

# **La charge de la preuve en matière de discriminations**

*26 septembre 2011*

*ERA Academy of European Law*

*Trier*

**François Moyse** – Avocat à la Cour  
DSM Di Stefano Moyse - Luxembourg  
[www.dsmlegal.com](http://www.dsmlegal.com)

# TABLES DES MATIERES

- 1 Introduction
- 2 Le principe général de la charge de la preuve  
(dans les pays de droit latin)
- 3 Le partage de la preuve en matière de discriminations
- 4 L'application du mécanisme de partage de la charge de la preuve
- 5 Exemples

# 1. Introduction

- La charge de la preuve est différente entre les pays de *common law* et les pays de droit latin
  - Conséquence de la différence entre la procédure accusatoire et la procédure inquisitoire

– Système juridique accusatoire:

Le juge reste neutre, il a un rôle d'arbitre impartial et les parties sont chargées de l'administration de la preuve.

– Système juridique inquisitoire:

Procédure écrite, non contradictoire et secrète. La recherche de la vérité pour le juge qui a un rôle actif, il ne se contente pas que d'arbitrer.

Différence entre la procédure civile et la procédure pénale: En pénal, le juge peut être chargé d'instruire le dossier et de présenter des preuves (le cas de nombreux pays comme la France et le Luxembourg p.ex. avec le juge d'instruction)

## 2. Le principe général de la charge de la preuve

*« Actori incumbit probatio »*

La charge de la preuve incombe au demandeur.

Principe général du système juridique inquisitoire découle du principe de la sécurité juridique.

Ex: Art. 1315 al. 1<sup>er</sup> du code civil français/luxembourgeois:

*« Celui qui réclame l'exécution d'une obligation, doit la prouver. »*

- Les difficultés matérielles pour prouver une discrimination
  - La discrimination est un phénomène diffus et courant
  - Absence de témoins
  - Absence de preuve écrite
  - Peur de représailles
  - Liberté contractuelle

# 3. Le partage de la charge de la preuve

- Souci de rechercher la vérité dans le système juridique inquisitoire.
- Nécessité d'aider la victime à apporter des preuves de la discrimination.
- Acquis de la jurisprudence de la CJUE – discrimination basée sur le sexe (ex: DANFOSS, C-109/88).
- Un renversement de la charge de la preuve qui n'est pas total mais partiel (= aménagement):  
Le demandeur présente des présomptions simples, une possible existence d'une discrimination. Il y a alors un commencement de preuve.  
Le défendeur doit rapporter la preuve que la discrimination n'existe pas.

- Réserve à certaines catégories de discrimination:
  - Les discriminations relatives au sexe : Directive 1997/80/CE.
  - Les discriminations relatives à l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique: Directive 2000/43/CE.
  - Les discriminations relatives à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail: Directive 2000/78/CE.



- Article 8 de la Directive 2000/43/CE, et article 10 de la Directive 2000/78/CE :

« 1. Les États membres **prennent les mesures nécessaires**, conformément à leur système judiciaire, afin que, dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établit, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, **il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement.**

2. **Le paragraphe 1 ne fait pas obstacle à l'adoption par les États membres de règles de la preuve plus favorables aux plaignants.**

3. **Le paragraphe 1 ne s'applique pas aux procédures pénales.**

4. Les paragraphes 1, 2 et 3 s'appliquent également à toute procédure engagée conformément à l'article 7, paragraphe 2. (article 9, paragraphe 2 pour la Directive 2000/78)

5. **Les États membres peuvent ne pas appliquer le paragraphe 1 aux procédures dans lesquelles l'instruction des faits incombe à la juridiction ou à l'instance compétente. »**

- Les Etats membres doivent mettre en application un mécanisme de renversement partiel de la charge de la preuve en matière de discrimination.
- Ce renversement peut être total puisque les pays peuvent adopter un régime plus favorable aux victimes.
- Exclusion du champ d'application à la matière pénale et lorsqu'il incombe au juge la charge de la preuve (+ présomption d'innocence).

- Transposition en droit luxembourgeois avec l'article 5 de la Loi du 28/11/2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement:

*« (1) Lorsqu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établit directement ou par l'intermédiaire d'une association sans but lucratif ayant compétence pour ce faire conformément à l'article 7 qui suit ou par l'intermédiaire d'un syndicat ayant compétence pour ce faire conformément et dans les limites de l'article L. 253-5 paragraphe (2) du Code du travail, ou dans le cadre d'une action née de la convention collective de travail ou de l'accord conclu en application de l'article L. 165-1 du Code du travail conformément et dans les limites de l'article L. 253-5, paragraphe (1) du Code du travail, devant la juridiction civile ou administrative, **des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement.***

*(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas aux procédures pénales. »*

# Belgique

- Sont visés « les éléments qui révèlent une certaine récurrence de traitement défavorable »  
(Art. 28, §2 de la loi « antdiscrimination », art. 30 §2 de la loi du 30 juillet 1981 , inséré par la loi « racisme »).

# 4. Application du mécanisme de partage de la charge de la preuve

- Un traitement différent suivant que la discrimination soit directe ou indirecte:
  - En cas de discrimination directe:  
La victime devra recourir à une comparaison concrète entre deux situations personnelles.
  - En cas de discrimination indirecte:  
La victime devra démontrer les effets de la mesure ou de la pratique entraînant un traitement différent et injustifié et comparer les situations ('disparate impact').

- Directives 2000/43/CE et 2000/78/CE

Considérants 15: « *L'appréciation des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte appartient à l'instance judiciaire nationale ou à une autre instance compétente, conformément au droit national ou aux pratiques nationales, qui peuvent prévoir, en particulier, que **la discrimination indirecte peut être établie par tous moyens, y compris sur la base de données statistiques.*** »

# Jurisprudence de la CJUE

## ARRET FERYN

CJCE, 10 juillet 2008, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contre Firma Feryn NV*, Aff. C-54/07

- §29 Les troisième à cinquième questions portent sur le point de savoir comment appliquer la règle du renversement de la charge de la preuve prévue à l'article 8, paragraphe 1, de la directive 2000/43 à une situation dans laquelle l'existence d'une politique d'embauche discriminatoire est alléguée par référence à des propos tenus publiquement par un employeur au sujet de sa politique de recrutement.
- §30 L'article 8 de la directive 2000/43 précise à cet égard qu'il appartient à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement dès lors que des faits permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. L'obligation d'apporter la preuve contraire, qui pèse ainsi sur l'auteur présumé d'une discrimination, n'est subordonnée qu'au seul constat d'une présomption de discrimination dès lors que celle-ci est fondée sur des faits établis.

# FERYN (suite)

- §31 Peuvent constituer de tels faits de nature à faire présumer une politique d'embauche discriminatoire les déclarations par lesquelles un employeur fait savoir publiquement que, dans le cadre de sa politique de recrutement, il n'embauchera pas de salariés issus d'une certaine origine ethnique ou raciale.
- §32 Il incombe dès lors à cet employeur d'apporter la preuve qu'il n'a pas violé le principe de l'égalité de traitement, ce qu'il peut notamment faire en démontrant que la pratique réelle d'embauche de l'entreprise ne correspond pas à ces déclarations.
- §33 Il appartient à la juridiction de renvoi, d'une part, de vérifier que les faits reprochés audit employeur sont établis et, d'autre part, d'apprécier si les éléments qu'il apporte au soutien de ses affirmations selon lesquelles il n'a pas violé le principe de l'égalité de traitement sont suffisants.



- Les moyens de preuve utilisables:
  - Le testing: test de situation admis comme moyen de preuve en France avec la jurisprudence de la Cour d'Appel de Paris « Moulin Rouge » (CA, 11<sup>ème</sup> chambre, 17 octobre 2003, N°03/00387).

En Belgique: Comparaison avec une personne de référence (test de situation admis en 2003 et disparu en 2007-symbolique).

- L'utilisation de statistiques: permet de comparer efficacement des situations notamment en cas de discrimination indirecte.

La C.E.D.H. s'appuie de plus en plus sur les statistiques, notamment avec l'affaire « D.H. et autres contre République Tchèque » du 13 novembre 2007 (Req. 57325/00-Grande Chambre).

# D.H. et autres

- §189. Si une présomption réfragable de discrimination relativement à l'effet d'une mesure ou d'une pratique est ainsi établie par le requérant alléguant une discrimination indirecte, il incombe ensuite à l'Etat défendeur de réfuter cette présomption en démontrant que la différence en question n'est pas discriminatoire (voir, *mutatis mutandis*, *Natchova et autres* [GC], arrêt précité, § 157). En effet, vu notamment la spécificité des faits et la nature des allégations formulées dans ce type d'affaires (*ibidem*, § 147), il serait en pratique extrêmement difficile pour les intéressés de prouver la discrimination indirecte sans un tel renversement de la charge de la preuve.
- §190. En l'espèce, les données statistiques présentées par les requérants ont été obtenues à partir des questionnaires adressés en 1999 aux directeurs des écoles spéciales et primaires de la ville d'Ostrava. Elles indiquent que, à l'époque, 56 % de tous les élèves placés dans les écoles spéciales à Ostrava étaient roms ; en revanche, les Roms ne représentaient que 2,26 % du nombre total des élèves fréquentant les écoles primaires d'Ostrava. De plus, alors que seulement 1,8 % des élèves non roms étaient scolarisés dans les écoles spéciales, le pourcentage de tous les Roms d'Ostrava orientés vers ces écoles s'élevait à 50,3
- ... .

# 5. Exemples

1. Embauche
2. Logement
3. Boîte de nuits