



HAL
open science

Les statistiques au service du droit de la non-discrimination. Entretien avec Robin Medard Inghilterra

Robin Medard Inghilterra, Vincent-Arnaud Chappe, Mireille Eberhard

► To cite this version:

Robin Medard Inghilterra, Vincent-Arnaud Chappe, Mireille Eberhard. Les statistiques au service du droit de la non-discrimination. Entretien avec Robin Medard Inghilterra. Les Cahiers de la LCD, 2021, pp.85-103. hal-03508104v2

HAL Id: hal-03508104

<https://hal.science/hal-03508104v2>

Submitted on 5 Dec 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Les statistiques au service du droit de la non-discrimination

Entretien avec **Robin Médard Inghilterra**, Entretien réalisé par **Vincent-Arnaud Chappe**,
Mireille Eberhard

DANS **CAHIERS DE LA LCD** 2020/2 (N° 13), PAGES 85 À 103
ÉDITIONS **L'HARMATTAN**

ISSN 2496-4956

ISBN 9782343238852

DOI 10.3917/clcd.013.0085

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://www.cairn.info/revue-cahiers-de-la-lcd-lutte-contre-les-discriminations-2020-2-page-85.htm>



CAIRN.INFO
MATIÈRES À RÉFLEXION

Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...

Flashez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour L'Harmattan.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

Entretien avec Robin Médard – Les statistiques au service du droit de la non-discrimination³²

Robin Médard a soutenu en 2020 à l'université Paris Ouest Nanterre une thèse sur la réalisation du droit de la non-discrimination, qui développe largement d'un point de vue juridique la question des conditions concrètes de mise en œuvre de ce droit. Nous lui avons demandé ici d'expliquer la place particulière prise par les statistiques comme mode de preuve de la discrimination devant les tribunaux, alors qu'aujourd'hui ceux-ci sont progressivement amenés à se prononcer sur l'existence de discriminations « systémiques » ou institutionnelles.

robin_medard@u-paris10.fr

Quel rôle ont joué les statistiques dans l'édification internationale du droit de la non-discrimination (Union européenne, Conseil de l'Europe, etc.) ? Quelle influence a eu la notion de discrimination indirecte sur la question ?

Les juridictions de l'Union européenne ont de longue date reconnu l'importance de l'outil statistique pour organiser la comparaison et rendre visible la discrimination, notamment dans l'hypothèse de discrimination indirecte³³ fondée sur le sexe. La Cour de justice des communautés européennes (désormais Cour de justice de l'Union européenne) a souligné l'utilité des statistiques dès le 13 mai 1986, dans sa décision *Bilka-Kaufhaus GmbH*. Il était question dans cette affaire du bénéfice de pensions complémentaires pour les employés d'une grande enseigne allemande. Pour bénéficier de cette pension complémentaire, les employés devaient avoir travaillé à temps plein pendant au moins 15 années. Cette condition était contestée par une salariée qui estimait que, en désavantageant les travailleurs à temps partiel, la mesure engendrait un désavantage particulier pour les femmes salariées de l'entreprise, car elles étaient davantage susceptibles d'être employées à temps partiel en raison de l'assignation genrée des rôles sociaux. La Cour de justice a alors considéré des données statistiques, non pour prouver la discrimination indirecte fondée sur le sexe, mais pour en démontrer l'absence : « En invoquant des statistiques relatives au groupe

³² Entretien réalisé par Vincent-Arnaud Chappe et Mireille Eberhard.

³³ La notion de discrimination indirecte désigne un traitement non justifié qui, par l'intermédiaire d'une disposition, d'un critère ou d'une pratique en apparence neutre, engendre un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres, eu égard à l'une des caractéristiques protégées par le droit de la non-discrimination (sexe, âge, origine ethnique...).

dont [la requérante] fait partie, [l'entreprise] Bilka a fait valoir que 81,3 % des pensions d'entreprise versées jusqu'en 1980 l'ont été à des femmes, alors que celles-ci ne représentent que 72 % des effectifs. Ces données démontreraient l'absence de toute discrimination en raison du sexe dans le régime litigieux »³⁴.

Quelques années plus tard, dans une affaire de ségrégation professionnelle résultant de la concentration importante de femmes dans des emplois qui étaient plus faiblement rémunérés que d'autres à niveau de carrière équivalent, la preuve statistique fut cette fois admise par la Cour au profit de la requérante : « Lorsque des statistiques significatives laissent apparaître une différence sensible de rémunération entre deux fonctions de valeur égale dont l'une est exercée presque exclusivement par des femmes et l'autre principalement par des hommes, [le droit] impose à l'employeur de justifier cette différence par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe »³⁵.

Avec l'apparition de la discrimination indirecte, l'objet des litiges s'est logiquement déplacé, passant de la nature du traitement à l'ampleur de ses effets sur la situation de groupes protégés par des motifs de discrimination. Face à la nécessité de déterminer précisément ces effets, l'outil statistique s'est inévitablement développé dans le contentieux de la non-discrimination. Discrimination indirecte et preuve statistique sont en conséquence intimement liées. Ce mode de preuve est depuis régulièrement mobilisé. Dans une affaire emblématique en 1999, la Cour de justice des Communautés européennes a encore précisé sa position en encourageant les juges nationaux à recourir à cet instrument : « Pour établir si une [règle ou pratique] (...) affecte différemment les hommes et les femmes dans une mesure telle qu'elle équivaut à une discrimination indirecte (...), le juge national doit vérifier 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 imposée par ladite [règle ou pratique] »³⁶. Les juridictions des Communautés européennes puis de l'Union européenne ont ainsi eu une influence absolument fondamentale en la matière.

La Cour européenne des droits de l'homme – chargée quant à elle d'appliquer le droit du Conseil de l'Europe, et non de l'Union européenne – leur a emboîté le pas plus tardivement. En 2001, elle se montrait encore réticente : « La Cour ne considère pas que les statistiques peuvent, en elles-mêmes, révéler l'existence d'une pratique qui pourrait être qualifiée de discriminatoire »³⁷. Elle a ensuite timidement admis le recours à des

³⁴ CJCE, 13 mai 1986, n° C-170/84, Bilka- Kaufhaus, pt 7.

³⁵ CJCE, 27 oct. 1993, n° C-127/92, Pamela Mary Enderby, not. pt 19.

³⁶ CJCE, 9 févr. 1999, n° C-167/97, Nicole Seymour-Smith, pt 65.

³⁷ CEDH, 3^e sect., 4 mai 2001, n° 24746/94, Hugh Jordan c/ Royaume-Uni, § 154 (notre traduction).

statistiques à la condition qu'elles soient officielles et qu'elles ne prêtent pas à controverse (« la Cour considère que lorsqu'un requérant est en mesure de démontrer, à partir de statistiques officielles indiscutables, qu'une règle spécifique – même formulée de manière neutre – désavantage en réalité un pourcentage clairement plus élevé de femmes que d'hommes, il appartient à l'État défendeur de prouver que ce désavantage résulte de facteurs objectifs étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe »)³⁸. C'est finalement en 2007, en matière de discrimination fondée sur l'origine ethnique, que la Cour européenne des droits de l'homme érigea en principe le fait que, « lorsqu'il s'agit d'évaluer l'incidence de mesures ou de pratiques sur un individu ou sur un groupe, les statistiques qui, après avoir été soumises à un examen critique de la Cour, paraissent fiables et significatives suffisent pour constituer le commencement de preuve à apporter par le requérant »³⁹.

Dans de nombreux cas, la preuve statistique constitue en réalité le seul moyen de mettre clairement en évidence l'existence d'une discrimination. Sa mobilisation conditionne alors l'effectivité du droit à la non-discrimination⁴⁰. Pour autant, les données pertinentes peuvent ne pas être disponibles pour les victimes. Attendre d'elles qu'elles apportent systématiquement une analyse statistique des effets de la mesure contestée s'apparenterait alors à une exigence excessive. Telle est la raison pour laquelle les juridictions européennes considèrent que, même utiles, les données statistiques ne sont pas absolument indispensables, et d'autres modes de preuve peuvent être mobilisés à défaut⁴¹.

Quelle place ont les statistiques dans le contentieux de la discrimination en France ? Selon quel(s) critère(s) (sexe, âge, appartenance syndicale, origine...) ? Quelles sont les difficultés rencontrées ?

En dépit de son potentiel probatoire devant les juridictions françaises, la comparaison statistique s'avère avant tout pertinente dans l'hypothèse d'une comparaison avec des tiers qui sont réellement placés dans une situation semblable. Précisons d'emblée que plusieurs affaires ne correspondent pas à ce schéma. Il est parfois question d'« autocomparaison », lorsque la démonstration du traitement discriminatoire implique de comparer la situation d'une même personne, avant et après la survenance d'un acte particulier qui est contesté et fondé sur un motif de discrimination

³⁸ CEDH, 1^{re} sect., 6 janv. 2005, n° 58641/00 (notre traduction). V. aussi CEDH, 4^e sect., 20 juin 2006, n° 17209/02, *Zarb Adami c/ Malte*, § 77-78.

³⁹ CEDH, grande ch., 13 nov. 2007, n° 57325/00, *DH et autres c/ République tchèque*, § 188.

⁴⁰ En ce sens, v. *idem*, § 180 : la CEDH estime que, à défaut de preuve statistique, il « sera en pratique extrêmement difficile pour les requérants de prouver la discrimination indirecte ».

⁴¹ *Idem*, § 188 : « Cela ne veut toutefois pas dire que la production des statistiques soit indispensable pour prouver la discrimination indirecte. »

(harcèlement, représailles, suspension de l'avancement de carrière⁴²). Le rôle des statistiques est alors généralement moindre. Dans d'autres cas, c'est un comparateur hypothétique – c'est-à-dire fictif – qui est mobilisé en l'absence de situation réellement comparable à celle de la victime⁴³. C'est ici une approche focalisée sur les impacts potentiels de la mesure contestée qui retient l'attention des juridictions, et non une quantification empirique de ses effets⁴⁴. L'hypothèse la plus fréquente de comparaison devant les juridictions françaises repose néanmoins sur la mise en perspective de la situation de la victime et les situations concrètes de tiers, par exemple de ses collègues. Les statistiques redeviennent alors centrales pour prouver une différence de traitement injustifiée en ce qu'elles permettent la mesure de l'écart de salaire, du retard d'avancement, ou encore la démonstration du moindre bénéfice d'un avantage social. Cette différence de traitement sera d'autant plus flagrante que la mesure contestée produira un effet discriminatoire continu (Mourey, 2012, pp. 418-419).

En France, la comparaison statistique est principalement sollicitée afin de procéder à des comparaisons en matière de discrimination fondée sur le sexe ou sur l'activité syndicale (Mercat-Bruns et Perelman, 2016, p. 142)⁴⁵. En dehors de ces deux motifs, les usages se révèlent plutôt rares. Les statistiques ont ainsi fait leur preuve dans des affaires de discrimination indirecte fondée sur le sexe lorsqu'il fallait identifier si l'exclusion des travailleurs à temps partiel du bénéfice de certains avantages aboutissait, dans les faits, à

⁴² V. par ex. Cass. soc., 4 mars 2008, n° 06-45258, D ; Cass, soc., 15 déc. 2010, n° 08-44955, D.

⁴³ Cette hypothèse est à rapprocher de l'usage du conditionnel dans les directives communautaires. Il y a discrimination lorsqu'une « personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable » (nous soulignons). La chambre sociale a sur ce point eu l'occasion de préciser dans un arrêt du 10 novembre 2009 que « l'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement la comparaison avec la situation d'autres salariées ». V. Cass. soc., 10 nov. 2009, n° 07-42849 : *Bull. civ. V.*, n° 246.

⁴⁴ V. ici Mercat-Bruns, 2019 : pp. 249-250 et p. 252 : « French labour judges prefer avoiding showing 'considerably larger or smaller' discriminatory effect, and have found solace in identifying 'potential disadvantage' rather than an actual one in a wide variety of rules and norms in lieu of tests. Thus, French judges focus first and foremost on the content of the rule, or the practice of the collective agreement rather than its effects, when considering a particular disadvantage instead of resorting to evaluations of a numerical effect » ; « This selective application of indirect discrimination to certain grounds in France might confirm the way in which French judges apply the concept of indirect discrimination, which is through an interpretation based on the disadvantage exposed in the rule rather than based on a statistical disparity proven by the plaintiff comparing pools of people affected by the rule. »

⁴⁵ Cette problématique s'explique en partie par la difficulté que représente le traitement des données « sensibles » en France.

pénaliser majoritairement des femmes⁴⁶. Dans une de ces affaires, la Cour de cassation a par exemple considéré : « Attendu qu'après avoir constaté que la condition (...) d'avoir été rémunéré au moins 200 heures par trimestre pendant 15 ans pour pouvoir bénéficier du régime de l'ARS, affectait les salariés à temps partiel, la cour d'appel a relevé (...) que la part des travailleurs féminins à temps partiel par rapport au total des travailleurs féminins (81,45 %) était plus élevée que celle des hommes à temps partiel par rapport au total des travailleurs masculins (40 %) ; qu'ayant ainsi fait ressortir (...) [qu']un pourcentage considérablement plus élevé de travailleurs féminins que masculins était affecté, elle en a exactement déduit (...) que [ladite mesure] constituait une (...) discrimination indirecte à l'encontre des femmes. » De même, les statistiques se sont avérées particulièrement décisives en matière de discrimination fondée sur les activités syndicales. La méthode des panels (v. question *infra*) fut et demeure largement utilisée, notamment afin de quantifier le manque à gagner pour les délégués syndicaux dont les salaires se trouvent affectés sur le temps long en raison de leurs activités syndicales, que ce soit par un gel de l'avancement ou par des refus de formations ou de promotion, entre autres.

Concernant enfin les difficultés liées à la preuve statistique, le requérant doit principalement éviter quatre écueils⁴⁷. Le premier est relatif à la pureté des panels élaborés ou échantillons de comparaison. Si ces derniers ont vocation à démontrer que le facteur explicatif de la différence de traitement est le fait d'être une femme, ils doivent strictement exclure toute personne partageant avec la victime la caractéristique protégée qui fonde la discrimination alléguée, ici le sexe ou, plus particulièrement, l'appartenance au sexe féminin. Le Conseil d'État a ainsi rejeté la valeur probante d'une comparaison statistique dès lors qu'une – seule – personne partageait la caractéristique de la victime qui était considérée comme la cause de la discrimination (« un autre agent de sexe féminin de la chambre régionale d'agriculture avait fait l'objet d'une titularisation aussi précoce que ses homologues masculins »)⁴⁸.

Le deuxième écueil concerne la taille des échantillons de comparaison. Ils doivent porter « sur un nombre suffisant d'individus »⁴⁹. S'il est délicat d'affirmer *in abstracto* à partir de quand un échantillon porte sur un nombre « suffisant » de personnes, les cours d'appel ont, en fonction des situations,

⁴⁶ Cass. soc., 3 juill. 2012, n° 10-23013 : *Bull. civ. V*, n° 206.

⁴⁷ CJCE, 27 oct. 1993, n° C-127/92, Pamela Mary Enderby, pt 17 : « 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. »

⁴⁸ CE, 20 oct. 2014, n° 363237, D, M^{me} A. c/ Chambre régionale d'agriculture de Provence-Alpes-Côte d'Azur.

⁴⁹ CJCE, 27 oct. 1993, Pamela Mary Enderby, pt 17, *op. cit.*

retenu la pertinence d'échantillons composés de 40, de 35⁵⁰, voire de 4 salariés seulement⁵¹.

Troisièmement, l'influence des phénomènes fortuits ou conjoncturels sur le différentiel censé illustrer le traitement discriminatoire doit être endiguée. Pour cette raison, il est essentiel de cibler de préférence des salariés qui ont été recrutés à la même époque et dans des conditions similaires⁵² (même coefficient, même fonction, même niveau de diplôme...), voire appartenant au même corps ou cadre d'emploi en droit administratif⁵³.

Le différentiel qui résulte de la comparaison statistique et qui illustre le traitement discriminatoire doit enfin se révéler « significatif ». Du fait de l'absence de déséquilibre minimum fixé, il faut démontrer que la mesure affecte « un nombre beaucoup plus élevé »⁵⁴ de femmes que d'hommes, « un pourcentage considérablement plus faible »⁵⁵ de non-syndiqués que de syndiqués, « une proportion particulièrement marquée »⁵⁶, ou, en alternative, « un écart moins important, mais persistant et relativement constant au cours d'une longue période »⁵⁷, au détriment d'un groupe protégé. En définitive, le recours aux statistiques permet opportunément de mettre en lumière l'effet discriminatoire de la mesure ciblée. Mais son utilité pour la victime reste largement conditionnée par sa capacité à dépasser les obstacles susmentionnés ainsi qu'à convaincre les juridictions du bien-fondé de la démarche.

Est-ce que certains procès prennent la forme de batailles d'expertise statistique ? Avec quelles conséquences (sur l'accès à la preuve, le coût et la longueur de la procédure, les résultats, etc.) ?

Comme expliqué, la tâche du requérant qui mobilise l'outil statistique pour prouver la discrimination n'est pas simple. Elle est surtout particulièrement incertaine. Il existe en effet des divergences quant à la pertinence de la méthode et des données sélectionnées. Ces divergences se manifestent à la fois entre les requérants et les défendeurs, mais également entre les juridictions, ou encore entre les juridictions et le Défenseur des droits. Certains auteurs ont en ce sens affirmé que la comparaison, y compris

⁵⁰ V. not. CA Toulouse, 19 févr. 2010, n° 08/06630 ; CAA Paris, 30 juin 2015, n° 14PA00635.

⁵¹ Cass. soc., 15 déc. 2010, n° 08-44956, D.

⁵² *Ibid.*

⁵³ CE, 10^e -9^e sous-sect. réunies, 21 mai 2008, n° 293567 : *Lebon T. V.* aussi Cluzel-Métayer et Mercat-Bruns, 2011, p. 15.

⁵⁴ CJCE, 13 juill. 1989, n° 171/88, Ingrid Rinner-Kühn, pts 14 et 16.

⁵⁵ CJCE, 9 févr. 1999, Nicole Seymour-Smith, *op. cit.*, pt 65.

⁵⁶ Conclusions de l'avocat général M. Philippe Léger, présentées le 31 mai 1995, n° C-317/93, Inge Nolte, pt 58. V. sur ce point Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, 2011 : pp. 150-151 : plus particulièrement, « il est dès lors probable, en l'espèce, que le chiffre de 60 % soit, en soi, tout à fait insuffisant ».

⁵⁷ CJCE, 9 févr. 1999, Nicole Seymour-Smith, *op. cit.*, pt 61.

par le biais statistique, « apparaît comme une technique probatoire utile, mais dont la réception par les juridictions s'avère incertaine, d'autant que cet outil ne bénéficie d'aucune harmonisation méthodologique » (Sereno, 2017, p. 415). Le soin accordé à la sélection des données et à la méthode employée est donc primordial.

Les juridictions françaises, en premier chef la Cour de cassation, ont par ailleurs admis la discussion contradictoire de la pertinence des échantillons élaborés par les requérants, ainsi que la possible présentation par le défendeur de « contre-panels ». Ces derniers sont susceptibles d'être préférés à ceux soumis par le requérant s'ils apparaissent plus fiables ou plus complets⁵⁸. En 2012 puis en 2015, la Cour de cassation a en revanche refusé d'examiner elle-même la pertinence des échantillons, c'est-à-dire de s'engager dans la sélection des données. Elle refuse notamment de rectifier les éventuelles approximations commises par le requérant et renvoie à l'appréciation souveraine des juges du fond (juges de première instance et d'appel)⁵⁹. L'arbitrage en cas de « concours de panel » relève donc de la compétence des conseils de prud'hommes et des cours d'appel. C'est à eux qu'il appartient de procéder à une évaluation comparative méthodique⁶⁰ pour ensuite trancher en cas de bataille d'expertise statistique. Pour préciser les panels avancés par les parties, les juges peuvent notamment prendre en compte certains critères de comparabilité comme la nature de la fonction, l'ancienneté, le niveau de diplôme, voire le niveau hiérarchique, le niveau de responsabilité, l'importance du salarié dans le fonctionnement de l'entreprise, les capacités ou encore la charge nerveuse liée au poste⁶¹.

⁵⁸ Serverin et Grumbach, 2012, sur Cass. soc., 3 juill. 2012, n° 10-25747, D ; Cass. soc., 24 oct. 2012, n° 11-12295, D : « Dans leurs pourvois, mais un peu tard, chacun des demandeurs reproche à la cour d'appel de ne pas avoir suffisamment justifié sa "préférence" pour le panel de l'employeur. Dans les deux cas, la Cour de cassation rejette les pourvois. »

⁵⁹ Cass. soc., 3 juill. 2012, n° 10-25747, D. V. ensuite Cass. soc., 30 sept. 2015, n° 14-17748 : *BICC*, n° 836, soc. n° 255 : « Mais attendu d'abord que la pertinence du panel de comparaison est appréciée souverainement par les juges du fond ».

⁶⁰ Cass. soc., 25 janv. 2011, n° 09-40217, D : « Qu'en statuant ainsi, en se bornant à constater que M. X avait été recruté au même niveau que ses collègues dessinateurs titulaires d'un BTS ou d'un DUT, sans comparer, comme il lui était demandé, les salaires d'embauche, puis à procéder à une étude comparative entre ses salaires et ceux de salariés qui n'étaient pas titulaires d'un diplôme équivalent au sien, alors qu'il lui appartenait de comparer l'évolution des salaires et du déroulement de carrière de l'intéressé avec celle des salariés auxquels il se comparait, embauchés en qualité de dessinateurs ayant une ancienneté et des diplômes utiles à l'exercice de la fonction occupée équivalents, la cour d'appel a violé les textes susvisés. » V. aussi Cass. crim., 9 nov. 2004, n° 04-81397 : *Bull. crim.*, n° 273, p. 1022 – Cass. soc., 17 oct. 2007, n° 06-41053, D.

⁶¹ Cass. soc., 16 nov. 2010, n° 09-42956, D, rejetant le pourvoi contre l'arrêt de la cour d'appel de Riom qui avait mobilisé ces critères.

Cette bataille des chiffres, si elle s'inscrit dans le cadre légitime – et classique – de la discussion contradictoire des éléments de preuve, n'est pas sans poser plusieurs problèmes. Il existe d'abord une inégale connaissance des éléments de faits entre un salarié ou un agent public et un employeur, public comme privé. Les seconds disposent beaucoup plus facilement des éléments pertinents à partir desquels les démonstrations statistiques pourront être élaborées. Il est donc aisé pour eux de construire des panels plus complets. L'accès à la preuve est de ce point de vue inégal. Face à cela, une possibilité consiste pour la victime à solliciter une mesure d'instruction devant le juge. Mais différents obstacles apparaissent dans cette configuration, notamment la réticence de certains magistrats à ordonner des mesures d'instruction qui risquent d'allonger encore la durée de la procédure contentieuse.

Il existe ensuite une inégale facilité à exploiter ces données. Alors que l'employeur d'une moyenne ou grande entreprise pourra assigner cette tâche à son service des ressources humaines ou à un autre service, le salarié ou l'agent public ne pourra le plus souvent compter que sur le concours de son avocat, pas toujours familier avec le maniement des données et les méthodes à employer. Bernard Stasi insistait à cet égard sur le fait que les entreprises peuvent considérer le procès comme « un aléa normal de leur activité, traité dans la durée par leurs services juridiques, alors que la victime agit dans une certaine urgence et s'expose à un risque de représailles, auquel s'ajoute la charge financière des frais de justice » (Stasi, 2004, p. 38). Tout cela est évidemment de nature à impacter les chances de succès des uns et des autres, au détriment du requérant.

Produire des statistiques nécessite de posséder les données et informations en amont : les plaignants et ceux qui leur viennent en aide (syndicats, associations) ont-ils les moyens d'accéder à ces éléments ? Qu'en est-il de l'égalité des armes ? Est-ce une préoccupation pour le droit ou pour les institutions politiques (question par exemple de la transparence portée par l'UE) ?

Ce point présente en effet de nombreuses difficultés. Malgré l'utilité pratique de la preuve statistique, ce mode de preuve reste entièrement dépendant des données permettant la construction des échantillons. Ces dernières sont généralement hors de portée du requérant, à moins que celui-ci dispose d'un soutien syndical ou qu'il s'appuie sur le rapport d'enquête de l'inspecteur du travail. Le problème principal repose donc toujours sur la difficile accessibilité d'un matériau qui dépend d'une multitude de facteurs, parmi lesquels figurent, entre autres : la collaboration de l'employeur ou de l'institution concernée, l'existence d'une collecte statistique nationale de données propres à permettre une analyse séquencée en fonction des motifs de discrimination, le recours concomitant à une expertise en vue du décryptage et du maniement parfois complexe des éléments obtenus, la

grande difficulté que représente le recueil de ces données dans certains secteurs – au-delà de l’emploi – comme la fourniture de biens et services (Ringelheim, 2019, pp. 57-58). Autre limite importante : pour pouvoir avancer des statistiques relatives aux effets de la mesure discriminatoire, encore faut-il attendre qu’elle engendre ses effets, pour les mesurer, les quantifier. Cela implique *ipso facto* d’attendre un certain laps de temps après l’entrée en vigueur de la mesure litigieuse, laps de temps pendant lequel se produit la discrimination contestée.

Un moyen relativement efficace pour compenser la difficulté d’accès aux éléments d’information repose sur une demande de mesure d’instruction, de préférence en amont même du lancement de l’action contentieuse, auprès du juge des référés (mesure d’instruction dite *in futurum*)⁶² et non du juge saisi du litige⁶³. Le juge peut alors ordonner la communication des éléments de faits qui permettront d’établir les panels et les moyens de preuve statistique en vue du contentieux : contrats de travail, avenants, bulletins de paie d’autres salariés, montant des primes, tableaux d’avancement et de promotion⁶⁴.

Deux problèmes majeurs existent néanmoins. Ils tiennent à la pratique des acteurs judiciaires. D’une part, les avocats – non spécialisés⁶⁵ – exploitent peu cette voie⁶⁶. D’autre part, les juridictions recourent insuffisamment à leurs prérogatives d’instruction (Gründler et Thouvenin,

⁶² CPC, art. 145 : « S’il existe un motif légitime de conserver ou d’établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d’un litige, les mesures d’instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé. »

⁶³ Si est privilégiée l’option de la demande au cours du procès, le requérant sera contraint à un équilibre précaire qui résulte de l’article 146 du Code de procédure civile. Le prononcé d’une telle mesure d’instruction est conçu pour compenser l’absence d’éléments suffisants de preuve. Cette mesure sera cependant refusée lorsqu’il s’agit de pallier la carence du requérant dans l’administration de la preuve, conduisant ainsi les juridictions à exiger un « commencement de preuve » (CA Versailles, 28 mai 2014, n° 12/01256 ; CA Versailles, 19 févr. 2013, n° 11/04707 ou CA Toulouse, 16 juin 2010, n° 08/05159).

⁶⁴ V. not. Cass. soc., 19 déc. 2012, n°s 10-20526 et 10-20528 : *Bull.* V, n° 341. Sur cette affaire, v. Berlaud, 2013 et Amrani-Mekki, 2013.

⁶⁵ Soulignons toutefois que certains avocats spécialisés sont coutumiers de la demande d’instruction *in futurum*. Not. pour une illustration concernant une affaire plaidée par M^e Emmanuelle Boussard-Verrecchia, CA Paris, pôle 6, ch. 1, 24 novembre 2014, n° 13/01806 concernant 45 salariés et ex-salariés d’Arcelor Mittal (rejet).

⁶⁶ Mercat-Bruns et Perelman, 2016, p. 140 : « Les entretiens avec les magistrats d’appel reflètent le fait que l’article 145 NPC n’est pas si souvent invoqué par les parties en matière de discrimination. » V. encore Sereno, 2020 : « Le constat s’impose de l’absence de familiarité des salariés et des conseillers prud’homaux avec ces ressources probatoires. Les victimes ignorent généralement l’existence de ces mécanismes.

2016, pp. 85, 87 et 90). Ce constat – qui n'est pas absolu – avait déjà été posé en 2000 par le groupe d'étude et de la lutte contre les discriminations (GELD, 2000, p. 18).

Dans certains cas, la démarche s'est pourtant révélée d'une extrême utilité⁶⁷. Tel est le cas lorsque l'avocat demande au juge des référés, avant même d'amorcer le contentieux, d'ordonner la production des bulletins de paie des collègues de la salariée qui s'estime discriminée. Récemment, une salariée, comptable de profession, a ainsi pu obtenir communication des bulletins de paie de 2008 à 2018 de 16 de ses collègues. Ces éléments d'informations ont permis d'établir un panel statistique susceptible de laisser présumer l'existence d'une discrimination fondée sur l'état de santé⁶⁸. Le prononcé de mesure d'instruction permet ainsi de compenser l'inégalité des armes des parties.

D'autres moyens peuvent encore être sollicités, comme les prérogatives d'enquête de l'inspection du travail ou du Défenseur des droits. Mais l'enjeu central est également celui de la transparence et de la mise à disposition automatique – et non sur injonction de produire – des informations utiles. En ce sens, la Commission européenne a récemment proposé une directive pour renforcer l'application du principe d'équité salariale entre les femmes et les hommes. Deux dispositions de la proposition de directive méritent une attention particulière. L'article 6 prévoit notamment une obligation pour l'employeur de faciliter l'accès pour tous ses travailleurs aux critères utilisés pour déterminer les niveaux de rémunération et les conditions d'avancement, lesquels doivent être dépourvus de biais de genre⁶⁹. L'article 7 prévoit en continuité le droit pour tous les travailleurs d'accéder aux informations relatives à leur niveau individuel de rémunération ainsi qu'aux niveaux moyens de rémunération dans l'entreprise. Les données doivent par ailleurs faire l'objet d'un séquençage à la fois en fonction du sexe et de la similitude

⁶⁷ Une décision de la cour d'appel de Paris, rendue en avril 2019 (CA Paris, 3 avr. 2019, n° 14/11428), illustre cette stratégie contentieuse. Après avoir été déboutée en première instance, une requérante sollicitait au cours du procès l'ordonnance de la production forcée de 19 bulletins de salaire. La cour d'appel ordonna la production de ces documents dans un délai de 2 mois sous astreinte de 250 € par jour de retard, le tout après avoir rappelé qu'« il importe de pouvoir vérifier la réalité de la différence de traitement alléguée » et que « le fait d'interdire à une partie de faire la preuve d'un élément de fait essentiel pour le succès de ses prétentions » constitue « une atteinte au principe d'égalité des armes résultant du droit au procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

⁶⁸ CPH Paris, ord., 17 oct. 2019 (départage), commenté *in* Chuun et Bocquet, 2019.

⁶⁹ European Commission (2021), Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council to strengthen the application of the principle of equal pay for equal work or work of equal value between men and women through pay transparency and enforcement mechanisms, COM(2021) 93 final, 2021/0050 (COD).

des catégories d'emplois. Si elle venait à être adoptée, cette proposition de directive constituerait une avancée considérable, toutefois limitée à un seul motif de discrimination, le sexe.

Qu'est-ce que la méthode des panels ? À quoi sert-elle ?

La méthode des panels permet de comparer les évolutions de carrières et les différences de salaires afin d'isoler l'influence négative qu'a pu avoir un motif de discrimination comme le sexe ou l'activité syndicale (Chappe, 2011). À terme, elle permet aussi de calculer le manque à gagner engendré par le traitement discriminatoire. Pour une femme, qui s'estime discriminée sur le fondement de son activité syndicale, et qui a subi de ce fait un retard de carrière pendant 10 années, la méthode des panels consiste, par exemple, à comparer sa rémunération avec celles de ses homologues non syndicalistes, placés dans une situation semblable durant la période litigieuse⁷⁰. Elle repose sur une évaluation par triangulation. De manière synthétique, la méthode est la suivante. La première étape consiste à élaborer un panel de comparaison adéquat, composé de personnes placées dans une situation comparable à celle de la requérante (niveau de diplôme, fonction, date d'entrée au sein de l'entreprise...), mais qui ne partagent pas la caractéristique au regard de laquelle est apprécié l'effet défavorable du traitement contesté (les activités syndicales). La deuxième étape consiste à calculer le salaire moyen des personnes du panel au moment de l'action en justice (par exemple 2 000 €/mois). À partir de cette moyenne, il est question lors de la troisième étape d'identifier le différentiel de salaire entre les membres du panel et la requérante au moment de la requête (2 000 € - 1 500 € = 500 €/mois). Quatrième étape : le différentiel est multiplié par le nombre de mois pendant lesquels la victime a souffert de la discrimination qui a eu pour effet de geler ou ralentir son évolution salariale (120 x 500 € = 60 000 €). Finalement, le résultat est retranché, c'est-à-dire divisé par deux, pour tenir compte de la progressivité de l'évolution salariale des membres du panel à la suite du blocage d'avancement de carrière de la victime (60 000 € / 2 = 30 000 €).

La méthode des panels – également qualifiée de méthode *Clerc* en référence à son inventeur, François Clerc, ouvrier du secteur de la métallurgie et syndicaliste de la CGT – constitue par conséquent un instrument efficace qui permet de prouver l'existence d'une discrimination. D'une part, parce qu'elle permet la mise en lumière de l'écart de salaire. D'autre part, parce qu'elle rend possible l'imputation de cet écart à la seule variable qui diffère entre les membres du panel et la victime, à savoir le motif de discrimination. Elle facilite également l'estimation du montant du préjudice matériel qui résulte de la discrimination une fois celle-ci reconnue par le juge.

⁷⁰ En ce sens, v. not. CA Paris, 6 novembre 2008, n° 07/05190, CA Lyon, 4 septembre 2009, n° 08/04068, CA Pau, 10 septembre 2007, n° 06/01482.

Cette méthode semble progressivement étendre son emprise devant les juridictions françaises⁷¹. Mais ces dernières ne sont pas tenues pour autant d'y recourir, notamment pour évaluer le montant du préjudice⁷². C'est ce qu'illustrent neuf arrêts rendus le 25 septembre 2019 par la cour d'appel de Versailles. Dans chaque cas d'espèce, afin de mieux « dénoncer son manque flagrant d'objectivité », l'employeur « [mettait] en doute la neutralité de M. [Clerc] qui occupe actuellement une fonction de conseiller fédéral au sein de la CGT Métallurgie et qui se présente comme “le délégué CGT expert discriminations” »⁷³. La cour a systématiquement rappelé en écho qu'elle n'était « pas tenue par la méthode dite [Clerc] »⁷⁴ pour évaluer le montant de la perte de salaire qui était pourtant bien imputé ici à une discrimination. Conséquence de l'écart de cette méthode, les préjudices financiers liés à la perte de revenus furent réduits de près de moitié. Alors que la méthode *Clerc* aboutissait à reconnaître un manque à gagner cumulé pour les neuf salariés de 1 076 571 € (soit 119 519 € en moyenne par salarié), correspondant à la réparation sollicitée par les victimes et leur conseil pour ce poste de préjudice, la cour prononça des dommages-intérêts à hauteur de 609 425 € au total (soit 67 714 € en moyenne par salarié). L'essor de la méthode *Clerc* constitue donc un enjeu crucial lorsqu'il est question d'évaluer la perte de revenus des victimes de discrimination. En l'état, le constat demeure : l'outil que constitue la preuve par comparaison « ne bénéficie d'aucune harmonisation méthodologique » (Serenio, 2020).

Dans quelle mesure le *testing* peut-il faire office de preuve judiciaire ? Uniquement au pénal ? *Quid* des différents critères dans son utilisation (sexe, handicap, origine - mais alors sur quelle base) ?

Les tests de situation ou *testings* sont susceptibles de s'inscrire en soutien des comparaisons statistiques afin d'établir une présomption de discrimination dans le cadre judiciaire. Le principe est désormais bien connu. Après un acte considéré comme discriminatoire (par exemple : sélection à l'entrée des boîtes de nuit, refus d'embauche en raison du nom de famille indiqué sur le *curriculum vitae*), il s'agit de reconstituer *in vivo* la situation à l'insu de la personne qui est perçue comme responsable de cet acte, dans le but de constater la répétition du comportement et ainsi confirmer le caractère discriminatoire du premier acte (Bereni et Chappe, 2011, p. 17).

⁷¹ V. pour un cas récent et largement médiatisé, CA Paris, 31 janvier 2018 *inter alia*, n° 15/11747. Sur cette affaire, v. Peyronnet, 2018.

⁷² V. également dans l'affaire des *Chibanis* la décision du juge départiteur du Conseil de prud'hommes, qui procède à une évaluation hasardeuse, not. discutée in Chappe et Keyhani, 2018 : 21.

⁷³ CA Versailles, ch. 17, 25 sept. 2019, n°s 17/00249, 17/00251, 17/00255, 17/00256, 17/00259, 17/00263, 17/00264, 17/00290, 17/00291.

⁷⁴ *Ibid.*

À la suite de quelques expérimentations associatives effectuées par des militants et sympathisants (Benichou, 2011), la chambre criminelle de la Cour de cassation a admis le *testing* comme mode de preuve au pénal, implicitement en 2000⁷⁵, puis explicitement en 2002⁷⁶. Dans cette dernière affaire, il était question de discrimination raciale en matière de prestation de service lié à un refus d'accès à une boîte de nuit. Par la suite, la preuve de discrimination par enregistrement d'une conversation téléphonique avec un membre de l'association SOS racisme et à l'insu du mis en cause a aussi été admise. Elle est susceptible de s'apparenter à un *testing* téléphonique, ici en matière de refus de location fondée sur la prise en compte du nom de famille (Malika B.), associée à une prétendue race (« je ne peux pas louer à des gens de couleur sur ce dossier-là »)⁷⁷. Le processus fut ensuite entériné par la loi du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances, précisée par la circulaire ministérielle du 26 juin 2006⁷⁸. Fort de ces reconnaissances juridiques, le test de situation peut être mobilisé au stade de la preuve par le requérant devant les juridictions pénales.

Mais le *testing* peut également constituer un mode de preuve en droit civil et en droit administratif. La loi du 27 janvier 2017 a légalement reconnu la valeur probatoire des tests de situation en dehors du droit pénal : « Le fait que la victime ait seulement poursuivi l'objectif de démontrer l'existence d'un agissement ou d'une injonction discriminatoire n'exclut pas, en cas de préjudice causé à cette personne, la responsabilité [civile ou administrative] de la partie défenderesse »⁷⁹. S'il est encore trop tôt pour évaluer l'impact de cette disposition, peu mobilisée, il est utile de rappeler qu'une poignée de décisions avaient déjà considéré le *testing* comme élément de preuve en dehors du champ pénal avant 2017. La cour d'appel d'Angers avait reconnu en 2009 une discrimination en se fondant sur un *testing* – doublé de témoignages – mené par des agents privés de recherche⁸⁰. La cour d'appel de

⁷⁵ Cass. crim., 12 sept. 2000, n° 99-87251, D.

⁷⁶ Cass. crim., 11 juin 2002, n° 01-85559 : *Bull. crim.*, n° 131, p. 482.

⁷⁷ Cass. crim., 7 juin 2005, n° 04-87354, D. La cour d'appel de Grenoble (CA Grenoble, ch. soc., 8 mars 2010, n° 08/03871) a toutefois considéré qu'un *testing* téléphonique n'était pas probant car « l'huissier n'a pas procédé lui-même à l'appel téléphonique ni assisté personnellement à la conversation enregistrée sur la cassette audio, dont il s'est borné à retranscrire le contenu » et car « aucun élément ne permet de vérifier l'authenticité de cet appel ni de vérifier les identités des personnes qui conversent ».

V. encore Cass. crim., 12 nov. 2014, n° 13-84318.

⁷⁸ CRIM 2006-16, E8/26-06-2006, NOR : JUSD630082C, BOMJ, n° 102. Cette circulaire rappelle aux procureurs généraux et premiers présidents des cours d'appel la portée et les implications de la reconnaissance légale du test.

⁷⁹ L. 27 mai 2008, art. 180 portant modification de l'article 4. Cet article est le fruit d'un amendement déposé par le rapporteur du texte à l'Assemblée nationale : Razy Hammadi, amendement n° 1032, présenté le 12 juin 2016.

⁸⁰ CA Angers, ch. soc., 30 juin 2009, n° 09/00530.

Colmar avait accepté en 2013 de considérer la force probante – en l’espèce insuffisante – d’un test réalisé par la HALDE⁸¹. Surtout, en juin 2016, la cour d’appel de Riom avait énoncé qu’il « est admis que la pratique du *testing* peut être utilisée comme mode de preuve dès lors qu’un comportement discriminatoire a été commis à l’encontre d’une personne »⁸². La nouvelle disposition législative vient donc se greffer à cette jurisprudence préexistante en droit civil et administratif.

Jusque-là, ce procédé a surtout été sollicité par les associations pour démontrer la discrimination, principalement lorsqu’elle était fondée sur la prétendue race, le handicap ou l’âge (Latraverse, 2012, p. 57). Il gagnerait encore à être démocratisé et envisagé pour d’autres motifs. La HALDE avait aussi eu recours à cette pratique à l’égard des entreprises du CAC 40 entre 2008 et 2011 – sans perspective de juridictionnalisation. Même lorsqu’il est concluant, le test est, cela dit, généralement considéré comme un simple indice de discrimination par les juridictions pénales. Il n’entraîne pas automatiquement, à lui seul, la reconnaissance de culpabilité⁸³. Là encore, les défenseurs peuvent contester sa pertinence, notamment en invoquant des facteurs contextuels (par exemple en cas de refus d’accès à une discothèque : comportement agressif, ivresse, tenue négligée, établissement complet). En réalité, pour que la valeur probante du test soit pleinement reconnue, il est préférable de se prévaloir en complément d’une enquête de police ou de gendarmerie recueillant des témoignages ou d’un constat d’huissiers (Benichou, 2011, p. 192 ; Mourey, 2012, p. 464). Ces éléments supplémentaires ont démontré leur efficacité pour attester la crédibilité, l’objectivité et la neutralité du test. Il s’agit alors non seulement de constater et confirmer les faits avancés par la victime – notamment par la consignation des propos tenus –, mais également de les compléter, possiblement en vérifiant que l’établissement est effectivement complet ou en pénétrant en son sein pour apprécier – de manière subjective – les origines de la clientèle⁸⁴.

Quant à la manière d’envisager des *testings* liés à l’origine, elle reposait parfois sur une assignation externe (ni sur une auto-perception ni sur une auto-hétéro-identification). Par exemple, dans une affaire tranchée en 2012 par la Cour de cassation, le substitut du procureur précisait dans son procès-verbal : « J’ai moi-même fait le tour de toute la discothèque à 0 h 20 afin d’avoir une idée précise de la fréquentation. J’ai compté environ 150 personnes dont moins de cinq d’origine étrangère ». Les conclusions du

⁸¹ CA Colmar, ch. soc., 28 mars 2013, n° 11/04717, confirmé *in* Cass. crim., 16 juin 2015, n° 13-28129, D. V. aussi HALDE, délibération n° 2005-103, 9 janv. 2006.

⁸² CA Riom, 4^e ch. civ., 7 juin 2016, n° 14/00514.

⁸³ Pour un arrêt concluant à l’insuffisance de la preuve apportée uniquement par *testing*, v. not. CA Lyon, 18 déc. 2003 (tel que cité *in* Burnier et Pesquié, 2007, p. 64) ; Cass. crim., 12 oct. 2004, n°s 04-80624 et 04-80625, D.

⁸⁴ Cass. crim., 27 nov. 2012, n° 11-84.395, D.

procès-verbal avaient été confirmées par le visionnage des bandes de surveillance copiées par des enquêteurs.

Ce visionnage fut considéré par les requérants, parquet et parties civiles, comme « un acte d'enquête pertinent d'objectivation de la fréquentation de l'établissement au moment des faits ». Pour la Cour de cassation, ces documents permettaient de mettre en évidence l'exclusion de personnes d'origine – supposée, donc... – maghrébine, exclusion qui constituait un traitement différent par rapport à celui des personnes d'origine – supposée, toujours... – européenne⁸⁵.

Les évolutions actuelles du droit (introduction de la notion de discrimination systémique, de l'action de groupe...) induisent-elles une réflexion particulière sur la place des statistiques dans la preuve de la discrimination ?

Le droit de la non-discrimination est effectivement en pleine mutation et de nouveaux termes émergent, non plus simplement en tant que concepts scientifiques, mais en tant que notion juridique. C'est le cas de la discrimination systémique qui a récemment fait l'objet d'une première reconnaissance explicite par une juridiction française, en l'occurrence le Conseil de prud'hommes de Paris dans une décision du 19 décembre 2019. En l'espèce, une société de construction était chargée de la rénovation d'une partie de la Villa Ségur dans le septième arrondissement de Paris. 25 travailleurs maliens étaient victimes de violations répétées du droit du travail et se voyaient affectés aux tâches de curage et de démolition dans le cadre d'un « système [pyramidal] organisé de domination raciste »⁸⁶. Au cours du procès, la dimension systémique de la discrimination fut mise en évidence grâce au concours des sciences sociales, notamment par le biais du témoignage du sociologue Nicolas Jounin. Mais les statistiques ne furent pas mobilisées, simplement car les requérants ne pouvaient pas disposer de données pertinentes⁸⁷.

Toutefois, dans la mesure où la discrimination systémique qualifie une exclusion, une dévaluation, une marginalisation ou une ségrégation disproportionnée et injustifiée, qui résulte de plusieurs actes qui font système, possiblement imputables à plusieurs auteurs, et qui affectent une ou plusieurs catégories de personnes protégées par le droit de la non-discrimination (les

⁸⁵ *Idem*.

⁸⁶ CPH Paris, 17 déc. 2019, n° 17/10051, Villa Ségur.

⁸⁷ V. ici le témoignage de Nicolas Jounin restitué *in ibidem* : « Traditionnellement en sociologie on fait un peu comme en droit pour établir la discrimination indirecte : on utilise une méthode statistique en comparant des individus dans des situations équivalentes, et dont les différences d'accès à l'emploi ou à la progression professionnelle ne peuvent s'expliquer que par la discrimination ; Cela suppose deux choses, qui n'existent pas dans le cas d'espèce d'après ce que j'en ai compris : - l'existence d'un registre fiable du personnel, - un point de comparaison avec d'autres salariés faisant le même type de travail. »

femmes, les travailleurs étrangers...), la mesure de l'effet défavorable par le biais statistique constitue évidemment la preuve parfaite ou presque. Cette dimension est palpable à la lecture de décisions étrangères. À titre d'illustration, le tribunal des droits de la personne du Québec a eu l'occasion de dissenter sur l'utilité de la preuve statistique dans un cas de discrimination systémique à l'encontre des femmes en emploi⁸⁸. Il a ainsi considéré que : « En indiquant des disparités ou des écarts entre le nombre (ou taux d'utilisation) de femmes ou de membres de groupes protégés embauchés pour un travail particulier et le nombre de femmes ou de membres de ces groupes qualifiés sur le marché du travail (ou taux de disponibilité), la preuve statistique peut indiquer la nécessité d'évaluer certains modes de gestion ou types de pratiques (*patterns of conduct*), incluant des décisions subjectives et discrétionnaires, à l'origine d'effets d'exclusion disproportionnés. Ce faisant, ce type de preuve peut permettre d'établir le caractère discriminatoire, par rapport à ces personnes, des méthodes ou systèmes d'embauche utilisés »⁸⁹.

Au Canada, où davantage de données sont collectées qu'en France, la preuve de la discrimination systémique peut en d'autres termes être rapportée par une comparaison du taux d'employés « caractérisables » par un motif de discrimination au sein de l'entreprise, soit avec le taux de candidats qui partagent cette caractéristique et sont adéquatement qualifiés (*applicant flow analysis*), soit – comme dans le cas évoqué ci-dessus – avec le taux de candidats potentiels, disponibles et compétents sur le bassin de recrutement et qui partagent cette caractéristique (*static analysis method*⁹⁰). La comparaison des taux de personnes adéquatement qualifiées et « caractérisables » par le motif en question au sein des embauchés, des candidats et des candidats potentiels du bassin d'emploi, peut, en cas de disproportion significative, laisser supposer que le processus de recrutement joue un rôle de filtre constitutif d'une discrimination systémique à l'embauche.

Il est, cela dit, envisageable que ces données ne soient pas accessibles. D'autres éléments peuvent alors être avancés. Dans cette alternative, pour le tribunal québécois : « La preuve de discrimination systémique repose (...) sur un ensemble de faits tels que des politiques institutionnelles, des processus décisionnels, des comportements et des attitudes qui, souvent inconscients et anodins en apparence, produisent et maintiennent, lorsque conjugués les uns aux autres, des effets disproportionnés d'exclusion pour les membres de groupes visés par l'interdiction de la discrimination ; malgré son utilité lorsqu'elle est disponible et pertinente, la

⁸⁸ Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c/ Gaz métropolitain inc., 2008 QCTDP 24 (CanLII), § 55-67, sur l'utilité de la preuve statistique. V. aussi CN c/ Canada (Commission canadienne des droits de la personne), 1987 1 RCS 1114.

⁸⁹ *Ibid.*, § 55.

⁹⁰ V. Blake v. Ontario (Minister of Correctional Services), 1984, 5 CHRR 2417 (OBI) ; CN c/ Canada (Commission canadienne des droits de la personne), 1987 1 RCS 1114.

preuve statistique n'est pas pour autant indispensable à sa démonstration»⁹¹. La même démarche devrait prévaloir en France au fur et à mesure du développement contentieux de la discrimination systémique.

La récente mise en place de l'action de groupe comme nouvelle voie d'action qui permet la contestation de plusieurs cas individuels via un recours commun devrait par ailleurs accélérer ce processus. Parce qu'elle conduit à envisager plusieurs cas, à un même moment, fondés sur la contestation d'une même pratique, l'action de groupe favorise l'appréciation de l'effet discriminatoire à une large échelle – et non simplement dans un cas particulier. De ce fait, elle renforce le potentiel probatoire des statistiques pour apprécier une tendance lourde que subissent chacune des victimes réunies dans le cadre de l'action collective.

Quelle place sera dès lors accordée aux statistiques ? La propension de l'action de groupe à servir la contestation de discriminations indirectes ou systémiques devrait logiquement conduire les requérants à se prévaloir des outils et méthodes déjà envisagés ci-dessus.

Mais ce n'est peut-être pas tout. Une autre spécificité de cette voie d'action est d'être focalisée sur la cessation du manquement. Si le juge reconnaît le bien-fondé de l'action, il lui est loisible d'ordonner à la fin de la procédure les modalités concrètes qui permettront de faire cesser la discrimination – le cas échéant systémique. Un expert peut notamment être désigné afin de prévoir les instruments pour assurer le respect postérieur de l'interdiction de la discrimination⁹². C'est alors non plus en tant que mode de preuve, mais en tant qu'outil de mise en conformité des comportements que les statistiques se révèlent utiles. Marie Mercat-Bruns envisage dans ce cadre la possibilité d'enjoindre au responsable de discrimination de mettre en place des autotestings, d'assurer une certaine transparence sur les salaires et l'avancement de carrière, de procéder à un *gendermainstreaming*⁹³ de ses pratiques, voire de mettre en œuvre des mesures compensatoires et actions positives (Mercat-Bruns, 2018 ; Medard Inghilterra, 2020 : 716-734). Ces perspectives devront encore être confirmées au contentieux puisque, pour l'heure, les recours collectifs demeurent peu nombreux, lourds, et peinent à franchir le stade de la recevabilité⁹⁴.

⁹¹ *Ibid.*, § 67.

⁹² V. D. n° 2017-888, 6 mai 2017, art. 1, relatif à l'action de groupe et à l'action en reconnaissance des droits prévues aux titres V et VI de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

⁹³ Le *gendermainstreaming* « vise à intégrer l'objectif d'égalité des sexes dans toutes les politiques publiques à tous les niveaux de prise de décision » et insiste pour ce faire « sur l'évaluation des inégalités dans tous les domaines à l'aide de statistiques » (Fondimare, pp. 34-35).

⁹⁴ Pour trois rejets, v. not. TA Paris, 7 mars 2018, n° 1816174, Syndicat alternative police – CFDT, (discrimination dans l'évolution de carrière fondée sur les activités syndicales) ; TA Lyon, 29 avr. 2019, n° 1806281, Syndicat personnel encadrement ville de Lyon (discrimination indirecte fondée sur le sexe) ; TJ Paris, 15 déc. 2020,

Bibliographie :

- Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (2011), *Manuel de droit européen en matière de non-discrimination*, Office de publication de l'Union européenne, 325 p.
- Amrani-Mekki S. (2013), « Du bon usage des mesures d'instruction *in futurum* en matière de discrimination », *Gaz. Pal.* 25 mai 2013, n° 131h8.
- Benichou S. (2011), *Le droit à la non-discrimination « raciale ». Instruments juridiques et politiques publiques*, thèse dactylographiée, université Paris Ouest Nanterre – La Défense, 647 p.
- Bereni L. et Chappe V-A. (2011), « La discrimination, de la qualification juridique à l'outil sociologique », *Politix*, n° 94, pp. 7-34.
- Berlaud C. (2013), « La communication des pièces utiles à la preuve d'une discrimination », *Gaz. Pal.* 17 janv. 2013, n° 114e2.
- Burnier F. et Pesquié B. (2007), « Tests de discrimination et preuve pénale », *Horizons stratégiques*, n° 5, pp. 60-67.
- Chappe V-A. (2011), « La preuve par comparaison : méthode des panels et droit de la non-discrimination », *Sociologies pratiques*, n° 23, pp. 45-55.
- Chappe V-A. et Keyhani N. (2018), « La fabrique d'un collectif judiciaire. La mobilisation des cheminots marocains contre les discriminations à la SNCF », *Revue française de science politique*, vol. 68, pp. 7-29.
- Chhum F. et Bocquet M. (2019), « Discrimination et référé article 145 du CPC : une salariée obtient les bulletins de paie de ses 16 collègues », *Village de la justice* (consulté le 30 mars 2021).
- Cluzel-métayer L. et Mercat-Bruns M. (2011), *Discriminations dans l'emploi. Analyse comparative de la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, La Documentation française, 115 p.
- Fondimare E. (2021), « Approche intégrée/spécifique », in *Dictionnaire de l'égalité et de la non-discrimination* (Tharaud D. et Boyer-Capelle C.), L'Harmattan, Logiques juridiques, pp. 34-35.
- GELD (2000), *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve*, note n° 2 du Conseil d'orientation du GELD, La Documentation française, 80 p.
- Gründler T. et Thouvenin J-M. (dir.) (2016), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité. Les obstacles à la reconnaissance juridique des discriminations*, rapport de la fédération interdisciplinaire de Nanterre en droit, réalisé avec le soutien de la mission de recherche droit et justice, 626 p.
- Latraverse S. (2012), *Report on Measures to Combat Discrimination*, European network of legal experts in the non-discrimination field, 178 p.

n° 18/04058, Fédération des travailleurs de la métallurgie (FTM) – CGT (discrimination dans l'évolution de carrière fondée sur les activités syndicales).

- Medard Inghilterra R. (2020), *La réalisation du droit de la non-discrimination*, thèse dactylographiée, université Paris Nanterre, 871 p.
- Mercat-Bruno M. (2019), « Tackling Indirect Discrimination in Employment in France : A Relative Success ? », in *Anti-Discrimination Law in Civil Law Jurisdictions* (Havelková B. et Möschel M.), Oxford University Press, pp. 244-161.
- Mercat-Bruno M. (2018), « La discrimination systémique : peut-on repenser les outils de la non-discrimination en Europe ? », *La revue des droits de l'homme*, n° 14, disponible sur <https://journals.openedition.org/revdh/3972>, (consulté le 30 mars 2021).
- Mercat-Bruno M. et Perelman J.. (dir.) (2016), *Les juridictions et les instances publiques dans la mise en œuvre de la non-discrimination : perspectives pluridisciplinaires et comparées*, rapport de l'École de droit de Sciences Po, réalisé avec le soutien de la mission de recherche droit et justice, 206 p.
- Mourey L. (2012), *Le rôle du droit pénal dans la politique criminelle de lutte contre les discriminations*, dactylographiée, université de Strasbourg, 681 p.
- Peyronnet M. (2018), « Affaire Chibanis : évaluation du préjudice résultant de la discrimination », *Dalloz actualités*, disponible sur : www.dalloz-actualite.fr/flash/affaire-chibanis-evaluation-du-prejudice-resultant-de-discrimination, (consulté le 30 mars 2021).
- Ringelheim J. (2019), « The Burden of Proof in Anti-Discrimination Proceedings. A Focus on Belgium, France and Ireland », *European Equality Law Review*, n° 2, pp. 49-64.
- Sereno S. (2017), *Le défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, collection droit social, 793 p.
- Sereno S. (2020), « La preuve des discriminations en droit du travail », *Droit social*, n° 4, pp. 332-337.
- Serverin E. et Grumbach T. (2012), « Discrimination syndicale : le concours des panels ne doit pas être arbitré par la Cour de cassation », *Revue de droit du travail*, n° 12, pp. 714-718.
- Stasi B. (2004), *Vers la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité*, La Documentation française, 131 p.