

per ius



ERA Séminaire 12.04.2011

Preuves et moyens de preuves

Prof. Dr. Klaus Michael Alenfelder, Bonn
Professeur de droit économique, Fachhochschule Nordhessen
Avocat spécialisé en droit du travail

Président de la société allemande du droit de la discrimination, www.dgadr.org
www.alenfelder.de - kma@alenfelder.de



- Allemagne – difficultés considérables, car:
 - pas de droit à l'information opposable à l'employeur
 - preuves / le commencement de preuve doit se faire avec les moyens dont dispose le salarié
 - en règle générale, la requérante elle-même ne peut pas être entendue comme témoin
 - l'utilisation d'enregistrements audio et vidéo sans autorisation préalable punissable
 - en pratique, exigences en matière de commencement de preuve très élevées (comparables aux preuves)
 - Commencement de preuve limité au lien de causalité (désavantage en raison de ...)
 - Preuve intégrale exigée pour:
 - indices pour le commencement de preuve du lien de causalité entre élément de discrimination et désavantage
 - désavantage
 - En Allemagne, la pratique n'est pas conforme aux dispositions de l'UE: commencement de preuve suffisant également en matière de désavantage et d'indices
 - article 10 directive 2000/43/CE et article 8 directive 2000/78/CE
 - CJE: arrêt du 10.03.2005-03-10 Nikoloudi, affaire C-196/02



- Récapitulatif des indices possibles
 - Violation du § 12 AGG (également discrimination indirecte)
 - Violation de dispositions formelles destinées aussi à protéger contre la discrimination:
 - Dispositions pour garantir la protection des personnes handicapées
 - En Allemagne, jurisprudence du BAG (Cour fédérale du travail): non-respect de dispositions formelles destinées à protéger aussi de la discrimination, p. ex.:
 - SGB(code allemand de la sécurité sociale) IX:
 - » § 81 Abs. 1 SGB IX: vérification et notification des postes de travail aménagés pour les personnes souffrant de handicaps graves
 - » § 95 Abs. 2 SGB IX: consultation des représentants des travailleurs handicapés sur toutes les questions concernant un salarié gravement handicapé
 - » § 84 Abs. 1 SGB IX: absence de stratégie d'insertion dans l'entreprise
 - » § 82 Abs. 1 SGB IX: fonction publique: obligation d'encourager les personnes gravement handicapées à participer aux procédures d'embauche
 - BetrVG (loi portant sur les conseils d'entreprise allemands)
 - » § 102 BetrVG: défaut de consultation du comité d'entreprise avant un licenciement
 - » § 99 BetrVG: décision personnelle concernant un individu (mutation, embauche, etc.)
 - TzBfG (loi portant sur le travail à temps partiel)
 - » § 8 TzBfG: réduction du temps de travail
 - » § 7 TzBfG: offres d'emplois également à temps partiel
 - Violation de dispositions contenues dans des accords d'entreprise/engagements volontaires des entreprises



- Indices « habituels »:
 - Offre d'emploi discriminatoire (même si la discrimination existe sous une autre forme)
 - Questions comportant des éléments de discrimination dans le cadre de l'entretien d'embauche
 - « êtes-vous enceinte? »
 - Déclarations à l'avenant
 - « nous souhaitons embaucher une femme »
 - Traitement défavorable par rapport aux collègues dépourvus de la caractéristique à l'origine de la discrimination
 - Absence de prise en considération du handicap
 - Instruction de travail contraire aux prescriptions médicales
 - Propos xénophobes tenus par les collègues et les supérieurs hiérarchiques, en particulier lorsqu'ils ne font pas objet de sanctions
 - Annoncer au salarié qui fait une demande de congé parental que son contrat à durée déterminée ne sera pas prolongé
 - Non-respect des règles de protection de la santé des travailleurs
 - p. ex. non-respect pour les porteurs de lunettes des règles de protection concernant le travail sur écran
 - En fait: discrimination indirecte



- **Exemple :**

- La SARL Patriarch emploie 500 salariés, dont 400 sont des femmes (80 %). Sur les 50 personnels d'encadrement 7 sont des femmes:
- Antonia pose en vain sa candidature à un poste d'encadrement. C'est un homme qui est promu.
- Antonia ne dispose pas d'autres informations
- Les statistiques permettent-elles de fonder un présomption de discrimination?



- **Exemple:**

- Statistiques et calculs de probabilité

| | |
|-------------------------------------|----|
| total des personnels d'encadrement: | 50 |
|-------------------------------------|----|

| | |
|--|---|
| femmes parmi les personnels d'encadrement: | 7 |
|--|---|

| | |
|-----------------|--------|
| écart standard: | -11,67 |
|-----------------|--------|

| | |
|--------------------------------|-------|
| probabilité de discrimination: | 100 % |
|--------------------------------|-------|

- Combinaison des statistiques et des calculs de probabilité
voir Alenfelder, ZAD 1/2010 (Zeitschrift für Arbeits- und Antidiskriminierungsrecht, www.dgadr.org)
- Pourcentage des femmes dans l'ensemble des effectifs 80 %
- postulat: le pourcentage de femmes dans l'entreprise devrait également se refléter aussi au niveau de l'encadrement



- **Statistiques et calculs de probabilité en Allemagne:**
 - En principe reconnu (BAG 22.07.2010, Az.: 8 AZR 1012/08)
 - BAG part du principe que les indices doivent être prouvés – à tord. Conséquence:
 - Victime doit fournir des informations supplémentaires:
 - Combien de femmes ont la qualification nécessaire pour exercer des fonctions d'encadrement
 - Ce n'est qu'alors qu'il est possible de constater s'il existe un indice de discrimination
 - Toutefois : seul l'employeur possède ces informations
 - la victime en réduite aux spéculations
 - l'employeur a l'obligation de donner des informations
 - en Allemagne, ce que l'on appelle le principe de la charge graduelle de présenter les faits et les preuves
 - USA: statistiques et calculs de probabilité reconnus depuis longtemps
 - Existence d'une discrimination apparente à partir d'un écart standard de 2 - 3
Teamsters v. United States 431 U.S. 324, 1977; Hazelwood School District v. United States, 433 U.S. 299, 1977; Castaneda v. Partida, 430 U.S. 482, 1977



- Dans chaque cas concret, faut-il prouver que le désavantage trouve son origine dans une caractéristique à l'origine de la discrimination ou peut-on déduire d'un cas concret que les mêmes motifs sont à l'œuvre dans d'autres cas?

- **Exemple:**
 - Cas 1:
 - Alfons X. attaque un lundi un passant d'origine turque à coups de batte de base-ball en criant: « les étrangers à la porte! »

 - Cas 2:
 - le mercredi suivant, Alfons X. blesse un autre passant d'origine turque à coup de bottes sans mot férir



- **Solution :**
 - Cas 1:
 - Discrimination fondée sur l'origine ethnique prouvée par l'exclamation « les étrangers à la porte! »
 - Cas 2: litigieux
 - Thèse 1: pas de discrimination
 - Nécessité d'un lien direct entre indice et chaque préjudice particulier
 - Par conséquent: exclamation du lundi (les étrangères à la porte!) est insuffisante, dans la mesure où le préjudice n'est pas le même (il existe une différence entre coups et coups de pied!). Donc: pas de discrimination (voir ArbG Wiesbaden 18.12.2008)
 - Thèse 2: discrimination
 - Le cas 1 prouve que l'auteur des coups veut de manière générale porter préjudice aux étrangers.
 - Les auteurs de tels actes n'expliquent pas toujours leur conduite – ceux qui veulent traiter de manière moins favorable les personnes issues de l'immigration le feront à différentes occasions – sans donner d'explications



- La victime en tant que témoin
 - En Allemagne, la requérante ne peut pas être entendue comme témoin
 - Toutefois:
 - Lorsque ne participent à l'entretien que la requérante et le représentant de la défenderesse, le témoignage de la requérante doit être pris en compte, afin de garantir l'égalité des armes
 - CEDHE 27.10.1993, réf.: 37/1992/382/460 sur base de l'article 6, paragraphe 1 de la convention européenne des droits de l'homme
 - Allemagne: audition des parties sans autorisation de la défenderesse, § 448 ZPO
- Témoin par ouï-dire
 - Particulièrement crédible lorsqu'il s'agit de faits qui se sont déroulés sur une longue durée, en effet
 - Le témoin par ouï-dire rapporte ce qui lui a été raconté
 - La victime aurait dû tromper le témoin sur une longue période, ce qui paraît peu probable



- **Désavantage – discrimination directe**
 - Un désavantage existe lorsque un traitement moins favorable que celui réservé à une autre personne se trouvant dans une situation comparable
 - Est subi
 - A été subi
 - Serait subi
 - **Comparateur :**
 - Les personnes se trouvant dans une « situation comparable »:
 - en particulier, lorsque les tâches présentent pratiquement les mêmes caractéristiques que celles confiées au comparateur



- Désavantage par rapport à un comparateur hypothétique:
 - Comment l'employeur aurait-il traité un comparateur hypothétique?
 - Comparaison du comportement réel vis-à-vis de la victime et de celui vis-à-vis d'un comparateur hypothétique.
 - Quel aurait été le comportement de l'employeur?
 - **Principe de comportement rationnel:**
 - » L'employeur agit de manière rationnelle, en fonction de ses intérêts objectifs. En particulier: il a intérêt à ce que ses salariés effectuent leurs tâches de manière efficace, susceptible de maximiser ses bénéfices.
 - **Principe de respect de la loi:**
 - » L'employeur respecte la loi, en particulier son obligation de loyauté et d'assistance.
 - **Principe de prévisibilité:**
 - » Le traitement réservé à d'autres salariés permet de déduire la manière dont serait traité un comparateur hypothétique.
 - » Condition préalable: que la situation soit comparable, au moins dans ses prémisses.
 - » Le principe de prévisibilité est sous réserve des principes de rationalité et de respect de la loi.



- Exemple: comparateur hypothétique
 - Un économiste turc s'estime victime d'une discrimination et introduit une action. Il n'existe pas de comparateur.
 - Discriminations supposées
 - Ses supérieurs hiérarchiques avaient promis à plusieurs reprises à la requérante un poste hors cadre. Pendant des années, ce poste lui fut toutefois refusé.
 - Dans la convention collective, même catégorie salariale qu'un subordonné qui effectue des tâches beaucoup moins complexes.
 - Existe-t-il un « désavantage »?



- **Solution :**

- La requérante a-t-elle été moins bien traitée que ne l'aurait été un salarié allemand effectuant les mêmes tâches et possédant les mêmes qualifications?
- **Principe de comportement rationnel:**
 - L'intégration dans une catégorie salariale donnée en fonction de critères objectifs et du respect des engagements représente un comportement rationnel, de nature à motiver les salariés et d'encourager leurs performances.
- **Principe de respect de la loi:**
 - Les accords (dans ce cas: convention collective et promesse orale) sont respectées par un employeur respectueux de la loi.
- **Principe de prévisibilité:**
 - Il n'existe pas de pratique en matière dans l'entreprise de l'employeur. Elle serait d'ailleurs illégale et de ce fait négligeable.
- **Conclusion:**
 - Un comparateur hypothétique aurait bénéficié d'un traitement plus favorable.