

Charge de la preuve et régimes de preuve

Sophie LATRAVERSE

I- La preuve en demande

Prouver quoi ?

- L'inégalité de traitement, le traitement défavorable, le désavantage particulier, le refus de droit
- Régime pénal – aucune présomption / difficulté des présomptions de faits
- Droit civil et social / aménagement de la charge de la preuve :
 - o Article 4 loi 27 mai 2008 / article L1134-1 CT
- Droit administratif / aménagement jurisprudentiel
 - o Perreux, CE Ass. 30 octobre 2009/ Montagut CE Section, 11 juillet 2011, n° 321225

de manière générale, il appartient au juge administratif, dans la conduite de la procédure inquisitoire, de demander aux parties de lui fournir tous les éléments d'appréciation de nature à établir sa conviction ;

que cette responsabilité doit, dès lors qu'il est soutenu qu'une mesure a pu être empreinte de discrimination, s'exercer en tenant compte des difficultés propres à l'administration de la preuve en ce domaine et des exigences qui s'attachent aux principes à valeur constitutionnelle des droits de la défense et de l'égalité de traitement des personnes ;

que, s'il appartient au requérant qui s'estime lésé par une telle mesure de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de faire présumer une atteinte à ce dernier principe, il incombe au défendeur de produire tous ceux permettant d'établir que la décision attaquée repose sur des éléments objectifs **étrangers à toute discrimination** ;

que la conviction du juge, à qui il revient d'apprécier si la décision contestée devant lui a été ou non prise pour des motifs entachés de discrimination, se détermine au vu de ces échanges contradictoires ; qu'en cas de doute, il lui appartient de compléter ces échanges en ordonnant toute mesure d'instruction utile ;

L'aménagement n'est pas un renversement de la charge de la preuve

- Rendre vraisemblable l'existence d'une discrimination
- Etablir la connaissance de l'employeur et son inaction
- Obligation de l'employeur de justifier
 - o Il n'a pas l'obligation de justifier au départ, (Kelly CJUE 21/07/2011 - Non choix d'une personne noire ne crée pas une présomption)
 - o mais absence de justification ou de production des éléments alimente les indices de discriminations
 - o CJUE Meister C-415/10 19 avril 2012
 - o CA Montpellier 25 mars 2003 n° 02-00504 IBM Buscail
 - o Présomption partage de la preuve Cas ssoc. 20 mai 2008 n° 06-45556

Pourquoi un aménagement :

- Difficultés de preuve liées à l'habitus du juge
- Inégalité des armes : l'employeur a pris la décision et en connaît les motifs, il a l'information
- Le droit des discriminations vient d'un droit anglo-saxon où le demandeur a accès à la preuve

La preuve présentée est confrontée :

- L'appréciation des indices par le juge
- L'appréciation des justifications par le juge
- Question de niveau d'exigence du juge et de contrôle par la cour de cassation et al Cour d'appel de l'exigence du juge :
- La question de la légitimité des justifications retenues

Prouver comment ?

La question de la preuve allie les questions de méthode et questions de droit

Comment théoriser et qualifier l'analyse des preuves et les argumentaires par le juge ?

Méthode : - les indices de quels faits – définitions article 1 loi 27 mai 2008:

- Définition de la discrimination directe :
 - o Constitue une **discrimination directe** la situation dans laquelle, sur le fondement de..., une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable.
 - o La comparaison dans le temps
 - o On ne peut justifier une discrimination directe
 - o Ségrégation : CJUE Enderby C127/92, 27 octobre 1993
 - o Manque de transparence : CJUE Danfoss C-109/88 20 octobre 2011
 - o Déclaration : CJUE Firma Feryn C-57/07 10 juillet 2008 et ACCPT C-81/12 25 avril 2013
 - o Ici l'employeur ne peut que contredire la preuve par une démonstration sur sa pratique
 - o Obligation d'intervenir (Cass soc. 30/01/2019 n° 17-28905/ Cass soc. 20 mai 2008 n°06-45556)
- Définition de la discrimination indirecte :
 - o Constitue une **discrimination indirecte** une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés.
- Le désavantage particulier : CJUE C-83/14 16 juillet 2015 CHEZ
- La comparaison
- Mais pas que :
 - o La règle ou situation objectivement défavorable : Cass. Soc. 09/01/2007 n0 05-43962, Cass. Soc. 03/11/2011 n° 10-18036, Cass soc 25/10/2019 n°18-16782
 - o Pas à établir de preuve comparative en matière de discrimination contrairement à la preuve en matière d'égalité de traitement / CA Versailles 25 septembre 2019 n° 17/00291
- L'effet discriminatoire données sur l'origine admissibles:
 - o analyse quantitative : statistiques – AIRBUS CAss soc 15/12/2011, n°10-15873
 - o comptage des blanc en salle et des noirs en cuisine Moulin Rouge CA paris 17 octobre 2003
 - o Décrochage : méthode François Clerc
- Le commencement de preuves
- Les traces de mail/ Alertes vs obligation d'intervention
- Enquête interne et son déroulement
- Textos (article 1314-1 cc ; Cass soc. 23 mai 2008 06-43209)
- Dossier médical

- Test de situation (article 225-3-1 Code pénal ; civil article 42 loi 2017-86 du 27 janvier 2017) – besoin de conforter avec attestation – enregistrement téléphonique Cass crim. 7 juin 2005 n°04-87354
- Les études
- Attestation
- Enregistrements : Intuitu Personae
 - o Pénal (article 427 cpp)
 - o CEDH 12/07/1988 pas une atteinte à la vie privée
 - o Civil – en cas de nécessité : exemple du harcèlement sexuel
 - CA Bastia 03/10/2018 n° 15/00703 FL-C
 - CA Toulouse 10/05/2019 n° 2019/315
 - « Indispensable à l'exercice du droit à la preuve ».
- Mesure d'instruction que « sans suppléer les carences du demandeur »
 - o Obligation à agir (identifier les pièces, demander communication, être exhaustif et précis
 - o Article 1245 NCPC
 - o Suite à un droit d'alerte CA Versailles 25 septembre 2019 n° 17/00291
 - o Tirer indices de la non production des éléments de preuve (supra Meister IBM Buscail) le juge estime utiles
 - o Le juge administratif est plus enclin à les ordonner lorsque le contentieux vise les droits d'une profession
 - Voir CE Contrôleurs aériens CE ASS 4 avril 2014
 - Barel CE 10 avril 2009

II- La preuve en défense : les stratégies et le terrain des justifications

Remet en cause les prérogatives, discrétions et pose un régime juridique de la justification :

- Que doit-on justifier et que ne doit-on pas justifier ?
- Qu'est-ce qu'une justification qui sera admise par le juge

Etude sur 60 décision 48 justifications retenues

<http://www.gip-recherche-justice.fr/publication/la-lutte-contre-les-discriminations-a-lepreuve-de-son-effectivite/>

Le juge est maître de son exigence....

- Nier la preuve de l'apparence de discrimination :
 - o Contredire les faits – autre version des faits
 - o Réalité des preuves
 - o Pertinence du testing – réalité de l'offre d'emploi de logement, réalité du changement de situation – absence d'attestation – explication recevable
 - o Insuffisance du faisceau d'indices
 - o Suffisance des écarts – argumentaire à opposer
 - o Pertinence du panel de comparaison
 - o Autres explications possibles

***ici attention** de faire valoir le danger de trop grande exigence du juge face à la vraisemblance – après la vraisemblance il faut analyser les preuves selon d'autres standards : ceux de la justification de la mesure

- Exigence essentielle et déterminante (article 2 loi du 27 mai 2008 – article L1131-1 CT)
 - En emploi
 - Biens et services
 - Ce principe ne fait pas obstacle aux différences de traitement fondées sur les motifs visés à l'alinéa précédent lorsqu'elles répondent à une exigence essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée (ou nécessaires et appropriés) :
 - Prouver légitime, nécessaire, proportionné
 - Exemple : tarifs fondés sur l'âge

- Aménagement de la charge de la preuve :

Article 4 loi 27 mai 2008

Toute personne qui s'estime victime d'une discrimination directe ou indirecte présente devant la juridiction compétente **les faits** qui **permettent d'en présumer l'existence**.

Au vu de ces éléments, il appartient à la partie défenderesse de prouver que la mesure en cause est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

En cas de pluralité de fondements le juge français retient la discrimination Crim.

Directives 2000/43 et 2000/78

... il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement.

La loi française présume l'absence de discrimination de la motivation objective, ce qui laisse une marge d'appréciation sur la proportionnalité en fonction de l'exigence du juge en fonction de ce qui est légitime dans sa culture ; Il accepte le fondement d'une mesure comme recevable.

Décalage transposition français et droit de l'Union : Le droit de l'union exige qu'il n'y ait pas eu violation du principe d'égalité de traitement/ il analyse non pas la motivation mais le résultat.

Une justification objective ne veut pas dire qu'il n'y a pas eu atteinte au principe d'égalité de traitement

Stratégie des justifications individuelles et des justifications collectives

- A quoi se mesure la bonne raison ????
- Contre panel – attention au niveau d'exigence et de précision requis
- Choix s'inscrit dans des prérogatives légitimes ?
- Ajouter des conditions à l'offre jugées légitime

Conclusion

Comment penser l'aménagement de la charge de la preuve pour une action de groupe... pluralité de demandeurs ou éléments communs ? Outil diagnostique de la discrimination systémique ?

Ne pas oublier d'apporter des preuves et de construire une stratégie au soutien des demandes de dommages....

Liste justifications

Danger : imaginaire des prérogatives / biais culturels et cognitifs

Fonction publique

- Manière de servir
- Absence de droit au renouvellement de CDD
- Absence de droit statutaire à une affectation
- Intérêt du service
- Statut
- Prime de sujétion et absences
- Secret des délibérations du jury

Employeur privé :

- Discrétion de l'employeur/ période d'essai
- Pratique professionnelle effective
- Information confidentielle
- Gestion des risques (assurances, crédit)
- Autre candidat plus compétent (a compétence n'exclut pas la discrimination !)
- Inaptitude présumée par l'employeur
- Deux versions des faits qui s'opposent
- Embauche exigence de diplôme (Airbus)
- Espace de liberté contractuelle – appréciation selon critères raisonnables...
- Partager les codes sociaux
- Aptitude
- Insuffisance professionnelle
- Ancienneté
- Motif économique réel
- Demande de la clientèle – non
- Ajout de conditions à l'offre (diplômes, solvabilité et nationalité)
- Mesures d'aménagement requises excessive
- Faits relèvent d'une période antérieure aux faits déclencheur allégué cass. Soc. 2/10/2019 n° 18-14546

Autres :

- Pouvoir discrétionnaire
- Absence d'erreur manifeste d'appréciation
- Motif impérieux d'intérêt général
- Droits acquis
- Politique publique (flux migratoires, économique, marché de l'emploi)
- Exigence de sécurité légitime (contexte du contrôle d'identité)
- Fondements juridiques qui ne sont pas du ressort du droit des discriminations (droit liés au statut juridique et à l'état civil – David L. Paris CJUE 24 nov 2016)
- Solvabilité- critères de 'scoring' légitimes