

ERA TRÈVES

3 NOVEMBRE 2014

**LA CHARGE DE LA PREUVE DANS LES AFFAIRES DE
DISCRIMINATION FONDÉE SUR LE GENRE**

Paul Epstein Q.C.
pje@cloisters.com

Introduction

1. Le présent document analyse la signification et la mise en œuvre de la législation de l'Union européenne sur le renversement de la charge de la preuve dans les affaires de discrimination directe et indirecte fondée sur le genre.
2. Les affaires de discrimination présentent des problèmes spécifiques pour les plaignants, parce qu'une personne qui se livre à la discrimination ne fait en règle générale pas état publiquement de ses préjugés et peut même ne pas en être consciente. Cette personne se trouve souvent dans une position nettement plus favorable que celle du plaignant pour fournir des justifications à la manière dont elle a agi et elle est, probablement davantage que le plaignant, en possession de documents concernant les raisons pour lesquelles elle a agi de cette manière.
3. La proposition initiale de la Commission pour le renversement de la charge de la preuve en droit de l'Union européenne remonte déjà à 1988, JO [1988] C176/5, mais elle ne s'est concrétisée que dans la directive sur la charge de la preuve 97/80/CE, qui elle-même ne devait entrer en vigueur qu'au 1er janvier 2001. Cette directive se base en partie sur la jurisprudence antérieure de la Cour de justice.

4. Les dispositions de la directive 97/80/CE figurent aujourd'hui, s'agissant de la discrimination fondée sur le genre, dans la directive refondue 2006/54/CE ; des dispositions identiques figurent dans la directive sur la discrimination raciale 2000/43/CE et la directive cadre sur l'emploi 2000/78/CE.
5. La jurisprudence de la Cour de justice sur la signification des dispositions de l'une de ces directives revêt bien entendu un caractère contraignant s'agissant des deux autres directives.

La directive refondue – disposition sur la charge de la preuve : l'article 19, paragraphe 1

6. Le renversement de la charge de la preuve est prévu à l'article 19, paragraphe 1, qui s'énonce comme suit : *« Les États membres, conformément à leur système judiciaire, prennent les mesures nécessaires 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. »*
7. Par conséquent, il appartient aux États membres de déterminer les règles de procédure qui seront suffisantes pour se conformer à l'obligation de renverser la charge de la preuve. La directive envisage spécifiquement que des dispositions puissent être plus favorables que les normes minimales qu'elle contient. Le présent document doit être lu en ayant ces deux éléments à l'esprit.
8. Il est préférable, s'agissant de la discrimination fondée sur le genre, d'analyser séparément la signification et l'application des dispositions concernant la charge de la preuve pour la discrimination directe, d'abord, pour la discrimination indirecte, ensuite.

Discrimination directe

Définition de la discrimination directe

9. L'article 2, paragraphe 1 a) définit la discrimination directe en ces termes : « *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 ne le serait dans une situation comparable.* »

La charge imposée au plaignant

10. Même si l'article 19, paragraphe 1 renverse la charge de la preuve, sa formulation indique néanmoins clairement que pour que ce renversement puisse avoir lieu, le plaignant doit d'abord établir certains éléments. Quels sont ces éléments ?

Faits essentiels

11. Tout d'abord, il appartient au plaignant d'établir les faits essentiels sur lesquels il se fonde dans sa plainte pour invoquer un traitement moins favorable en raison de son sexe¹. Si le plaignant ne prouve pas les faits en question, sa demande n'aboutira pas.
12. Il est important d'avoir à l'esprit, pour déterminer si le plaignant a prouvé les faits en question, qu'il est inhabituel de trouver des preuves directes d'une discrimination fondée sur le genre. Peu d'employeurs seront disposés à admettre une telle discrimination, y compris à leurs propres yeux. Dans certains cas, la discrimination ne sera pas intentionnelle, et seulement fondée sur la supposition que la personne n'aurait pas convenu.
13. Pour décider si le plaignant a prouvé les faits en question, il importe de se souvenir qu'à ce stade de l'analyse, le résultat dépendra habituellement des inférences que l'on peut tirer des faits essentiels qui ont été présentés.

¹ Dans ce document, j'adopte l'approche conventionnelle qui fait référence au plaignant comme étant une femme, même si le plaignant peut également être un homme.

14. Des commentaires discriminatoires de la part de la personne interrogée, ou d'une personne qui lui est suffisamment proche, peuvent entraîner le renversement de la charge de la preuve.
15. Dans l'affaire C-54/07 **Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. Firma Feryn NV**, l'employeur a fait la déclaration malencontreuse suivante pour expliquer pourquoi il ne voulait pas recruter de Marocains, « *Je dois répondre aux exigences de mes clients. Si vous me dites 'je veux tel produit ou je veux ceci ou cela', et que je vous dis 'je ne le fais pas, je fais venir ces gens', vous me répondrez 'je ne veux pas de votre porte'. J'en viendrais à mettre la clé sous la porte. Nous devons répondre aux exigences des clients. Ce n'est pas mon affaire. Ce n'est pas moi qui ai créé ce problème en Belgique. Je veux faire tourner ma société et qu'à la fin de l'année, le chiffre d'affaires soit atteint et comment j'y parviens... Je dois l'obtenir en me conformant aux désirs du client!* ».
16. La Cour de justice a confirmé que ces remarques prouvaient *prima facie* l'existence d'une politique de recrutement discriminatoire, nonobstant l'absence d'une personne qui aurait pu montrer qu'elle avait été rejetée par l'employeur sur la base de considérations raciales.
17. Un commentaire discriminatoire a également suffi à renverser la charge de la preuve dans l'affaire C-81/12 **Asociația ACCEPT c. Consiliul National pentru Combaterea Discriminării**. L'actionnaire majoritaire d'un club de football roumain avait émis des commentaires homophobes en indiquant qu'il préférerait ne pas engager un joueur homosexuel.
18. La Cour de justice a considéré, au paragraphe 48, à propos de l'hypothèse que l'actionnaire avait joué un rôle dans la gestion du club, que « *le seul fait que des déclarations telles que celles en cause au principal n'émanent pas directement d'une partie défenderesse déterminée ne s'oppose pas nécessairement à ce que puisse être établie, au regard de cette partie, l'existence de «faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination»...*»
19. À propos de l'argument de la partie défenderesse sur le fait que dans les circonstances dans lesquelles ce commentaire a été émis par une tierce partie,

il ne suffirait pas à renverser la charge de la preuve, la Cour a ajouté que la partie défenderesse aurait pu choisir de se dissocier des remarques en question.

20. Une question qui est souvent posée est de savoir si le simple fait d'un traitement moins favorable, accompagné par une différence de statut suffit pour renverser la charge de la preuve (par exemple, une employée ne reçoit pas une promotion alors qu'un employé en bénéficie).
21. Il n'existe pas encore de réponse définitive émanant de la Cour de justice même si deux importantes affaires ont traité de la charge de la preuve.
22. La première est l'affaire C-104/10 **Kelly c. National University of Ireland (University College, Dublin)**.
23. M. Kelly avait demandé à être admis à un « Masters degree in Social Science (Social Worker) » [maîtrise en sciences sociales (travailleur social)] organisé par la partie défenderesse à l'intention des travailleurs sociaux. La défenderesse l'a informé que sa demande avait été rejetée. M. Kelly a déposé plainte pour discrimination fondée sur le sexe, en prétendant qu'il était mieux qualifié que le candidat féminin le moins qualifié à qui une place avait été proposée et il a porté l'affaire devant les tribunaux.
24. Dans le cadre de ces procédures, il a demandé la divulgation des copies des formulaires d'inscription conservés, des documents joints en annexes ou inclus dans lesdits formulaires ainsi que des « feuilles de scores » des candidats dont les formulaires d'inscription avaient été conservés. La partie défenderesse avait proposé de ne fournir à M. Kelly qu'une partie de l'information réclamée.
25. Par conséquent, les faits n'avaient pas permis d'établir qu'il y avait eu une candidature féminine retenue, même si la demande de divulgation de la part de M. Kelly était basée sur l'hypothèse non déraisonnable qu'il y en avait au moins une.

26. S'agissant de la demande de divulgation, la Cour de justice a considéré au paragraphe 38 que *« l'article 4, paragraphe 1, de la directive 97/80 doit être interprété en ce sens qu'il ne prévoit pas le droit pour un candidat à une formation professionnelle, qui estime que l'accès à celle-ci lui a été refusé en raison du non-respect du principe d'égalité de traitement, d'accéder à des informations détenues par l'organisateur de cette formation concernant les qualifications des autres candidats à cette même formation, afin qu'il soit en mesure d'établir des «faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte», conformément à ladite disposition. »*
27. Selon une analyse possible, la logique de ce passage, même si elle n'est pas formulée explicitement, est que même si l'on présume un traitement moins favorable et une différence de statut, cela ne suffit pas pour établir les faits à partir desquels une discrimination fondée sur le genre peut-être présumée.
28. La seconde affaire est l'affaire C-415/10 **Galina Meister c. Speech Design Carrier Systems GmbH**.
29. Mme Meister, une ressortissante russe, possédant un diplôme russe d'ingénieur système, équivalant à un diplôme allemand similaire, avait répondu à une offre d'emploi publiée dans un journal par la partie défenderesse, demandant un développeur de logiciels expérimenté. La partie défenderesse avait rejeté la candidature de Mme Meister sans l'inviter à participer à un entretien d'embauche.
30. Peu après, la partie défenderesse a publié une seconde annonce. Mme Meister a de nouveau posé sa candidature mais, une nouvelle fois, la défenderesse a rejeté sa candidature sans la convoquer à un entretien et sans lui fournir aucune indication quant aux motifs de ce rejet. Mme Meister a déposé plainte pour discrimination basée sur le sexe, l'âge et l'origine ethnique.
31. La juridiction de renvoi a posé deux questions préjudicielles. La première portait sur le droit de Mme Meister à la divulgation de documents de la partie défenderesse concernant le candidat retenu. La seconde est de savoir si le fait que la partie défenderesse n'avait pas fourni les informations demandées par

Mme Meister donnait lieu à une présomption de discrimination fondée sur le sexe.

32. La Cour de justice a indiqué, au paragraphe 42 : « *Ainsi, il incombe à la juridiction de renvoi de veiller à ce que le refus d'information de la part de Speech Design, dans le cadre de l'établissement des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte au détriment de Mme Meister, ne risque pas de compromettre la réalisation des objectifs poursuivis par les directives 2000/43, 2000/78 et 2006/54. Il lui appartient, notamment, de prendre en compte toutes les circonstances du litige au principal, afin de déterminer s'il y a suffisamment d'indices pour que les faits permettant de présumer l'existence d'une telle discrimination soient considérés comme établis.* »
33. La Cour de justice indique donc expressément que le fait de ne pas fournir les informations demandées peut-être suffisant, selon les lois nationales, pour renverser la charge de la preuve, quand bien même il serait difficile de détecter une conclusion implicite selon laquelle la charge de la preuve est ou n'est pas renversée si tout ce que l'on constate constitue un traitement présumé moins favorable et une présumée différence de statut.

Inférences

34. Au stade initial du processus permettant de déterminer si la partie plaignante a réussi à renverser la charge de la preuve, la question se pose de savoir si, et dans quelle mesure, la Cour peut considérer les explications de l'employeur puisque la formulation de l'article 19, paragraphe 1 ne requiert d'explication de l'employeur qu'une fois que la charge de la preuve a été renversée.
35. Toutefois, sous réserve des règles en vigueur dans les États membres, il serait raisonnable d'établir une inférence contraire appropriée lorsque la partie défenderesse a fourni des explications incohérentes ou des explications qui se sont avérées inexactes.
36. L'incapacité de la partie défenderesse à fournir une explication autorise-t-elle à procéder à une inférence contraire ? La Cour de justice a indiqué dans ses

arrêts **Kelly** et **Galina Meister** que c'était possible, mais sans indiquer de manière détaillée dans quelles circonstances, en laissant ce soin aux États membres.

37. Dans **Kelly**, la Cour de justice a indiqué au paragraphe 39 : « *Toutefois, il ne saurait être exclu qu'un refus d'information de la part d'une partie défenderesse, dans le cadre de l'établissement de tels faits, puisse risquer de compromettre la réalisation de l'objectif poursuivi par ladite directive, et ainsi priver notamment l'article 4, paragraphe 1, de celle-ci de son effet utile. Il incombe à la juridiction de renvoi de vérifier si tel est le cas dans l'affaire au principal.* »
38. La Cour est parvenue à une conclusion similaire dans l'affaire **Galina Meister**. Elle a indiqué au paragraphe 44 : « *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.* »
39. Le fait pour une partie défenderesse de ne pas répondre ou de ne pas répondre dans les délais, ou par des réponses évasives ou équivoques, à un questionnaire ou à des interrogatoires peut permettre à un tribunal de présumer l'existence de faits justifiant le renversement de la charge de la preuve.
40. Le traitement moins favorable du plaignant ou d'autres parties, sur la base du sexe, lors d'occasions antérieures à l'objet de la plainte, peut être également pris en compte, ainsi que le traitement postérieur au dépôt de la plainte.

Élément de comparaison

41. La définition de la discrimination directe évoque le fait que la partie plaignante, en raison de son sexe, a été traitée moins favorablement « *qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable.* »

42. Les mots « *ne l'est, ne l'a été ou ne le serait* » envisagent une comparaison avec un véritable élément de comparaison. Si la charge de la preuve doit être renversée, les circonstances relatives à l'élément de comparaison ne doivent pas être matériellement différentes de celles qui concernent la partie plaignante, à l'exception de leur sexe.
43. Le fait de savoir si une personne se trouve véritablement dans une situation comparable sera toujours une question de fait et de degrés. Pour des raisons pratiques, il peut être rare de trouver une personne se trouvant effectivement dans une position véritablement comparable avec celle de la partie plaignante.
44. La capacité de la partie plaignante à établir une comparaison avec un élément de comparaison hypothétique découle des termes « *ou ne le serait* ».
45. Sur le plan pratique, la partie plaignante et la partie défenderesse dans une discrimination directe fondée sur le sexe peuvent souvent s'engager dans des échanges arides et stériles d'arguments concernant les attributs pertinents d'un élément de comparaison hypothétique.
46. Toutefois, si un tribunal entend établir un élément de comparaison hypothétique, il faudra déterminer les circonstances comparables pertinentes, en raisonnant a posteriori au départ de la raison justifiant le traitement. Dès lors les circonstances et les attributs pertinents d'un élément de comparaison hypothétique approprié devraient refléter les circonstances et les attributs pertinents pour le motif de l'action ou de la décision qui fait l'objet de la plainte.
47. Dans ces circonstances, un tribunal peut très bien choisir de ne pas analyser les éléments justificatifs en deux étapes, puisqu'après tout, ces éléments ne sont reçus qu'un seul stade, et elle peut très bien en lieu et place poser elle-même la question de savoir pourquoi la partie plaignante a été traitée comme elle l'a été.

« Permettent de présumer »

48. Ces mots figurant à l'article 19, paragraphe 1 posent la question de la norme de la preuve requise avant que la charge de la preuve ne soit renversée. Il n'existe encore à ce stade aucun jugement de la Cour de justice permettant de trancher ce point.
49. On trouve cependant une orientation dans l'avis de l'avocat général Kokott dans l'affaire C-394/11 **Belov c. Chez Elektro Bulgaria AD**, 20/9/12.
50. Cette affaire concernait les dispositions relatives à la charge de la preuve dans la directive 2000/43/CE. Le plaignant était d'origine rom. Il invoquait une discrimination ethnique pour expliquer son incapacité à lire son compteur d'électricité autrement qu'en prenant spécifiquement rendez-vous, étant donné que dans son quartier rom de la ville bulgare de Montana, le fournisseur d'électricité avait placé les compteurs d'électricité des ménages à une hauteur de 7 m, alors que dans les parties non rom de la ville, ces compteurs étaient placés à hauteur d'homme.
51. L'AG Kokott a conclu qu'il n'était pas nécessaire, pour le renversement de la charge de la preuve, que le plaignant démontre un degré élevé de certitude de la discrimination puisque cela remettrait en cause l'efficacité pratique des dispositions en question et les viderait pratiquement de leur sens.
52. L'avocat général a conclu : *« il suffit donc, pour opérer un renversement de la charge de la preuve conformément à l'article 8, paragraphe 1, de la directive 2000/43, que le justiciable qui se prétend lésé par l'inapplication du principe d'égalité de traitement expose de manière plausible des faits créant l'apparence d'une discrimination. »*
53. Cette référence a été jugée inadmissible par la cour en janvier 2013, si bien que la question n'a pas encore été déterminé plus avant.
54. Les termes « permettent de présumer » doivent implicitement être compris dans le sens où la directive envisage la question de savoir si, sur les faits en question, un tribunal raisonnable, appliquant dûment la loi, a établi les faits à partir desquels une discrimination peut être présumée.

En cas de renversement de la charge de la preuve, que doit prouver l'employeur ?

55. L'article 19, paragraphe 1 indique : *« il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement. »*
56. Il existe différentes manières pour l'employeur de chercher à réfuter la présomption d'une discrimination fondée sur le sexe.

Connaissance

57. Il peut ainsi chercher à réfuter la présomption en indiquant qu'il n'avait pas connaissance de la caractéristique protégée en question. Cette position risque d'être moins pertinente dans le cas d'une discrimination fondée sur le genre que dans le cas par exemple d'une discrimination d'ordre ethnique ou visant une autre caractéristique protégée. Elle peut toutefois toujours s'appliquer par exemple dans les cas de grossesse.

Les agissements prétendus n'ont pas eu lieu

58. Il est loisible à l'employeur de chercher à démontrer que les faits sur lesquels s'appuie le plaignant n'ont en fait pas eu lieu. Toutefois, si le tribunal applique une procédure strictement divisée en deux stades (la charge de la preuve doit-elle être renversée ? Si oui, l'employeur a-t-il réfuté la présomption ?), cet élément devrait être considéré lors du premier stade.

Explication non discriminatoire

59. Il est toujours possible à l'employeur de chercher à se défendre contre la plainte en indiquant que le sexe de la personne n'avait aucun rôle dans la raison pour laquelle cette personne a été traitée comme elle l'a été.
60. Il existe une différence entre la raison qui fait qu'une personne agit comme elle le fait et le motif qu'elle indique pour le faire : même si l'employeur agit au

nom du meilleur motif possible, le traitement peut néanmoins s'avérer discriminatoire sur la base du sexe.

61. En outre la formulation de la directive 2006/54/EC indique qu'en cherchant à réfuter la discrimination apparente, il incombe à l'employeur de démontrer que le sexe n'a joué aucun rôle pour expliquer le traitement réservé à la partie plaignante.
62. S'il existe plusieurs motifs au traitement en cause, et que le genre est l'une de ces raisons, même si ce n'est pas la principale raison, et pour autant que cette raison ne soit pas futile, l'employeur ne parviendra pas à réfuter la présomption de discrimination.
63. La partie défenderesse peut-elle échapper à sa responsabilité en incriminant l'état d'esprit du décideur ? C'est une possibilité.
64. Si l'approche adéquate consiste à indiquer qu'une action ou une omission discriminatoire peuvent survenir en raison d'un facteur prescrit, aussi longtemps que ce facteur opère (consciemment ou inconsciemment) sur l'esprit du responsable putatif de la discrimination dans une mesure significative, il est loisible à la partie défenderesse de chercher à argumenter que le point de départ consiste à identifier l'individu ou les individus responsables de l'action ou de l'omission en question.
65. Si cela est vrai, cela place sur le chemin d'une partie plaignante un autre obstacle qu'elle doit surmonter pour obtenir gain de cause dans une affaire de discrimination, puisqu'une partie défenderesse peut être en mesure d'échapper à sa responsabilité lorsque la partie plaignante n'est pas en mesure de prouver selon la norme requise qu'un décideur individuel particulier possédait la connaissance requise.

Discrimination indirecte

Introduction

66. L'article 2, paragraphe 1 b) définit comme suit 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.* »

Trois situations où il y a renversement de la charge de la preuve

67. Il existe trois situations dans lesquelles un plaignant dans une action en discrimination indirecte peut prouver des faits qui entraînent un renversement de la charge de la preuve.
68. L'une survient lorsque le plaignant prouve l'existence d'une disposition, d'un critère ou d'une pratique qui désavantagerait particulièrement les personnes d'un sexe. La seconde survient en cas de manque de transparence dans le traitement par l'employeur, qui expose les personnes d'un sexe à un désavantage particulier. La troisième correspond à la situation où même en l'absence d'une disposition, d'un critère, ou d'une pratique discriminatoire, et même en l'absence de manque de transparence, les statistiques montrent néanmoins que les travailleurs masculins ou féminins bénéficient d'un traitement moins favorable.
69. Le présent document analyse successivement chacune de ces trois situations.

Disposition, critère ou pratique discriminatoire

70. Une disposition, un critère ou une pratique discriminatoire surviennent lorsqu'il existe une quelconque pratique explicite (ou éventuellement implicite) de la partie défenderesse qui place un groupe de travailleurs, généralement les femmes, dans une situation désavantageuse par rapport à l'autre groupe de travailleurs (généralement les hommes).

71. Les affaires qui arrivaient classiquement devant la Cour de justice il y a 30 ans concernaient le travail à temps partiel. Dans l'une d'entre elles, l'affaire 170/84 **Bilka-Kaufhaus GmbH c. Weber Von Hartz**, la Cour de justice a indiqué au paragraphe 29, « *Il s'ensuit que, s'il devait s'avérer qu'un pourcentage considérablement plus faible de femmes que d'hommes travaillent à temps plein, l'exclusion des travailleurs à temps partiel du régime de pensions d'entreprise serait contraire à l'article 119 [le prédécesseur de l'article 159] du traité lorsque, compte tenu des difficultés que rencontrent les travailleurs féminins pour pouvoir travailler à temps plein, cette mesure ne peut s'expliquer par des facteurs excluant une discrimination fondée sur le sexe.* »
72. La question posée par l'arrêt **Bilka** était de savoir s'il ne s'appliquait que lorsque les statistiques révélaient « un pourcentage considérablement plus faible » de femmes bénéficiant du régime de pensions.
73. La jurisprudence de la Cour de justice a expressément ou tacitement considéré qu'il existait « une différence significative » dans le cas des pourcentages suivants :
- a. affaire 171/88 *Rinner-Kühn* : dans la catégorie des travailleurs à temps partiel, 89% étaient des femmes et 11% des hommes
 - b. affaire C-33/89 *Kowalska* : dans la catégorie des travailleurs à temps partiel, le pourcentage de femmes était de 77,3% (cette année-là, 55,5 % des femmes seulement travaillaient à temps plein), 97,8% et 90,2% en fonction du service et des heures de travail hebdomadaire,
 - c. C-184/89 *Nimz* : dans la même catégorie, les pourcentages des femmes étaient de 77,3% et de 90,2% en fonction des heures de travail hebdomadaire, tandis que dans la catégorie à temps plein, les femmes représentaient 55%,
 - d. C-243/95 *Hill* : parmi les travailleurs ayant un système de partage de travail, c'est-à-dire la catégorie qui subissait une discrimination légale, 98% à 99.2% étaient des femmes.

74. Dans C-167/97 **R c. Secretary of state for employment ex parte Seymour-Smith et Perez**, dans le cas de règles adoptées par un État membre dont l'impact présente un écart entre les sexes, et compte tenu de la formulation des dispositions de la directive 76/207/CE en vigueur à l'époque, le paragraphe 60 indiquait que le test était de savoir « *si les données statistiques disponibles indiquent qu'un pourcentage considérablement plus faible de travailleurs féminins que de travailleurs masculins est en mesure de remplir la condition de deux années d'emploi requise par la règle litigieuse.* »
75. La Cour a ajouté au paragraphe 61 : « *Il pourrait en être de même si les données statistiques révélaient un écart moins important mais persistant et relativement constant au cours d'une longue période entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins qui remplissent la condition de deux années d'emploi. Il appartiendrait toutefois au juge national d'apprécier les conclusions à tirer de telles données statistiques.* » La Cour estimait qu'un impact se traduisant par un écart de 8,5 % n'apparaissait pas suffisant.

Absence de transparence

76. Dans l'affaire C-109/88 **Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark c. Dansk Arbejdsgiverforening, agissant pour Danfoss (« Danfoss »)**, il a été établi que la rémunération moyenne des femmes était inférieure de 6,85 % à celle des hommes. Cependant, en raison d'une absence de transparence dans le système de rémunération, il n'a pas été possible au plaignant de prouver de manière incontestable que les femmes étaient moins payées pour chaque élément de leur rémunération.
77. La Cour de justice est également revenue sur la question de la charge de la preuve. En particulier, elle a soutenu dans le dispositif de son jugement, paragraphe 16 que « *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.* »

78. Autrement dit, la charge de la preuve a été renversée quant aux faits de cette affaire lorsqu'une situation désavantageuse frappe un nombre relativement élevé de travailleuses. Toutefois, la Cour de justice n'a pas précisé quel différentiel particulier était nécessaire en l'espèce.

Les chiffres – Enderby c. Frenchay Health Authority

Que dit Enderby ?

79. Dans l'affaire C-127/92 **Pamela Mary Enderby c. Frenchay Health Authority et Secretary of State for Health**, la Cour de justice a étendu la notion de discrimination indirecte.
80. Mme Enderby est une orthophoniste employée par le National Health Service. Les orthophonistes sont très majoritairement des femmes. Elle s'est plainte d'être moins bien payée que les psychologues cliniciens et les pharmaciens qui étaient, à des degrés divers, majoritairement des hommes. Il était supposé que le travail accompli était d'une valeur égale.
81. Mme Enderby ne se plaignait pas de l'existence d'une quelconque discrimination directe fondée sur le genre. Elle ne se plaignait pas non plus de l'existence d'obstacles spécifiques (c'est-à-dire disposition, critère ou pratique) qui l'aurait empêchée d'accéder à l'une ou l'autre de ces professions. Les structures de rémunération de ces différentes professions étaient régies par des processus différents de négociations collectives.
82. La Cour de justice, au paragraphe 16 a estimé cependant que « *si la rémunération afférente aux emplois d' orthophoniste est sensiblement inférieure à celle afférente aux emplois de pharmacien et si les premiers sont presque exclusivement tenus par des femmes alors que les seconds sont principalement occupés par des hommes, une telle situation révèle une apparence de discrimination fondée sur le sexe dès lors, du moins, que les deux fonctions en cause ont une valeur égale et que les données statistiques caractérisant cette situation sont valables.* »

83. Elle a indiqué, au paragraphe 17, qu'« *il appartient au juge national d'apprécier s'il peut prendre en compte ces données statistiques, c'est-à-dire si elles portent sur un nombre suffisant d'individus, si elles ne sont pas l'expression de phénomènes purement fortuits ou conjoncturels et si, d'une manière générale, elles apparaissent significatives.* »
84. Par conséquent, **Enderby** établit qu'à elles seules, les statistiques, lorsqu'elles sont suffisamment significatives, peuvent créer une présomption apparemment irréfutable de présomption apparente de discrimination indirecte fondée sur le genre.
85. Une fois qu'il existe un élément important et statistiquement significatif permettant de démontrer qu'un groupe est effectivement affecté de manière négative sur la base du genre, cela obligera l'employeur à justifier les dispositifs en matière de rémunération. Il ne suffira pas, dans de telles circonstances, à l'employeur de démontrer que les dispositifs en question n'ont pas entraîné de discrimination directe fondée sur le genre. En effet, le tribunal retient que la situation constatée doit quelque part être liée à un élément de discrimination indirecte fondée sur le genre.
86. Les statistiques doivent au moins montrer qu'il est raisonnable d'inférer que le traitement du groupe défavorisé doit résulter d'un facteur, ou d'une combinaison de facteurs, ayant un impact défavorable sur les femmes en raison de leur sexe, et cela même si aucun élément évident créant un impact différencié ne peut être identifié, et même si l'employeur a apparemment démontré le contraire.

Relation entre Enderby et la discrimination indirecte constituée par une disposition, un critère ou une pratique

87. L'une des questions essentielles soulevées par **Enderby** est de savoir si l'impact de la décision est limité au cas où l'impact différencié fait en sorte, comme dans l'affaire **Enderby**, que le groupe défavorisé soit « *principalement* » féminin.

88. Il peut arriver que le principe défini dans **Enderby** puisse fonctionner dans des circonstances moins extrêmes (et en effet, au Royaume-Uni, cela s'est avéré être le cas, par exemple, lorsque le groupe de plaignants était presque exactement pour moitié composé de femmes, même si le groupe constituant l'élément de comparaison était majoritairement masculin).
89. Une autre question-clé est de savoir si les statistiques qui peuvent être suffisantes pour renverser la charge de la preuve dans la discrimination indirecte du type visé dans l'affaire **Bilka** suffiraient également pour établir une discrimination du type **Enderby** ou si, dans ce dernier cas, où il n'existe pas de raison apparente pour lesquels les femmes auraient été affectées de manière disproportionnée, des statistiques plus frappantes sont requises.
90. La formulation de la directive 2006/54/CE semblerait suggérer que les preuves suffisantes pour justifier la conclusion qu'une disposition, un critère ou une pratique spécifique adopté(e) par l'employeur affecte défavorablement les femmes ne sont pas les mêmes que les preuves statistiques requises pour justifier l'inférence dans une situation du type **Enderby**, à savoir qu'il doit exister une discrimination *prima facie* alors qu'apparemment aucune discrimination n'existe.
91. Cela peut s'expliquer par le fait que la définition de la discrimination indirecte à l'article 2 inclut l'exigence de l'existence d'une disposition, d'un critère ou d'une pratique. Cette formulation serait redondante si le plaignant devait simplement prouver l'existence d'un désavantage (par rapport à un quelconque seuil statistique obligatoire).

Statistiques

92. La définition de la discrimination indirecte a été citée au paragraphe 66 ci-dessus. Elle fait référence à une disposition, un critère ou une pratique « désavantagerait particulièrement » des personnes d'un sexe. Elle a remplacé la définition de la directive 97/80/CE, qui la définissait comme existant « *lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre affecte une proportion nettement plus élevée de personnes d'un sexe* ».

93. Ce changement important de la législation signifiait que désormais, il n'était pas toujours nécessaire pour un plaignant de produire des statistiques concernant une « proportion nettement plus élevée » pour pouvoir démontrer l'impact négatif. Parfois, il peut être évident qu'il existe un impact négatif qui, pour reprendre la formulation de la directive 2006/54/CE, désavantagerait particulièrement les personnes d'un sexe, par exemple si tous les chauffeurs d'une compagnie ferroviaire sont tenus de passer d'équipes de jour à horaire fixe de jour fixe à des équipes travaillant par roulement à n'importe quel moment du jour ou de la nuit.
94. Cependant dans certains cas de discrimination indirecte, comme ceux du type **Enderby**, l'utilisation des statistiques doit toujours être requise, nonobstant le changement de la législation, parce que l'impact négatif doit être prouvé.
95. Quelles sont les statistiques requises pour renverser la charge de la preuve dans une discrimination de type **Enderby** ?
96. Il peut s'avérer nécessaire pour un tribunal d'examiner si les statistiques sur lesquelles se fonde le plaignant, ou bien sur lesquelles se base la partie défenderesse, ont fait l'objet d'une quelconque forme d'analyse statistique, afin de déterminer par exemple si les variations dans les incidences du traitement entre les hommes et les femmes excèdent les limites de l'aléatoire ; si les chiffres impliqués sont suffisants pour une analyse significative ; et si (ce qui est plus controversé, voir ci-après) les facteurs qui affectent prétendument le traitement ont un impact nettement plus significatif, en termes de causalité, que l'incidence du genre.
97. Enfin le groupe pertinent pour établir la comparaison doit comprendre tous les travailleurs qui sont dans une situation comparable (voir l'exposé des motifs de la Commission relatif à la directive 2006/54/CE.)

Le problème Brunnhofer

98. Parmi les affaires traitées devant la Cour de justice l'affaire C-381/99 **Brunnhofer c. Bank Oesterreichischen Postsparkasse AG** a suscité

certaines difficultés. Dans cette affaire, la Cour de justice a semblé décider que, du moins pour ce qui concerne l'inégalité de rémunération, lorsqu'une femme est payée moins qu'un homme, la charge de la preuve passe à la partie défenderesse, chargée de démontrer qu'il existe une justification objective à cette différence dans la rémunération.

99. Mme Brunnhofer a été employée par la banque de juillet 1993 à juillet 1997. Elle a réclamé une égalité de rémunération avec un collègue masculin employé depuis août 1994. Ce dernier, depuis le moment de son entrée en service, avait reçu un supplément individuel de rémunération dont elle ne bénéficiait pas.
100. La banque n'a pas cherché à soutenir qu'il existait des différences authentiques qui aurait justifié une différence dans la rémunération à la date de l'entrée en service. En effet, aussi bien la plaignante que la personne offrant l'élément de comparaison figuraient dans la même catégorie en vertu de la convention collective applicable. L'employeur a plutôt cherché à justifier la différence de rémunération en se fondant sur les circonstances qui n'ont été établies qu'une fois que le travailleur de référence a pris ses fonctions. Ces éléments consistaient dans le fait que les prestations de travail de l'intéressé étaient meilleures que celles de Mme Brunnhofer, et qu'il remplissait des fonctions plus importantes. La banque n'a jamais défendu sa position, en raison du simple fait que la différence de rémunération était effectivement due à des facteurs autres que le sexe.
101. Au paragraphe 66, la Cour a indiqué : *« Il convient de rappeler la jurisprudence selon laquelle une différence de rémunération des travailleurs féminins par rapport à des travailleurs masculins pour un même travail ou un travail de valeur égale doit en principe être considérée comme contraire à l'article 119 du traité et, par conséquent, à la directive. Il n'en irait autrement qu'au cas où la différence de traitement se justifierait par des facteurs objectifs étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe... »*
102. À première vue il semblerait dès lors que, du moins en ce qui concerne la rémunération, lorsqu'une femme et un homme perçoivent des rémunérations différentes, la charge de la preuve est automatiquement renversée ; autrement

dit, l'employeur est toujours dans l'obligation de justifier objectivement la différence de rémunération.

103. Pour un certain nombre de raisons, telle ne peut être la véritable signification de l'arrêt **Brunnhofer**.
104. Tout d'abord, la directive 2006/54/CE et l'article 157 TFUE concernent l'égalité entre les hommes et les femmes et la discrimination en matière de rémunération. Ils ne sont pas concernés par la question de la rémunération équitable, ce qui serait le cas si une justification objective était toujours requise. Par conséquent, un système irrationnel de rémunération peut être inéquitable mais il n'est bien entendu pas pour autant automatiquement discriminatoire sur la base du sexe : pour prendre un exemple extrême, la rémunération pourrait être ainsi déterminée à pile ou face.
105. Ensuite, si la Cour de justice avait voulu dire dans l'arrêt **Brunnhofer** que toutes les différences de rémunération entre les hommes et les femmes devaient être objectivement justifiées, cela voudrait dire que la charge de la preuve serait renversée et qu'une femme pourrait obtenir une récupération en vertu de la législation sur l'égalité de rémunération, du simple fait qu'il s'avère qu'elle est une femme.
106. Cela lui offrirait un recours dans des circonstances où un homme en serait privé. Par conséquent, si, par exemple, 100 hommes sont employés pour un emploi A avec un salaire de X £ et 100 hommes pour un emploi B avec un salaire de X £ plus 10% pour des raisons historiques qui ne pourraient être objectivement justifiées, les hommes exerçant le travail moins rémunéré n'auraient pas de motif invoqué pour se plaindre en vertu de la législation contre les discriminations. Toutefois, si l'arrêt **Brunnhofer** signifie qu'il y a toujours renversement de la charge de la preuve, si une femme se trouvait placée dans la catégorie des travailleurs moins rémunérés, la charge incomberait à l'employeur de justifier objectivement la différence de rémunération (ce qui ne pourrait pas faire).

107. Tertio, si la Cour de justice voulait dire que la charge de la preuve était renversée dans une telle situation, elle établirait une distinction entièrement artificielle et très considérable entre le renversement de la charge de la preuve en matière de discrimination fondée sur le sexe s'agissant de la rémunération, et lorsqu'il est question d'une discrimination fondée sur le sexe portant sur d'autres sujets. Tel n'est pas le sens du droit de l'Union européenne.
108. Enfin, si c'était ce que la Cour de justice avait en vue dans l'arrêt **Brunnhofer**, il est pour le moins surprenant qu'elle n'ait pas indiqué expressément qu'elle allait à l'encontre de la jurisprudence antérieure et elle n'ait pas mentionné expressément que les questions relatives aux preuves statistiques, à l'impact défavorable et au groupe d'éléments de comparaison n'étaient dès lors plus pertinentes.

Qu'est-ce que l'employeur doit prouver ?

109. Dans la discrimination indirecte, une fois la charge de la preuve renversée, l'employeur doit démontrer qu'il poursuivait un but légitime et que le moyen utilisé pour l'atteindre était à la fois approprié et nécessaire.
110. Les questions délicates est celle de savoir si, dans le cas d'une discrimination du type **Enderby**, il existe en effet une présomption irréfutable de discrimination indirecte fondée sur le genre qui requiert toujours que l'employeur justifie objectivement chaque différence de traitement, ou bien s'il est loisible à l'employeur de chercher à démontrer que la différence de traitement ne s'explique pas par une discrimination fondée sur le genre et que la nécessité de la justification ne se pose pas.
111. Par principe, comme la discrimination indirecte présumée fondée sur le genre du type **Enderby** se présente en l'absence de toute discrimination de la part de la partie défenderesse, il devrait être loisible à cette partie défenderesse de chercher à démontrer qu'il existe une raison à la différence de traitement, qui n'est pas fondée sur le genre.

112. On pourrait dire d'une certaine manière que si l'employeur est en mesure de prouver cette raison, il démontre que les statistiques ne sont pas significatives ou qu'elles ne sont pas valides.
113. L'approche contraire soutient que l'essence de l'arrêt **Enderby** est de placer la charge de la preuve sur l'employeur lorsqu'il existe pour les femmes un impact désavantageux qui n'est pas proportionnel à celui subi par les hommes et que c'est cet élément qui constitue la discrimination qui renverse la charge de la preuve, et qui exige une justification objective.
114. Au stade actuel, ce point doit encore être déterminé au niveau de la Cour de justice.

Paul Epstein QC

3 November 2014