'occuper de ses parents dépendants) et avait, au lieu de cela, préféré s'appuyer sur l'arrêt Edwards pour justifier ses affirmations, selon lesquelles les responsabilités familiales particulières des femmes était un fait suffisamment connu pour qu'aucune preuve supplémentaire ne soit nécessaire. Le tribunal ne s'est pas vu en mesure de constater qu'une proportion considérablement plus large de femmes que d'hommes assumaient ce type de responsabilités et l'a condamnée aux dépens.

42) Les plaignants doivent se garder des stéréotypes en ce qui concerne les responsabilités liées à l'éducation des enfants. Par exemple, un plaignant ne peut pas partir du principe que toutes les femmes ayant des enfants seront affectées de façon négative par des PCP: Sinclair Roche and Temperley and ors v Heard and anor [2004] IRLR 763. Le EAT a renversé la décision du

---

<sup>31</sup> Brymer v Essex Police (ET Case No.3202894/01)

ET, selon laquelle il y avait discrimination indirecte fondée sur le sexe dans cette affaire, dans laquelle une avocate avait fait une demande de travail à temps partiel. Le EAT a estimé que le ET n'était pas fondé à conclure que, parce que les femmes assument des responsabilités plus grandes en ce qui concerne l'éducation des enfants, une proportion considérablement plus large de femmes que d'hommes ne peuvent pas s'engager à travailler à temps complet, et que cette conclusion était pertinente en ce qui concerne des avocats et des avocates ou des hommes et des femmes occupant à la City des emplois à haute responsabilité et bien rémunérés.

43) Bien que cet arrêt ait fait l'objet de critiques, au motif que le fait que plus d'avocates que d'avocats demandent à travailler à temps partiel peut être considéré comme étant un fait connu des tribunaux, la légitimité de cette notion de «faits connus des tribunaux» dans ce genre d'affaires peut être remise en question, dans la mesure où le rôle des hommes et des femmes dans la société évolue. De plus en plus d'hommes assument les responsabilités liées à l'éducation des enfants, de sorte que ces stéréotypes en ce qui concerne les rôles masculins et féminins traditionnels sont peut-être dépassés.

## Les statistiques derrière les statistiques ...

### Affaires dont a été saisi le ET et résultats en 06/07<sup>32</sup>

Motif de l'action	jugée	Retirée	réglée (ACAS)	Déclarées non recevables (pas d'audience)	<b>gagnées</b>	Rejetées à l'audience préliminaire	perdues	Jugements par défaut
Sexe	18,909	8,998 (48%)	2,302 (12%)	6,315 (33%)	<b>463</b> <b>(2%)</b>	203 (1%)	587 (3%)	41 (0%)
Race	3,117	968 (31%)	1,173 (38%)	224 (7%)	<b>102</b> <b>(3%)</b>	161 (5%)	465 (15%)	24 (1%)
Handicap	4,385	1,142 (33%)	2,015 (46%)	231 (5%)	<b>149</b> <b>(3%)</b>	148 (3%)	343 (8%)	18 (0%)
Religion/ Convictions	498	167 (34%)	176 (35%)	38 (8%)	<b>12</b> <b>(2%)</b>	31 (6%)	69 (14%)	5 (1%)
Orientation sexuelle	384	127 (33%)	157 (41%)	25 (7%)	<b>21</b> <b>(5%)</b>	11 (3%)	43 (11%)	0 (0%)
Age	135	51 (38%)	56 (41%)	11 (8%)	<b>0</b> <b>(0%)</b>	5 (4%)	6 (4%)	6 (4%)

**Jane Russell**

**Tooks Chambers**

**24 May 2008**

**[jane\\_e\\_russell@btinternet.com](mailto:jane_e_russell@btinternet.com)**

<sup>32</sup> Statistiques publiées par le ET 2006/2007