

LA CHARGE DE LA PREUVE DANS LES AFFAIRES DE DISCRIMINATION SEXUELLE

José Fernando Lousada Arochena

Haute Cour de justice de Galice (Espagne)



Cette formation est financée dans le cadre du programme de la Commission européenne "Droits, égalité et citoyenneté" 2014-2020

LA CHARGE DE LA PREUVE DANS LES AFFAIRES DE DISCRIMINATION SEXUELLE

1. LES RAISONS DE L'HARMONISATION : 1.1. PREMIERS JUGEMENTS DE LA COUR EUROPÉENNE : JENKINS ; DANFOSS ; ENDERBY

Discrimination indirecte - premier jugement (Jenkins, 1981/3/13, C-96/80) :

L'établissement d'un impact négatif obligeait l'autre partie à établir une justification non discriminatoire du comportement.

Consolidation du test de discrimination indirecte :

- ceux qui allèguent une discrimination indirecte, doivent établir l'impact négatif sur un group féminin d'une mesure apparemment non sexiste,
- ceux qui contestent l'allégation, doivent établir une justification de la mesure

(Arrêts de la CJUE du 13.5.1986, C-170/84, Bilka ; 13.7.1989, C-171/88, Rinner-Kühn ; 13.12.1989, C-102/88, Ruzius-Wilbrink ; 27.6.1990, C-33/89, Kowalska ; 7.12.1991, C-184/99, Nimz ; 4.6.1992, C-360/90, Bötzel).

LA CHARGE DE LA PREUVE DANS LES AFFAIRES DE DISCRIMINATION SEXUELLE

La charge de la preuve dans un système de rémunération sans transparence

(Danfoss, 1989/10/17, C-109/88) :

« lorsqu' une entreprise applique un système de rémunération qui est caractérisé par un manque total de transparence, l' employeur a la charge de prouver que sa pratique salariale n' est pas discriminatoire, dès lors que le travailleur féminin établit, par rapport à un nombre relativement important de salariés, que la rémunération moyenne des travailleurs féminins est inférieure à celle des travailleurs masculins ».

La facilitation de la preuve est nécessaire pour protéger les travailleurs contre la discrimination sexuelle

Enderby (1993/10/27, C-127/92) :

"La charge de prouver l' existence d' une discrimination fondée sur le sexe peut être déplacée lorsque cela s' avère nécessaire pour ne pas priver les travailleurs victimes de discrimination apparente de tout moyen efficace de faire respecter le principe de l' égalité des rémunérations. »

LA CHARGE DE LA PREUVE DANS LES AFFAIRES DE DISCRIMINATION SEXUELLE

1.2. DISPARITÉ DANS LE DROIT DES ÉTATS MEMBRES

- Dans les systèmes de *common law* - suffisant qu'un demandeur dans une procédure civile démontre la plus grande plausibilité de sa preuve par rapport à celle du défendeur (*jugement de probabilité*), et système de preuve ouvert (*preuve libre*),
- Dans les systèmes de *droit civil* - un demandeur dans une procédure civile doit prouver la véracité de ses allégations (*jugement de véracité*), et les preuves qui peuvent être présentées sont soumises à un système de réglementations (*preuve réglementée*).
- En *common law* - le demandeur a accès aux preuves détenues par le défendeur et le tribunal peut insister sur leur divulgation
- En *droit civil* - le juge n'est pas tenu d'exiger de la partie détentrice des preuves qu'elle les dévoile, ni de mener une enquête complémentaire *d'office ou à la demande* de la partie.

LA CHARGE DE LA PREUVE DANS LES AFFAIRES DE DISCRIMINATION SEXUELLE

2. DE LA DIRECTIVE 97/80/CE À LA DIRECTIVE 2006/54/EU

2.1. OBJECTIF DE LA DIRECTIVE 97/80/CE :

« La présente directive vise à garantir que soient rendues plus efficaces les mesures prises par les États membres, en application du principe de l'égalité de traitement, qui permettent à toute personne qui s'estime lésée par la non-application à son égard du principe de l'égalité de traitement de faire valoir ses droits par voie juridictionnelle après, éventuellement, le recours à d'autres instances compétentes. »

(Dir. 97/80, art. 1).

Une interprétation utile est préférable à une interprétation littérale.

LA CHARGE DE LA PREUVE DANS LES AFFAIRES DE DISCRIMINATION SEXUELLE

"Une discrimination indirecte existe

lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre affecte une proportion nettement plus élevée de personnes d'un sexe, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit approprié(e) et nécessaire et ne puisse être justifié(e) par des facteurs objectifs indépendants du sexe des intéressés. »

(Dir. 97/80, art. 2.2).

Mais cette définition a changé ...

LA CHARGE DE LA PREUVE DANS LES AFFAIRES DE DISCRIMINATION SEXUELLE

Définition actuelle de la 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. »

(Dir. 2002/73, art. 2.2.b ; Dir. 2004/113/CE, art. 2.b ; Dir. 2006/54, art. 2.1.b).

"Désavantage particulier" au lieu de "impact négatif"

(O'Flynn, 1996/5/23, C-237/94, discrimination fondée sur la nationalité).

La preuve par les statistiques n'est pas le seul moyen de démontrer la discrimination indirecte.

LA CHARGE DE LA PREUVE DANS LES AFFAIRES DE DISCRIMINATION SEXUELLE

2.2. CHAMP D'APPLICATION MATÉRIEL

Inclusions originales (Dir. 97/80, art. 3 ; Dir. 2006/54, art. 19.4.a) :

"Les situations couvertes par l'article 119 du traité (désormais article 157 du TFUE) et par les directives 75/117/CEE (égalité de rémunération), 76/207/CEE (égalité des conditions d'emploi et de travail) (toutes deux refondues dans la directive 2006/54) et, en ce qui concerne la discrimination fondée sur le sexe, 92/85/CEE (maternité) et 96/34/CEE (désormais 2010/18/UE, congé parental)".

Critique : La référence aux situations couvertes par les directives 92/85 et 96/34 (maintenant 2019/1158/UE) "en ce qui concerne la discrimination fondée sur le sexe" est plutôt confuse car non seulement celles-ci, mais aussi toutes les autres relatives à l'emploi et aux conditions de travail (75/117 et 76/207 ; et 2006/54) devraient être incluses en ce qui concerne la discrimination fondée sur le sexe.

Elle ne mentionne même pas la directive 86/378/CEE, modifiée par la directive 96/97/CE, sur les régimes professionnels de sécurité sociale, bien que celle-ci relève de l'ancien article 119 du TCE ; elle y est donc incluse.

LA CHARGE DE LA PREUVE DANS LES AFFAIRES DE DISCRIMINATION SEXUELLE

Exclusion

Directives 79/7/CEE (sécurité sociale publique) et 2012/41/UE (ex 86/613/CEE) (travail indépendant).

Raison de l'exclusion : Crainte d'un afflux de plaintes qui pourrait mettre les finances en péril

Critique : L'égalité des sexes dans les systèmes publics de sécurité sociale est-elle plus permise que dans d'autres domaines ?

LA CHARGE DE LA PREUVE DANS LES AFFAIRES DE DISCRIMINATION SEXUELLE

En droit espagnol, la situation de risque pendant l'allaitement (Dir. 92/85, art. 5.3) génère une prestation de sécurité sociale (Dir. 92/85, art. 11.2.b).

Cette situation est-elle incluse dans les conditions de travail ou dans la sécurité sociale publique ? Par conséquent, les règles relatives à la charge de la preuve sont-elles applicables à cette situation ?

Arrêts de la CJUE 19.10.2017, C-531/15, Otero Ramos, et 19.9.2018, C-41/17, González Castro :

les règles relatives à la charge de la preuve *"s'appliquent à une situation ... dans laquelle une travailleuse allaitante conteste, devant un tribunal ..., l'évaluation des risques de son travail dans la mesure où elle prétend que l'évaluation n'a pas été effectuée conformément à l'article 4, paragraphe 1, de la directive 92/85/CEE du Conseil"*.

LA CHARGE DE LA PREUVE DANS LES AFFAIRES DE DISCRIMINATION SEXUELLE

Extension postérieure du champ d'application matériel *(technique des poupées russes)*

Directive 2004/113/CE, mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services, art. 9.

Critique de cette approche au compte-gouttes : l'égalité des sexes nécessite une déclaration et une reconnaissance universelles sans avoir à passer par des étapes normatives.

LA CHARGE DE LA PREUVE DANS LES AFFAIRES DE DISCRIMINATION SEXUELLE

2.3. CHAMP D'APPLICATION DE LA PROCÉDURE

« Toute procédure civile ou administrative concernant le secteur public ou le secteur privé qui prévoit les recours selon le droit national en application des dispositions visées au point a), à l'exception des procédures gracieuses de nature volontaire ou prévues par le droit national. »

(Dir. 97/80, art. 3.1.b ; Dir. 2006/54, art. 19.4.b).

Notamment, les procédures de médiation et de conciliation

(Dir. 97/80, préambule, considérant 12).

« La présente directive ne s'applique pas aux procédures pénales, sauf si les États membres en disposent autrement. »

(Dir. 97/80, art. 3.2 ; Dir. 2006/54, art. 19.5 ; Dir. 2004/113/CE, art. 9.3).

LA CHARGE DE LA PREUVE DANS LES AFFAIRES DE DISCRIMINATION SEXUELLE

2.4. LA REGLE

« 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. »

(Dir. 97/80, art. 4.2 ; Dir. 2006/54, art. 19.1 ; Dir. 2004/113/CE, art. 9.1).

LA CHARGE DE LA PREUVE DANS LES AFFAIRES DE DISCRIMINATION SEXUELLE

Que signifie "établir les faits" ?

- **Il ne suffit pas d'"alléger les faits".**
- **Le demandeur doit "établir des faits", et non pas nécessairement "prouver des faits", avec d'autres mécanismes de fixation des faits (par exemple : les faits sont notoires, les faits ne sont pas discutés, ou les faits sont établis par une *facta confessio*). De même, les faits peuvent être établis avec la preuve de l'autre partie (principe de l'acquisition de la preuve).**

LA CHARGE DE LA PREUVE DANS LES AFFAIRES DE DISCRIMINATION SEXUELLE

Que signifie "peut être présumé" ?

- Interprétation littérale :

Le demandeur doit produire une preuve absolue soit du fait discriminatoire (preuve directe), soit du fait sous-jacent à partir duquel on peut déduire le fait discriminatoire (preuve indirecte) ; dans les deux cas, le demandeur doit produire une preuve absolue (*jugement de véracité*).

- Interprétation utile :

Le terme "*peut être présumé*" peut être interprété plus largement que cela, ce qui nous permet de fonder notre jugement sur la crédibilité, conformément au principe de la preuve prima facie, préliminaire ou présomptive, qui repose sur des justifications ou des apparences plutôt que sur une preuve absolue (*jugement de probabilité*).

LA CHARGE DE LA PREUVE DANS LES AFFAIRES DE DISCRIMINATION SEXUELLE

Les **preuves statistiques sont admises**. La CJUE est claire, surtout dans les affaires de discrimination indirecte, même avant la directive 97/80.

La directive 2006/54/CE approuve ce point dans le considérant (30) de son préambule :

« Comme la Cour de justice l'a affirmé, il convient donc de prendre des dispositions de telle sorte que la charge de la preuve revienne à la partie défenderesse dès qu'il existe **une apparence de discrimination**. »

LA CHARGE DE LA PREUVE DANS LES AFFAIRES DE DISCRIMINATION SEXUELLE

La partie défenderesse doit prouver qu'il n'y a pas eu de violation du principe de l'égalité de traitement : qu'est-ce que cela signifie ?

La partie défenderesse ne doit pas prouver la "non discrimination" (fait négatif impossible à prouver) : il suffit de prouver un comportement innocent.

LA CHARGE DE LA PREUVE DANS LES AFFAIRES DE DISCRIMINATION SEXUELLE

Les règles de la directive sont des exigences minimales

Absence de **réglementation** : pas de critères pour évaluer les preuves statistiques ; pas de présomptions légales de discrimination sexuelle ; pas d'obligation pour la partie défenderesse de faciliter l'accès aux preuves en sa possession ...

Mais une interprétation utile peut combler certaines de ces lacunes

LA CHARGE DE LA PREUVE DANS LES AFFAIRES DE DISCRIMINATION SEXUELLE

Assistance indépendante aux victimes de discrimination sexuelle

Amélioration introduite dans la Dir. 2002/73 (non présente dans la Dir. 97/80 ; introduite dans la Dir. 2002/73, art. 8 a ; Dir. 2004/113/CE, art. 8.3 ; Dir. 2006/54, art. 20.2.a) :

L'assistance aux victimes **doit inclure les questions de preuve**, qui sont particulièrement pertinentes lorsqu'il y a suspicion de **discrimination indirecte**, car les personnes peuvent ne pas avoir accès aux preuves qu'elles sont appelées à présenter, que ce soit pour des raisons techniques ou en raison du coût.

Exemple en droit espagnol : L'article 13 de la loi organique sur l'égalité effective entre les hommes et les femmes (2007) stipule que *"l'organe judiciaire, à la demande d'une partie, peut demander qu'un rapport ou un avis soit fourni par les organismes publics compétents, lorsque cela est jugé utile ou pertinent"* (il peut désigner tout organisme dont les compétences correspondent à l'utilité des preuves, plutôt que les seuls organismes de promotion de l'égalité).

LA CHARGE DE LA PREUVE DANS LES AFFAIRES DE DISCRIMINATION SEXUELLE

- La conséquence d'une réglementation minimale est l'**admissibilité de règles de preuve plus favorables aux demandeurs au sein des lois des États membres**

(Dir. 97/80, art. 4.2 ; Dir. 2006/54, art. 19.2 ; Dir. 2004/113/CE, art. 9.2).

- **Plus précisément, dans les procédures dans lesquelles la juridiction ou l'organe compétent qui enquête sur les faits des affaires : la preuve est d'office**

(Dir. 97/80, art. 4.3 ; Dir. 2006/54, art. 19.3 ; Dir. 2004/113/CE, art. 9.5).

LA CHARGE DE LA PREUVE DANS LES AFFAIRES DE DISCRIMINATION SEXUELLE

3. JURISPRUDENCE EN MATIÈRE DE CHARGE DE LA PREUVE

3.1. CHARGE DE LA PREUVE - DEMANDEUR : APPROCHE GÉNÉRALE

Jugement Enderby (1993/10/27, C-127/92) :

« La charge de prouver l'existence d'une discrimination fondée sur le sexe peut être déplacée lorsque cela s'avère nécessaire pour ne pas priver les travailleurs victimes de discrimination apparente de tout moyen efficace de faire respecter le principe de l'égalité des rémunérations. »

Arrêt Nikoloudi (2005/3/10, C-196/02) :

« Lorsqu'un employé fait valoir que le principe de l'égalité de traitement a été violé à son détriment et que celui-ci établit 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 dudit principe. »

LA CHARGE DE LA PREUVE DANS LES AFFAIRES DE DISCRIMINATION SEXUELLE

Mais la simple allégation de discrimination ne suffit pas, ni le fait que le demandeur appartient au sexe discriminé, car c'est un présupposé de l'existence d'une discrimination, mais pas un fait à partir duquel on peut la déduire :

Ni de simples allégations ni le simple fait qu'une fonctionnaire soit enceinte ... ne doivent faire naître la présomption de l'existence d'une discrimination fondée sur le sexe".

(Arrêt du 26.10.2017, T-706/16 P, HB c. Commission ; et arrêt du 7.11.2019, T-431/18, VN c. Parlement).

LA CHARGE DE LA PREUVE DANS LES AFFAIRES DE DISCRIMINATION SEXUELLE

Néanmoins

Bien qu'une grossesse ne permette pas à elle seule de déduire une discrimination fondée sur le sexe, il n'est PAS nécessaire de prouver l'intention de discriminer car

"La directive ne subordonne nullement l'engagement de la responsabilité de l'auteur d'une discrimination à la preuve d'une faute ou à l'absence de toute cause d'exonération de la responsabilité. »

(Décision du 8.11.1990, C-177/88, Dekker).

LA CHARGE DE LA PREUVE DANS LES AFFAIRES DE DISCRIMINATION SEXUELLE

3.2. LE MANQUE DE TRANSPARENCE

Décision du 17.10.1989, C-109/88, Affaire Danfoss :

« Lorsqu'une entreprise applique un système de rémunération qui est caractérisé par un manque total de transparence, l'employeur a la charge de prouver que sa pratique salariale n'est pas discriminatoire, dès lors que le travailleur féminin établit, par rapport à un nombre relativement important de salariés, que la rémunération moyenne des travailleurs féminins est inférieure à celle des travailleurs masculins. »

Bien que l'affaire Danfoss concerne la discrimination salariale, le manque de transparence des décisions des entreprises peut être appliqué *mutatis mutandis* aux processus de recrutement, aux licenciements collectifs ou aux promotions internes afin de remettre en cause le plafond de verre et/ou "le plancher collant" (*sticky floor*) pour les femmes, ou en général pour les personnes appartenant à des groupes discriminés.

LA CHARGE DE LA PREUVE DANS LES AFFAIRES DE DISCRIMINATION SEXUELLE

3.3. MODALITES COMPARAISON (DANS LES AFFAIRES RELATIVES À LA DISCRIMINATION SALARIALE)

- **un nombre relativement important d'employés, quelle que soit leur catégorie** (arrêt Danfoss, 1989/10/17, C-109/88) ;
- **entre deux professions spécifiques** (arrêt Enderby, 1993/10/27, C-127/92) ;
- **entre deux emplois** (arrêt Brunnhofer, 2001/6/26, C-381/99, 26.6.2001).

L'objectif n'est donc pas de graver dans le marbre une règle comparative, mais d'identifier la situation discriminatoire dans chaque cas spécifique et d'utiliser, au cas par cas, différents indicateurs pour parvenir au même résultat.

LA CHARGE DE LA PREUVE DANS LES AFFAIRES DE DISCRIMINATION SEXUELLE

Système de rémunération aux pièces

Décision du 31.5.1995, C-400/93, Royal Copenhagen :

la simple constatation que la rémunération moyenne d'un groupe de travailleurs composé essentiellement de femmes effectuant un certain type de travail est sensiblement inférieure à la rémunération moyenne d'un groupe de travailleurs composé essentiellement d'hommes effectuant un autre type de travail auquel est attribuée une valeur égale ne suffit pas pour conclure à l'existence d'une discrimination en matière de rémunération.

Toutefois, lorsque, dans un système de rémunération aux pièces dans lequel les rémunérations individuelles sont composées d'une partie variable qui est fonction du résultat individuel du travail de chaque travailleur et d'une partie fixe différente selon les groupes de travailleurs concernés, il n'est pas possible de dégager les facteurs qui ont été déterminants lors de la fixation des taux ou unités de mesure retenus pour le calcul de la partie variable de la rémunération, l'employeur peut se voir imposer la charge de prouver que les différences constatées ne sont pas dues à une discrimination fondée sur le sexe.

Application de la doctrine Danfoss : le manque de transparence dans les critères de détermination de la partie fixe et de la partie variable du salaire dans un système de rémunération aux pièces permet d'utiliser la différence de salaire moyen entre les travailleurs masculins et féminins comme signe de discrimination.

LA CHARGE DE LA PREUVE DANS LES AFFAIRES DE DISCRIMINATION SEXUELLE

Peut-on utiliser un hypothétique comparateur ?

Les définitions de la discrimination directe utilisées dans toutes les directives sur l'égalité font référence à la situation *"où une personne pourrait être traitée moins favorablement qu'une autre dans une situation comparable"*, ce qui permet d'utiliser des comparateurs hypothétiques.

Par conséquent, si le demandeur prouve que ses collègues de sexe différent ont progressé professionnellement et en termes de rémunération plus qu'elle ou que ses collègues de même sexe, il n'y a aucune raison de refuser l'utilisation d'une comparaison hypothétique sans qu'il soit nécessaire de spécifier un travailleur ou un groupe de travailleurs particulier comme tiers comparateur, car il y a une indication ou un soupçon de discrimination.

LA CHARGE DE LA PREUVE DANS LES AFFAIRES DE DISCRIMINATION SEXUELLE

3.4. CHARGE DE LA PREUVE - DEMANDEUR : PREUVE STATISTIQUE

Il existe une relation étroite entre la discrimination indirecte et les preuves statistiques, bien que l'intensité de cette relation varie en fonction d'un modèle strict ou d'un modèle souple

Modèle strict - basé sur des critères statistiques rigides utilisés aux États-Unis pour évaluer s'il existe une discrimination indirecte dans l'accès à l'emploi (les indicateurs les plus courants étant l'impact négatif sur la sélection et l'analyse des écarts).

Modèle flexible : en Europe, et dans les tribunaux britanniques, on fait davantage confiance au bon sens et à l'expérience et aux connaissances générales qu'aux connaissances statistiques.

Aux États-Unis, des points de vue critiques ont été exprimés : *"trop de gens utilisent les statistiques comme un homme ivre utilise un réverbère - pour le soutien et non pour l'éclairage"*.

LA CHARGE DE LA PREUVE DANS LES AFFAIRES DE DISCRIMINATION SEXUELLE

LA PREUVE PAR LES STATISTIQUES DANS LA JURISPRUDENCE DE LA CJEU

Critères de preuve par les statistiques :

Jugement Nicole Seymour-Smith et Laura Perez (1999/2/9, C-167/97, 9.2.1999) :

- (1) s'ils couvrent suffisamment d'individus,
- (2) s'ils illustrent des situations purement fortuites ou des phénomènes de court terme,
- (3) si, en général, ils semblent être significatifs.

Quant au délai de vérification des statistiques, il appartient à la juridiction nationale *"en tenant compte de toutes les circonstances matérielles de droit et de fait"*, de déterminer le moment auquel la légalité d'une telle règle doit être appréciée.

LA CHARGE DE LA PREUVE DANS LES AFFAIRES DE DISCRIMINATION SEXUELLE

Arrêt Ursula Voß (2007/12/6, C-300/06) :

« La meilleure méthode de comparaison des statistiques consiste à comparer la proportion de travailleurs affectés par ladite différence de traitement, d'une part, au sein de la main d'œuvre masculine et, d'autre part, au sein de la main d'œuvre féminine. »

Dans *Ursula Voß*, la CJEU n'est pas aussi stricte que dans *Nicole Seymour-Smith et Laura Perez*. Peut-être a-t-on accordé un certain poids au fait qu'elles remettaient en cause les décisions des entreprises, et non les lois nationales.

LA CHARGE DE LA PREUVE DANS LES AFFAIRES DE DISCRIMINATION SEXUELLE

Preuve statistique valable équivalant à une présomption de discrimination

Dans plusieurs cas provenant d'Espagne, on s'est demandé si une disposition de sécurité sociale avait un impact négatif sur les groupes féminisés.

CJUE 22.11.2012, C-385/11, Elbal Moreno :

Il est discriminatoire d'exiger une durée de cotisation proportionnellement plus longue des travailleurs à temps partiel, dont la grande majorité est constituée de femmes, par rapport aux travailleurs à temps plein, une durée de cotisation proportionnellement plus importante pour accéder, le cas échéant, à une pension de retraite de type contributif dont le montant est proportionnellement réduit en fonction de leur temps de travail (double sanction).

CJEU 14.4.2015, C-527/13, Cachaldora :

(Affaire de la grande chambre qui n'a pas suivi les conclusions de l'avocat général)

Les données statistiques ne peuvent pas conduire à la conclusion que le groupe de travailleurs désavantagés par la règle de droit national en cause est principalement composé de travailleurs à temps partiel et, en particulier, de travailleurs féminins (les données statistiques générales concernant le groupe de travailleurs à temps partiel, prises dans leur ensemble, ne sont pas pertinentes pour établir que beaucoup plus de femmes que d'hommes sont concernées par cette disposition).

Même s'il apparaît qu'une travailleuse est défavorisée parce qu'elle a travaillé à temps partiel, certains travailleurs à temps partiel peuvent également bénéficier de la règle de droit national en cause au principal

LA CHARGE DE LA PREUVE DANS LES AFFAIRES DE DISCRIMINATION SEXUELLE

- **CJUE du 9.11.2017, C-98/15, Espadas Recio :**

La CJUE applique la jurisprudence *Elbal Moreno* et tourne le dos à la jurisprudence *Cachaldora*, en soutenant que, dans le cas d'espèce, il a été statistiquement prouvé qu'il y a une majorité de femmes dans le domaine du travail vertical à temps partiel, qui est celui qui est concerné par la règle, et que cela ne semble pas bénéficier aux travailleurs à temps partiel de toute façon.

- **Décision de la CJUE du 3.10.2019, C-274/18, Minoo Schuch-Ghannadan :**

Cette tendance plus souple (et plus raisonnable du point de vue des droits de la défense) est consolidée :

L'article 19, de la directive 2006/54/CE doit être interprété en ce sens que cette disposition n'exige pas de la partie qui s'estime lésée par une telle discrimination qu'elle produise, afin d'établir une apparence de discrimination, des statistiques ou des faits précis ciblant les travailleurs concernés par la réglementation nationale en cause si cette partie n'a pas accès ou n'a que difficilement accès à ces statistiques ou faits.

LA CHARGE DE LA PREUVE DANS LES AFFAIRES DE DISCRIMINATION SEXUELLE

Quel est le modèle utilisé par le droit communautaire ?

Étant donné que le concept de discrimination indirecte dans les directives 2002/73/CE, 2004/113/CE et 2006/54/CE est construit sur un désavantage particulier, et non sur un impact négatif (comme dans la directive 97/80/CE) - il ne devrait pas être appliqué strictement, au moins lorsqu'il y a d'autres inférences ou corroborations.

Cependant, la CJUE a été plus exigeante sur les aspects techniques des statistiques dans certains cas où les statistiques mettaient en cause des lois nationales et pas seulement des décisions d'entreprises.

(affaires Nicole Seymour-Smith et Laura Perez, et dans Cachaldora).

LA CHARGE DE LA PREUVE DANS LES AFFAIRES DE DISCRIMINATION SEXUELLE

Conclusion personnelle :

Les preuves statistiques ont été un point de départ pour l'application de d'une jurisprudence sur l'exigence de règles probatoires plus souples dans les cas de discrimination indirecte fondée sur le sexe.

Mais la communication de ces données n'est pas obligatoire.

Dans chaque affaire, le tribunal devra déterminer si les statistiques présentées, seules ou en combinaison avec d'autres preuves et avec la connaissance que le tribunal a lui-même des réalités sociales, permettent de constituer un ensemble de preuves qui déclenche un renversement de la charge de la preuve.

Ainsi, les règles rigoureuses sur la valeur des statistiques ne peuvent être que relatives, et il est impossible de concevoir des règles universellement valables qui s'appliqueront dans tous les cas.

LA CHARGE DE LA PREUVE DANS LES AFFAIRES DE DISCRIMINATION SEXUELLE

3.5. CHARGE DE LA PREUVE - DEMANDEUR : REFUS DE L'EMPLOYEUR DE FOURNIR DES INFORMATIONS

Décision Kelly (2011/7/21, C-104/10) :

Le demandeur n'a pas le droit d'accéder aux informations détenues par l'organisateur de cette formation sur les qualifications des autres candidats, **mais cet accès ne peut lui être refusé** si, dans le cadre de la recherche de la preuve de ces faits, il porte atteinte à la pleine efficacité du droit communautaire. **Dans ce cas, l'organisateur fournit les informations en respectant les garanties de confidentialité des autres candidats.**

Mais...

LA CHARGE DE LA PREUVE DANS LES AFFAIRES DE DISCRIMINATION SEXUELLE

Décision Meister (2012/4/19, C-415/10) :

discrimination multiple (sexe, âge et origine ethnique) :

Les règles relatives à la charge de la preuve " *doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne prévoient pas le droit, pour un travailleur alléguant de façon plausible qu'il remplit les conditions énoncées dans un avis de recrutement et dont la candidature n'a pas été retenue, d'accéder à l'information précisant si l'employeur, à l'issue de la procédure de recrutement, a embauché un autre candidat.* »

Toutefois, « il ne saurait être exclu qu'un refus de tout accès à l'information de la part d'une partie défenderesse peut constituer l'un des éléments à prendre en compte dans le cadre de l'établissement des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. »

En effet, « *il incombe à la juridiction de renvoi, en prenant en considération toutes les circonstances du litige dont elle est saisie, de vérifier si tel est le cas dans l'affaire au principal.* »

LA CHARGE DE LA PREUVE DANS LES AFFAIRES DE DISCRIMINATION SEXUELLE

Bien que la Cour mentionne dans son raisonnement certaines des circonstances qui pourraient être prises en considération :

- « Parmi les éléments pouvant être pris en considération figure, notamment, la circonstance que, à la différence de ce qui était le cas dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Kelly, précité, l'employeur en cause dans l'affaire au principal semble avoir refusé à Mme Meister tout accès à l'information dont cette dernière sollicite la communication »;
- Et « Speech Design (l'entreprise défenderesse) ne conteste pas l'adéquation entre le niveau de qualification de Mme Meister et celui mentionné dans l'avis de recrutement ainsi que la double circonstance que, malgré cela, l'employeur ne l'a pas convoquée à un entretien d'embauche et que l'intéressée n'a pas non plus été convoquée dans le cadre de la nouvelle procédure de sélection de candidats pour occuper l'emploi concerné ».

LA CHARGE DE LA PREUVE DANS LES AFFAIRES DE DISCRIMINATION SEXUELLE

3.6. CHARGE DE LA PREUVE - DÉFENDEUR :

- Arrêt Brunnhofer (2001/6/26, C-381/99) :
Le défendeur peut soit :

(1) "contester le fait que les conditions d'application du principe de l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes sont remplies en l'espèce" (ce qui constituerait une preuve destinée à invalider les indices de discrimination) ; ou

(2) "invoquer des raisons objectives, sans rapport avec une quelconque discrimination fondée sur le sexe, pour justifier la différence de rémunération".

(ce qui réfuterait de manière concluante tout lien entre ces indications, en elles-mêmes incontestées, et la conclusion qu'elles étaient discriminantes).

PROUVER LA DISCRIMINATION EN DROIT COMMUNAUTAIRE

REMARQUES FINALES

Les règles concernant la charge de la preuve sont trop rigides pour prouver les comportements discriminants

- car ces conduites changent constamment de forme, présentent de nombreuses subtilités et sont souvent cachées
- la preuve étant un facteur essentiel, il est apparu nécessaire d'assouplir les règles relatives à la charge de la preuve en ouvrant les modalités de preuve
- **Sinon, les lois sur l'égalité et les droits de l'homme risquent de n'être que de simples déclarations de bonnes intentions.**

Ce n'est pas un véritable retournement de situation - mais un partage de la charge de la preuve

- le demandeur a l'obligation de présenter un certain nombre de preuves
- ensuite, l'accent est mis sur le défendeur
- cette règle est conçue pour alléger, réduire, atténuer, corriger, faciliter, assouplir ou moduler la charge du demandeur, tout en alourdissant celle du défendeur
- **les modalités de partage de la charge de la preuve sont ouvertes, modalités qui ne sont pas une formule unique, et peuvent être adaptés à chaque cas particulier**
- **elles exigent des juges qu'ils soient réceptifs aux suggestions jurisprudentielles sur l'opportunité d'appliquer les règles de preuve avec plus de souplesse**

PROUVER LA DISCRIMINATION EN DROIT COMMUNAUTAIRE

MERCI POUR VOTRE ATTENTION