

Égalité des personnes et modes de preuve. À propos des usages du raisonnement statistique dans la preuve des discriminations

Olivier Leclerc

▶ **To cite this version:**

Olivier Leclerc. Égalité des personnes et modes de preuve. À propos des usages du raisonnement statistique dans la preuve des discriminations. Georges Borenfreund, Isabelle Vacarie. Le droit social, l'égalité et les discriminations, Dalloz, pp.77-94, 2013, Thèmes et commentaires, 978-2-247-12523-4. halshs-00790105

HAL Id: halshs-00790105
https://shs.hal.science/halshs-00790105

Submitted on 1 Oct 2015

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.

Égalité des personnes et modes de preuve
À propos des usages du raisonnement statistique dans la preuve des discriminations

par Olivier LECLERC
Chargé de recherche CNRS
Université de Lyon, CERCRID (UMR 5137), Université Jean Monnet, Saint-Étienne

paru in G. Borenfreund et I. Vacarie (dir.), *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2013, pp. 77-94.

Comment les salariés ou les candidats à l'embauche apportent-ils la preuve en justice des discriminations dans l'emploi dont ils s'estiment victimes ? Le Code du travail aménage, dans cette hypothèse, les règles de preuve applicables. Selon l'article L. 1134-1 du Code du travail, « Lorsque survient un litige en raison d'une méconnaissance des dispositions du chapitre II [consacré au principe de non-discrimination], le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié *présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte*, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations (al. 1) ». Le texte énonce ensuite qu'« au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de *prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* » (al. 2). Le troisième alinéa ajoute enfin que « le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles »[1].

Ces dispositions sont bien connues, même si leur analyse n'est pas exempte de difficultés, y compris dans la perspective d'une mise en ordre dogmatique. Mais l'attention portera ici sur la façon dont ces règles de preuve sont mises en œuvre. Pour cela, on prendra appui sur des recherches en cours, menées dans le cadre d'un projet intitulé « Du droit des salariés à ne pas être discriminés : un an de contentieux de la discrimination devant les cours d'appel »[2]. Ce travail collectif consiste à analyser, à partir de la base de données exhaustive des décisions des cours d'appel Jurica[3], des

[1] La formule légale est la même pour la preuve des discriminations à raison du sexe, de la situation de famille et de la grossesse : art. L. 1144-1 C. trav. La règle a été étendue par la Cour de cassation à l'égalité de traitement : Cass. Soc. 28 sept. 2004, *Dr. Soc.* 2004, p. 1144, obs. C. Radé. Sur la genèse de ces règles, propres au procès civil, et sur les liens qu'elles entretiennent avec le droit de l'Union européenne, v. notamment M.-T. Lanquetin, « Discrimination », *Rep. Dalloz Travail*, 2010.

[2] Recherche coordonnée par E. Serverin et F. Guiomard et réalisée avec le soutien du GIP Mission de recherche Droit et Justice. Pour une présentation de cette recherche, v. la contribution de F. Guiomard dans ce volume.

[3] L'accès aux décisions recueillies dans la base d'arrêts Jurica a été permis par une convention de mise à disposition signée avec le Service de documentation et des études de la Cour de cassation, qui administre les bases Jurinet et Jurica. Sur cette dernière, v. notamment E. Serverin, « Plaidoyer pour l'exhaustivité des bases de données des décisions du fond (à propos de l'ouverture à la recherche de la base JURICA) », D. 2009, p. 2882.

arrêts portant sur quatre ans de contentieux – au moyen d'une extraction par échantillonnage portant sur une période courant entre l'année 2007 et l'année 2010 – relatif aux discriminations et aux atteintes à l'égalité de traitement dans les relations du travail.

Convaincre le juge que l'on a été l'objet d'une discrimination revient le plus souvent à soutenir que l'on a été moins bien traité que d'autres, et ce pour un motif illicite. C'est cette opération de comparaison qui a guidé la sélection des arrêts de cour d'appel retenus[4], même si, on le sait, la Cour de cassation n'en a pas fait un passage obligé pour la preuve des discriminations[5].

Que peut-on observer, à la lecture de décisions rendues par des cours d'appel, de la manière dont les parties mettent ces règles en œuvre et convainquent le juge de l'exactitude des affirmations factuelles qu'elles formulent ? Quels sont les modes de preuve employés pour convaincre les juges qu'il existe une discrimination dans l'emploi ? Quels sont les raisonnements suivis, les ressources mobilisées ? Ces interrogations conduisent à examiner aussi bien l'argumentation déployée par les parties que les raisonnements suivis par les cours d'appel pour décider qu'il existe ou non une discrimination.

On livrera ici les premiers enseignements qu'il nous semble possible de tirer de nos investigations, en leur état actuel, en mettant l'accent plus particulièrement sur le recours aux raisonnements statistiques dans la preuve des discriminations. Cette interrogation conduit à examiner aussi bien l'argumentation statistique déployée par les parties que la façon dont elle est appréciée par les juges. On explicitera ainsi la place qu'occupe le raisonnement statistique dans la preuve des discriminations et des atteintes à l'égalité de traitement (I), puis les usages qui en sont faits par les parties et par les juges du fond (II).

I- Quelle place pour les statistiques dans la preuve des discriminations ?

Les statistiques pouvaient, en première analyse, se voir reconnaître une place centrale dans la preuve des discriminations : être discriminé se caractériserait par le fait de subir une différence significative par rapport à un groupe de référence. Dès lors, le contentieux des discriminations semblait un terrain privilégié pour analyser l'utilisation dans la preuve en justice d'outils et de théories statistiques.

Cette première orientation pouvait s'autoriser d'un sens partagé dans la littérature juridique, française et étrangère, sur la preuve des discriminations. L'idée s'est, un temps, imposée dans le droit de l'Union européenne à propos des discriminations indirectes. Sensible à la qualité des analyses statistiques présentées à titre de preuve, la Cour de justice a ainsi affirmé « qu'il appartient au juge national d'apprécier si les

[4] Au sein des contentieux liés au travail, une extraction a été réalisée selon les termes de recherche « comparer » ou « comparaison » ou « comparable » ou « différence de traitement ». L'échantillon de décisions comporte 567 arrêts, concernant aussi bien les discriminations que l'égalité de traitement.

[5] V. *infra.*

données statistiques caractérisant la situation de la main d'œuvre sont valables et si elles peuvent être prises en compte, 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 »[6]. L'accent mis sur le recours aux statistiques s'est depuis lors sensiblement atténué. La preuve statistique est ainsi très loin d'avoir acquis en droit communautaire un caractère exclusif, notamment après 2000 lorsque la définition de la discrimination indirecte a été modifiée dans un sens prêtant une attention plus grande au désavantage subi qu'au critère statistique, sans pour autant que ce dernier ne disparaisse entièrement[7].

À l'étranger, la liaison entre l'usage des statistiques et la preuve de discriminations est communément opérée dans la littérature juridique. Il suffira de mentionner l'augure qui sert de titre à un article paru dans une revue espagnole de droit du travail selon laquelle la « discrimination indirecte et la preuve statistique » sont « des chemins qui devraient converger »[8]. Plus nettement encore, cette idée est omniprésente dans la littérature juridique américaine. Cette dernière est particulièrement intéressante dans la mesure où le droit de la preuve est, aux États-Unis, autrement sophistiqué qu'il ne l'est en France. Innombrables sont les articles et les ouvrages qui s'efforcent d'analyser la place du raisonnement statistique dans la preuve judiciaire, en particulier des discriminations[9], le plus souvent indirectes (ce que les américains appellent l'« impact différencié » [*disparate impact*]), et avec une force renouvelée depuis l'adoption du *Civil Rights Act* en 1964[10]. Au point qu'un juge pouvait affirmer dès 1979 que de nombreuses actions entreprises sur le fondement de ce texte devenaient « des joutes entre professeurs de statistiques qui s'affrontent à propos de théories statistiques complexes »[11].

---

6 CJCE 27 oct. 1993, *Enderby*, aff. C-127/92.

7 Par ex., directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, JOCE, n° L. 180, 19 juill. 2000, pp. 22, considérant n° 15. Sur l'évolution du droit communautaire, cf. M.-T. Lanquetin, « Discrimination », *Rep. Dalloz Travail*, 2010, spéc. n° 69-73 ; J. Porta, « Égalité, discrimination, égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de l'égalisation », *RDT*, n° 6, 2011, spéc. p. 361.

8 Daniel Perez Prado, « Discriminación indirecta y la prueba estadística : caminos que deberian confluir », *Justicia laboral*, n° 43, 2010, pp. 93-121.

9 Parmi d'innombrables références, v. notamment : A. J. Rosenthal, Employment Discrimination and the Law, *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 407, 1973, pp. 91-101 ; D. Kaye, Statistical Evidence of Discrimination, *Journal of the American Statistical Association*, vol. 77, 1982, n° 380, pp. 773-783 ; S. E. Fienberg and M. L. Straf, Statistical Assessments as Evidence, *Journal of the Royal Statistical Society. Series A*, vol. 145, n° 4, 1982, pp. 410-421 ; D. Kaye, The Numbers Game: Statistical Inference in Discrimination Cases, *Michigan Law Review*, vol. 80, n° 4, 1982, pp. 833-856 ; R. L. Paetzold, Problems with Statistical Significance in Employment Discrimination Litigation, *New England Law Review*, vol. 26, 1991, pp. 395-415 ; J. L. Gastwirth, Employment Discrimination : A Statistician's Look at Analysis of Disparate Impact Claims, *Law & Inequality*, vol. 11, 1992, pp. 151-179 ; J. L. Gastwirth, Statistical Evidence in Discrimination Cases, *Journal of the Royal Statistical Society. Series A*, vol. 160, 1997, pp. 289-303 ; J. B. Kadane, *Statistics in the Law*, Oxford University Press, 2008, spéc. pp. 93-133 ; A. Pundik, The Epistemology of Statistical Evidence, *The International Journal of Evidence & Proof*, vol. 15, 2011, pp. 117-143

10 Le chapitre VII du *Civil Rights Act* de 1964 interdit aux employeurs, aux syndicats, aux institutions recevant des financements fédéraux et aux établissements ouverts au public toute « discrimination fondée sur la race, la couleur, la religion, le sexe ou l'origine nationale ».

11 Juge Fred M. Winner, cité par M. O. Finkelstein, The Judicial Reception of Multiple Regression

Un premier sondage dans le corpus de décisions révèle cependant que le terme « statistique » – ou encore certains vocables propres à l'analyse statistique de données, comme celui de « médiane », de « régression », d'« intervalle de confiance », etc. – sont extrêmement rares dans les arrêts de cours d'appel françaises[12]. Le plus souvent, du reste, la référence aux « statistiques » désigne des études très générales, qui concernent l'ensemble des salariés de l'entreprise[13] ou des données statistiques nationales établies par l'INSEE (par exemple sur la durée moyenne du chômage des cadres licenciés)[14]. Une salariée avait ainsi, pour démontrer qu'elle avait fait l'objet d'une discrimination en raison de ses activités syndicales, « produit des tableaux présentés par l'employeur dans le cadre de la négociation annuelle obligatoire sur les salaires, permettant, conformément aux dispositions de l'article L. 2242-2 du code du travail, une analyse comparée de la situation des hommes et des femmes concernant notamment les emplois et les qualifications et les salaires payés (…) ». Prenant acte de la généralité des données, la cour d'appel de Bastia ne se laisse pas convaincre et énonce que « les données statistiques produites sur un ensemble de plus de 2500 salariés ne permettent pas de présumer la violation à l'endroit de [la salariée] du principe d'égalité de rémunération »[15].

Les cours d'appel sont ainsi rarement amenées à discuter une démonstration explicitement située par les parties dans l'espace disciplinaire des statistiques. De ce constat, deux enseignements peuvent être tirés.

1- Un premier enseignement porte sur les types de contentieux qui donnent lieu formellement à un raisonnement statistique. Le plus souvent, les affaires soumises aux cours d'appel relatives à la discrimination ne présentent pas une « structure statistique »[16], c'est-à-dire un groupe de référence clairement identifié, des caractéristiques personnelles du salarié clairement identifiées et une répétition des occurrences de discrimination[17]. À l'inverse, ainsi que le montre une étude empirique américaine, et comme le confirment les arrêts de cours d'appel françaises étudiés, « le contentieux de la discrimination dans l'emploi est dominé par des actions individuelles, entreprises par des personnes qui prétendent avoir fait l'objet d'une différence de traitement, bien plutôt qu'il n'est constitué d'affaires qui attaquent *des politiques qui*

Studies in Race and Sex Discrimination Cases, *Columbia Law Review*, vol. 80, n° 4, 1980, p. 737.

12 Comp. aux États-Unis, les chiffres, certes déjà anciens, montrant l'usage croissant des termes statistiques (variance, coefficient de corrélation, test du Chi^2...) dans les décisions de justice relatives aux discriminations : S. E. Fienberg (ed.), *The Evolving Role of Statistical Assessments as Evidence in the Courts*, New York, Springer-Verlag, 1988, spéc. p. 8.

13 CA Orléans, 18 sept. 2008, RG n° 07/03256 ; CA Bastia, 18 nov. 2009, RG n° 08/00360 ; CA Orléans, 20 oct. 2009, RG n° 09/11249.

14 CA Rennes, 14 sept. 2010, RG n° 08/08293.

15 CA Bastia, 18 nov. 2009, RG n° 08/00360, *préc*.

16 La formule est empruntée à J. J. Koehler, When do Courts Think Base Rate Statistics are Relevant?, *Jurimetrics Journal*, vol. 42, 2002, spéc. pp. 385-386.

17 Selon J. J. Koehler, les juges fédéraux américains ne recourent pas à des distributions statistiques lorsqu'ils ne disposent pas d'une classe de référence assez clairement spécifiée ou, à l'inverse, lorsqu'ils disposent d'informations individualisées suffisantes (J. J. Koehler, When do Courts Think Base Rate Statistics are Relevant?, *loc. cit*., spéc. p. 391 et p. 396).

auraient un impact différencié sur des groupes protégés »[18]. Autrement dit, « (…) le contentieux des discriminations dans l'emploi fonctionne comme un système de justice individualisée, dans laquelle une très grande proportion des affaires soulève des questions individuelles plutôt que collectives »[19].

Par conséquent, l'exercice d'un raisonnement statistique structuré, consistant à évaluer l'impact d'une mesure sur un groupe de personnes, trouve son terrain d'élection dans les contentieux contestant la conformité au droit de la non-discrimination d'un texte ou d'une mesure doté d'une portée générale, par exemple une décision de l'employeur établissant des conditions pour pouvoir être recruté sur certains postes[20], un mécanisme des majorations individuelles appliquées aux rémunérations de base[21], *une ordonnance réservant la protection contre le licenciement abusif à des salariés disposant d'une ancienneté minimale*[22], *les statuts d'un organisme de retraite conditionnant le versement de certaines prestations au fait d'avoir été rémunéré au moins 200 heures par trimestre pendant 15 ans*[23]... La raisonnement statistique est plus diffus, moins articulé, dans les requêtes de salariés contestant les mesures *individuelles* dont ils ont fait l'objet – ou n'ont pas fait l'objet –, comme des décisions d'avancement, d'affectation, de sanction. Or, les discriminations alléguées devant les cours d'appel concernent, dans leur très grande majorité, de telles mesures. Il devient alors difficile pour les salariés de présenter un raisonnement statistique rigoureux, ce dernier restant largement en dehors de leur portée, quand un souci d'économie de la preuve ne les encourage pas à s'en dispenser.

2- Cela étant, et c'est un deuxième enseignement, la quasi-absence dans les arrêts de cour d'appel d'une formulation explicite de la part du salarié d'une analyse relevant du domaine de la statistique, ne signifie pas qu'une argumentation et un raisonnement statistique ne soient pas menés devant les cours d'appel françaises. Il semble bien plutôt, à la lecture des arrêts, que le raisonnement probatoire relatif aux discriminations et à l'égalité de traitement *emprunte* au raisonnement statistique, sans en reproduire la

[18] L. B. Nielsen, R. L. Nelson, R. Lancaster, Individual Justice or Collective Legal Mobilization? Employment Discrimination Litigation in the Post Civil Rights United States, *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 7, n° 2, 2010, p. 194 (souligné par nous).

[19] *Ibid.*, p. 176.

[20] C'est ainsi que, dans le célèbre arrêt de la Cour suprême des États-Unis *Griggs v. Duke Power Company* (401 US 424, 1971) les requérants contestaient une décision de l'employeur exigeant que les nouveaux embauchés disposent d'un diplôme de l'enseignement secondaire et aient passé des tests d'aptitude pour accéder à certaines fonctions, au motif qu'elle causait une discrimination indirecte. Prenant appui sur les données du recensement de 1960, les requérant relevaient notamment que 34 % des hommes blancs avaient achevé leurs études secondaires, alors que ce n'était le cas que de 12 % des hommes noirs. De la même manière, dans l'arrêt *Washington v. Davis* (426 US 229, 1976), les requérants avaient soutenu, mais ici sans succès, que l'imposition d'un test d'aptitude langagière pour accéder à certaines fonctions de maintien de l'ordre était discriminatoire au motif que, entre 1968 et 1971, 57 % des candidats noirs avaient échoué à ce test contre 13 % pour tous les autres candidats. Sur ces décisions, v. not. D. Kaye, Statistical Evidence of Discrimination, *loc. cit*, spéc. p. 781 ; S. E. Fienberg (ed.), *The Evolving Role of Statistical Assessments as Evidence in the Courts*, *op. cit.*, spéc. pp. 86 et s. ; Richard T. Ford, « Lutter contre les discriminations raciales : les vertus de la mesure statistique », in F. Guiomard et S. Robin-Olivier (dir.), *Diversité et discriminations raciales. Une perspective transatlantique*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2009, spéc. pp. 82-87.

[21] CJCE, 17 oct. 1989, *Danfoss*, aff. 109/88.

[22] CJCE 9 sept. 1999, *Seymour-Smith et Perez*, aff. C-167/97.

[23] Cass. Soc. 3 juill. 2012, n° 10-23013, à paraître au Bull.

rigueur. Le raisonnement statistique est employé dans les arrêts, non pour *démontrer* au terme d'une argumentation appuyées sur une théorie statistique, mais pour *emporter la conviction du juge*, au moyen de raisonnements dont la validité au regard des théories statistiques n'est que rarement discutée[24].

En retenant une conception large, on dira qu'un raisonnement statistique se produit lorsqu'une des parties ou les juges essayent de mettre en rapport deux situations, lorsqu'ils s'efforcent de mener une comparaison, et sans que cela donne nécessairement lieu à une quantification. Plus particulièrement, convaincre le juge de l'existence d'une discrimination suppose, pour le salarié, de réaliser deux opérations : d'une part, établir que sa situation diffère de celle faite par l'employeur à d'autres salariés, c'est-à-dire établir qu'il a été moins bien traité qu'un échantillon de référence et, d'autre part, établir que cette différence de traitement est *suffisante* pour laisser « supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte », c'est-à-dire convaincre le juge que cette différence est *significative* et doit donc le conduire à décider que le salarié a apporté la preuve qui lui incombe. Il lui appartient ensuite de se tourner vers les éventuels « éléments objectifs étrangers à toute discrimination » présentés par l'employeur.

Or, à la lecture des arrêts, il est remarquable qu'une telle argumentation n'est pas propre à la discrimination indirecte. S'il est admis largement que la discrimination indirecte suppose, presque par nature, une preuve statistique[25], il apparaît qu'un raisonnement de comparaison par rapport à un groupe de référence se rencontre tout autant lorsqu'une discrimination directe est en cause. En définitive, et sous l'angle des pratiques de preuve, la distinction entre discrimination directe et indirecte semble moins fortement structurante qu'il n'y paraît à la lecture des textes du droit positif : dans tous les cas, la preuve peut être rapportée au moyen de raisonnements statistiques.

Il est vrai qu'un tel raisonnement n'est pas un passage obligé pour prouver l'existence d'une discrimination. La Cour de cassation a énoncé à plusieurs reprises, par une formule forte, que « l'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres salariés »[26]. Ainsi, plusieurs arrêts de cour d'appel illustrent cette hypothèse, par exemple lorsque l'employeur a expressément pris en compte l'activité syndicale pour évaluer un salarié et lui refuser le bénéfice d'un avantage ou d'une promotion[27].

Il reste que, au cœur de la preuve des discriminations, il y a une opération de

---

[24] Sur les liens étroits entre conviction et preuve, v. notamment J. Ferrer Beltrán, *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2002.

[25] Dans son *Traité de droit social de l'Union européenne* (Paris, LGDJ, 2008), P. Rodière recourt à l'intertitre « la discrimination indirecte, une discrimination statistique » (n° 264).

[26] Cass. Soc. 10 nov. 2009, *Dr. Soc.* 2010, p. 111, obs. Ch. Radé ; *Liaisons soc. Europe*, n° 242, 2009, p. 5, obs. J.-Ph. Lhernould ; Cass. Soc. 29 juin 2011, *Jurisp. Soc. Lamy*, n° 307, 2011, obs. J.-Ph. Lhernould.

[27] Ex. CA Versailles, 15 oct. 2009, RG n° 08/00620 : « [le salarié] rapporte la preuve par la production de son entretien d'évaluation de l'année 2004 que l'employeur a fait expressément référence à ses fonctions de représentant du personnel pour indiquer qu'elles ne permettaient pas de mesurer convenablement les performances individuelles sur son poste par rapport à ses objectifs ». V. aussi Cass. Soc. 1er juill. 2009, Bull. 2009, V, n° 166.

comparaison[28]. Ainsi que l'énonce l'article 1er de la loi du 27 mai 2008, il existe une discrimination lorsque, pour l'un des motifs prohibés par la loi, 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 » (discrimination directe) ou lorsqu'une personne subit « un désavantage particulier (…) par rapport à d'autres personnes » (discrimination indirecte). Une telle comparaison est nécessaire dès lors que le motif discriminatoire n'est pas clairement énoncé par l'employeur. Comment alors saisir les raisons qui l'ont poussé à agir ? Comment savoir s'il a été guidé par des considérations liées au genre, à l'origine, à l'état de santé ?... Les statistiques permettent alors de saisir, non pas la raison d'agir, mais l'effet discriminatoire qui en découle. Le recours aux statistiques comme mode de preuve permet ainsi d'objectiver les effets d'une action guidée par une raison d'agir illicite, sans qu'il soit nécessaire de s'interroger sur les intentions de l'auteur de la discrimination[29].

Comment ces comparaisons sont-elles construites ? Répondre à cette question ne revient pas à se demander si les juges ont fait une *bonne* application des raisonnements et outils statistiques[30]. Loin de décerner un brevet de qualité à ces raisonnements, on s'attachera à identifier quels usages en sont fait dans les arrêts des cours d'appel.

II- Quels usages des raisonnements statistiques dans la preuve des discriminations ?

À la lecture des arrêts rendus par les cours d'appel, il apparaît que la manière de comparer les situations fait bien souvent l'objet de débats très serrés entre les parties. Le raisonnement statistique est bien loin de s'imposer comme une méthode permettant d'évidence de saisir une réalité extérieure au droit. Sa construction est, au contraire, au cœur de discussions âpres, et qui sont en bonne partie orientées par les règles de procédure devant les tribunaux et par les règles de preuve[31].

Ces discussions se cristallisent particulièrement sur deux points : comment s'opère la constitution d'un échantillon de référence à la lumière duquel la situation du salarié requérant sera examinée (A) ? et comment convaincre le juge que la situation du salarié

[28] Selon un auteur, « une comparaison est consubstantielle à la discrimination » : J.-Ph. Lhernould, *Liaisons soc. Europe*, n° 242, 2009, p. 5. V. également Ch. Radé : « L'établissement de la discrimination induit (…) nécessairement une comparaison puisque l'égalité ne peut se concevoir que dans un rapport d'altérité » (*Dr. Soc.*, 2010, p. 112).

[29] Sur le processus d'objectivation du motif discriminatoire, v. la contribution d'A. Lyon-Caen dans ce volume.

[30] Bon nombre de travaux publiés aux États-Unis s'attachent à relever les faiblesses, les lacunes, les inexactitudes qui affectent les raisonnements statistiques présentés devant les tribunaux. Symptomatique de cette orientation est le chapitre consacré à « la preuve statistique », in D. Faigman, D. Kaye, M. Saks, J. Sanders, *Science in the Law. Standards, Statistics and Research Issues*, West Group, 2002. D'importantes raisons procédurales expliquent que ces questions occupent fortement les juges et les auteurs aux États-Unis.

[31] Sur la distinction entre les approches « instrumentales », qui prennent « la discrimination comme un fait social objectif, et se demandent si le droit est apte à la saisir pour la faire reculer » et les approches « constitutives », qui voient le droit « comme un cadre d'interprétation constitutif de la réalité sociale », cf. L. Bereni et V.-A. Chappe, « La discrimination, de la qualification juridique à l'outil sociologique », *Politix*, 2011/2, spéc. p. 23.

est « suffisamment différente » pour constituer une discrimination ? (B).

A- La constitution d'un échantillon de comparaison

Dès lors qu'un salarié entend prouver une discrimination par la comparaison avec la situation d'autres salariés, se pose au premier chef la question de savoir comment constituer l'échantillon de comparaison au regard duquel confronter sa situation. À cet égard, plusieurs observations peuvent être faites, concernant l'identification des salariés qui figurent dans cet échantillon (a), le nombre de salariés pris en compte (b) et la personne qui constitue cet échantillon (c).

1) Quels salariés figurent dans le groupe de comparaison ?

Une première recherche permet de s'attacher à la façon dont sont constitués les groupes de comparaison. Dans les arrêts rendus par les cours d'appel, ces groupes de comparaison sont le plus souvent désignés par les termes de « panel » ou d'« échantillon ».

On pouvait s'attendre de prime abord que le terme « panel » soit privilégié dans la circonstance où le salarié requérant entend mettre en œuvre la méthode dite « Clerc », du nom du syndicaliste de la CGT François Clerc, qui a élaboré une méthode de constitution de panel pour la preuve de la discrimination syndicale. Ainsi que le décrit une cour d'appel, « cette méthode consiste à comparer l'évolution de carrière de tous les salariés engagés la même année au même coefficient »[32]. De fait, sept arrêts font état du recours à la « méthode Clerc », dans des situations où est en cause une discrimination syndicale et où figure un syndicat CGT, soit comme partie principale, soit comme partie intervenante. Pour la plupart, les arrêts sont laconiques sur cette méthode et sur sa mise en œuvre. L'un indique que « l'évaluation de ce préjudice effectuée par le salarié suivant 'la méthode Clerc' n'est pas contestée »[33]. Dans cinq autres arrêts, le syndicat CGT est représenté par François Clerc, sans que la méthode de comparaison soit explicitement discutée, l'échantillon de comparaison ayant, dans ces affaires, été établi par l'inspecteur du travail[34]. L'accueil réservé par les cours d'appel à la méthode de constitution de panels de comparaison élaborée par François Clerc doit toutefois être nuancé. La cour d'appel de Nîmes a, en effet, écarté le recours à cette méthode au terme d'une argumentation minutieuse[35], en estimant qu'elle ne pouvait « pas sérieusement être prise en considération ». Les principaux griefs qui lui sont adressés sont qu'elle « conduit à d'importantes distorsions en fonction des années considérées », qu'elle « englobe tous les salariés indistinctement en fonction de leur année de recrutement alors que plus les nouveaux recrutés sont diplômés, plus ils ont vocation à atteindre un coefficient élevé en fin de carrière » et, enfin, qu'elle ne prend pas en compte le fait que « les salariés

[32] CA Nîmes, 14 sept. 2010, RG n° 09/00235.

[33] CA Douai, 27 nov 2009, RG n° 08/03410. La Cour considère ici « un panel de 21 salariés embauchés la même année (1981) au même emploi (en qualité d'employé aux écritures) au même niveau (3) et au même coefficient (110) ».

[34] CA Paris, 28 sept. 2010, RG n° S 09/08057 ; CA Paris, 28 sept. 2010, RG n° S 09/08196 ; CA Paris, 28 sept. 2010, RG n° S 09/08197 ; CA Paris, 28 sept. 2010, RG n° S 09/08199 ; CA Paris, 28 sept. 2010, RG n° S 09/08200.

[35] CA Nîmes, 14 sept. 2010, RG n° 09/00235.

connaissent une évolution plus rapide en début de carrière pour stagner par la suite après avoir atteint les coefficients butoirs pour leur catégorie », alors, dans le même temps, que « l'activité syndicale intervient en général précisément après quelques années d'exercice, soit à une période où l'évolution de carrière ralentit naturellement » pour cette même raison. En sorte, conclut la cour d'appel de Nîmes que « cette application [de la méthode Clerc] a pour effet d'annihiler le parcours antérieur et systématiquement rapide de carrière pour aboutir à une constatation qui résulte d'un parcours naturel de carrière et non d'une volonté de discrimination ».

Mais ce que montrent les décisions analysées, c'est, d'une part, que le recours à la constitution de panels de comparaison n'est pas seulement le fruit de l'application (du moins explicite) de la « méthode Clerc » et, d'autre part, que si la constitution de panels de comparaison concerne la plupart du temps des hypothèses de discrimination syndicale, elle ne s'y réduit pas[36]. Dans tous ces cas, la difficulté est de savoir comment constituer ces panels : s'agit-il de personnes embauchées la même année ? De personnes embauchées pour les mêmes fonctions ? Au même coefficient ? Ayant la même ancienneté ? Les mêmes diplômes ? La lecture des décisions de cour d'appel révèle que la méthode de constitution des panels fait l'objet d'un débat juridique, et ce à plusieurs titres.

En premier lieu, les cours d'appel n'exigent pas que les échantillons de comparaison soient constitués de salariés présentant des caractères *exactement identiques* à ceux de la personne s'estimant victime de discrimination[37], ce qui serait du reste sans doute une tâche bien difficile, et parfois impossible. Il suffit que le groupe de référence occupe « des fonctions similaires dans l'entreprise »[38], « voisines »[39], « comparable »[40], « équivalentes »[41], voire « à peu près équivalente »[42], sous la réserve toutefois que ces salariés appartiennent bien à la même entreprise[43]. Ainsi que l'exprime la cour d'appel de Reims, « pour comparer la situation professionnelle [d'une salariée] de la moyenne des salariés faisant partie de son environnement professionnel immédiat à son embauche, il convient de comparer des situations équivalentes mais non identiques, telles

---

36 Dans le même sens : K. Berthou, « La preuve des discriminations à l'embauche en raison de l'origine. Réflexions à partir de l'arrêt de la Cour d'appel de Toulouse du 19 février 2010 », *RDT*, n° 11, 2010, p. 635.

37 Voir cependant : CA Versailles, 15 oct. 2009, RG n° 08/00620 : « Considérant que la comparaison n'est pas pertinente dans la mesure où les salariés du panel ne sont pas dans une situation identique en raison notamment des emplois occupés au moment de l'embauche et des déroulements de carrière » ; CA Versailles, 15 oct. 2009, RG n° 08/00621.

38 CA Chambéry, 27 sept. 2007, RG n° 06/02408.

39 CA Basse Terre, 26 nov. 2007, RG n° 06/00822.

40 CA Paris, 9 oct. 2007, RG n° S 06/01880.

41 CA Nancy, 4 sept. 2009, RG n° 06/00848.

42 CA Paris, 20 nov. 2007, RG n° S 07/00337.

43 La cour d'appel de Paris a ainsi jugé, à propos de demandes de rappel de salaire sur le principe de salaire égal à travail égal, que ces dernières avaient « justement été rejetées car il n'y a pas de comparaison possible de salaires sur ce principe tant dans le droit communautaire issu de l'article 141 du traité de la Communauté Européenne que le droit national entre des salariées, même travaillant dans les mêmes lieux et services, relevant d'employeurs distincts et soumises à des conventions collectives différentes en fonction de l'activité principale de chaque société et donc à défaut de source unique de rémunération et d'entité responsable de l'inégalité et qui pourrait rétablir l'égalité de traitement » (CA Paris, 30 sept. 2008, RG n° S 06/07833).

qu'ancienneté, niveau de diplôme, qualification et coefficient à l'embauche, et étudier l'évolution des salaires »[44]. La remarque n'est pas sans importance à la lumière du critère parfois mis en avant dans le droit des États-Unis ou du Royaume-Uni appelé *but for test*, selon lequel la discrimination doit être appréciée par comparaison avec des personnes présentant toutes les caractéristiques de celle s'estimant discriminée, à l'exception de celle que la loi interdit de prendre en compte (le sexe, la couleur de la peau, etc.).

En deuxième lieu, les cours d'appel n'exigent pas que les panels soient constitués par référence à *un seul critère*, mais bien plutôt par référence à *un ensemble de critères*. Ainsi, est écarté le panel proposé par un salarié selon le critère unique du diplôme détenu[45]. Inversement, est jugé « pertinent » « le panel de comparaison présenté par [l'employeur] en ce qu'il retient des salariés recrutés à la même époque, aux mêmes conditions d'embauche en termes de classement de postes, avec les mêmes diplômes »[46]. Cela étant, les éléments pris en compte pour caractériser des situations comparables sont assez variés : « salariés ayant fait l'objet d'une appréciation à peu près équivalente » par l'employeur[47], salariés embauchés au même coefficient (soit la même année, soit au cours de la même période[48], soit au cours de toute la période de présence du salarié dans l'entreprise), salariés disposant de diplômes équivalents, d'une ancienneté identique ou comparable[49], exerçant les mêmes fonctions[50], bénéficiant de la même classification telle qu'elle ressort du bulletin de paye[51], salariés ayant suivi la même formation[52]. Les panels de comparaison sont constitués à la lumière de plusieurs de ces critères, sans qu'il soit possible d'en dresser une liste exhaustive ou systématique. En réalité, la construction de l'échantillon de comparaison – et donc les éléments pris en compte pour le constituer – dépend en grande partie des prétentions des parties et de ce qu'elles espèrent obtenir en justice. La composition du panel varie ainsi selon que le requérant réclame une indemnisation, un reclassement, l'annulation d'une mesure, etc. De même, l'hypothèse peut être avancée qu'elle dépend aussi de la nature du motif discriminatoire allégué (genre, appartenance syndicale, origine, état de santé...). Ce dernier point n'est, du reste, sans doute pas sans incidence sur les difficultés qu'il y a à reconnaître l'existence de discriminations multiples[53] : un échantillon de comparaison unique ne permettra pas nécessairement de rapporter la preuve requise sous ses diverses dimensions.

Enfin, en troisième lieu, selon que la preuve est apportée par le salarié ou par l'employeur, le groupe de comparaison est constitué, pourrait-on dire, en positif ou en

---

44 CA Reims, 24 nov. 2010, RG n° 09/02996. Dans le même sens, CA Reims, 24 nov. 2010, RG n° 09/02998.

45 CA Versailles, 30 sept. 2008, RG n° 07/01989.

46 CA Toulouse, 9 oct. 2009, RG n° 08/03910.

47 CA Paris, 20 nov. 2007, RG n° S 07/00337.

48 CA Paris, 27 sept. 2007, RG n° S 06/14036 (« entre 2000 et 2004 ») ; CA Nancy, 4 sept. 2009, RG n° 06/00848.

49 CA Pau, 11 sept. 2008, RG n° 06/03602 ; CA Versailles, 30 sept. 2008, RG n° 07/01989.

50 CA Reims, 30 sept. 2009, RG n° 08/02584.

51 CA Versailles, 8 sept. 2010, RG n° 09/00931.

52 CA Lyon, 21 sept. 2010, RG n° 09/03760.

53 Pour une présentation générale de ces difficultés, au-delà des questions liées à la preuve, v. Ph. Martin, « La discrimination multiple, un concept insaisissable par le droit du travail ? Un point de vue français et comparatif », *RIDC*, n° 3, 2011, pp. 585-608.

négatif. En positif, c'est le salarié qui démontre qu'il existe un groupe de personnes dont il partage les principales caractéristiques et qui ont été mieux traitées que lui. En négatif, c'est l'employeur qui démontre qu'il existe un groupe de personnes dont le salarié partage les principales caractéristiques, et qui ont été traitées comme lui, ou moins bien[54]. Ainsi, la ligne de défense de l'employeur peut suivre deux voies : soit contester l'échantillon proposé par le salarié en s'efforçant d'exclure tel ou tel salarié au motif qu'il présente un caractère important que le salarié requérant n'a pas, et qui le rend donc « incomparable », soit proposer un échantillon alternatif de personnes qui partagent tous les traits du salarié et qui ont reçu le même traitement, ce qui tend à établir qu'il n'existe pas d'éléments laissant supposer l'existence d'une discrimination.

2) Combien de salariés figurent dans le groupe de comparaison ?

La pertinence de l'opération de comparaison ne s'apprécie pas seulement par référence aux salariés intégrés dans le groupe de comparaison. Se pose également la question de savoir combien de salariés doivent figurer dans ce panel. Pour qu'une différence individuelle par rapport à un échantillon de référence soit statistiquement significative, encore convient-il que cet échantillon soit suffisamment important. Cette difficulté est soulignée à l'envi par les auteurs qui analysent et critiquent la qualité des raisonnements statistiques suivis par les juges[55]. Les échantillons trop étroits sont considérés comme n'étant pas significatifs. Il est en particulier peu significatif de calculer des rémunérations moyennes ou médianes, ou des coefficients moyens, sur de tels échantillons.

De telles préoccupations sont loin d'habiter les cours d'appel[56]. La taille des échantillons retenus est extrêmement variable. Elle atteint parfois plus de 100 salariés[57], mais le plus souvent elle comporte une petite dizaine de salariés[58], et parfois encore 1[59] ou 2[60] autres salariés. Sur le plan statistique, il est alors évident que le caractère significatif de la différence de traitement est loin d'être acquis. Cependant, ainsi qu'on l'a dit, il ne s'agit pas, dans l'opération probatoire, de mener un raisonnement statistique mais de

---

54 Ex. CA Chambéry, 27 sept. 2007, RG n° 06/02408 : « la société (...) a notamment communiqué au conseil de prud'hommes un document de synthèse concernant un panel de 98 personnes n'ayant pas eu de promotion pendant 20 ans et plus au cours de leur carrière, présentes à l'effectif de l'entreprise en décembre 2004 (date la plus proche des débats de première instance) et n'ayant pas de responsabilité hiérarchique (...) ».

55 Ex. J. L. Gastwirth, Employment Discrimination: A Statistician's Look at Analysis of Disparate Impact Claims, *Law & Inequality*, vol. 11, 1992, pp. 151-179 ; J. L. Gastwirth et Q. Pan, Diaz v. Eagle Produce Ltd. Partnership: The Potential for and Limitations of Formal Statistical Analysis to Assist Courts when Drawing Inferences from a Relatively Small Data Set, *Jurimetrics Journal*, vol. 49, 2009, p. 439.

56 Comp. cependant : CA Versailles, 7 oct. 2008, RG n° 07/04039 : « Le nombre de salariés sur l'établissement de Vélizy est en outre suffisant pour établir un panel de comparaison cohérent ».

57 CA Versailles, 7 oct. 2008, RG n° 07/04039.

58 CA Toulouse, 19 nov. 2010, RG n° 09/03740 : 5 salariés ; CA Versailles, 8 sept. 2010, RG n° 09/00931 : 5 salariés ; CA Versailles, 30 sept. 2008, RG n° 07/01989 : 6 salariés ; CA Reims, 24 nov. 2010, RG n° 09/02996 : 8 salariés ; CA Versailles, 15 oct. 2009, RG n° 08/00620 : 8 salariés ; CA Douai, 30 nov. 2010, RG n° 1930/10 : 11 salariés.

59 CA Caen, 19 nov. 2010, RG n° 09/01566 ; CA Paris, 14 sept. 2010, RG n° S 09/05953.

60 CA Lyon, 23 oct. 2009, RG n° 08/07288 ; CA Toulouse, 1er oct. 2008, RG n° 07/03894 ; CA Basse Terre, 26 nov. 2007, RG n° 06/00822.

convaincre le juge. Or, de ce point de vue, une différence de traitement avec un nombre très réduits de salariés, qui présentent une situation jugée suffisamment proche, peut suffire à caractériser l'existence d'« éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte ».

3) Qui se livre à la constitution d'un échantillon de comparaison ?

La charge de constituer un panel de comparaison pèse, aux termes de l'article L. 1134-1 du Code du travail sur le salarié. Cette tâche est évidemment source de difficultés pour le requérant, qui n'a pas facilement accès aux informations concernant les qualités professionnelles de ses collègues (dates d'embauche, classifications professionnelles, diplômes, etc.). De la lecture des arrêts rendus par les cours d'appel, il ressort que le salarié trouve, dans un certain nombre de situations, un renfort précieux pour la constitution d'un échantillon de comparaison.

Avant tout litige, certains accords collectifs d'entreprise portant sur le droit syndical prévoient la constitution de panels pour vérifier périodiquement l'égalité de traitement des représentants syndicaux[61]. De même, les salariés peuvent prendre appui sur des panels élaborés par l'inspecteur du travail avant que le différend ne donne lieu à une action en justice. Dans le cadre de ses attributions, et avec le renfort des pouvoirs d'investigation que lui donnent la loi[62], l'inspecteur du travail est en effet parfois amené à élaborer des échantillons de comparaison. Ces éléments peuvent être reprises à leurs comptes par des salariés dans le cadre d'actions en justice pour faire constater la discrimination dont ils s'estiment victime[63].

Une fois le litige né, le salarié peut trouver dans le juge un soutien précieux pour apporter la preuve qui lui incombe devant le conseil de prud'hommes. La juridiction est, en effet, habilitée à confier, par décision avant-dire-droit (art. R. 1454-1 C. trav.), à un ou deux conseillers-rapporteurs la mission de mettre l'affaire en l'état d'être jugée (art. L. 1454-1 C. trav.). Certains arrêt font ainsi référence à des échantillon de comparaison élaborés par les soins d'un conseiller-rapporteur désigné par le conseil de prud'hommes[64]. Le ou les conseillers-rapporteurs disposent à cette fin de pouvoirs d'instruction. Ainsi, en matière prud'homale, « le conseiller rapporteur peut entendre les parties. Il peut les inviter à fournir les explications nécessaires à la solution du litige. Il

---

61 CA Douai, 30 nov. 2010, RG n° 1930/10 : accord collectif du 27 septembre 2001 relatif à l'amélioration du dialogue social et son développement ; CA Lyon, 23 oct. 2009, RG n° 08/07288 : accord sur l'exercice du droit syndical et la prévention des discriminations des représentants du personnel ; CA Versailles, 7 oct. 2008, RG n° 07/04039 : avenant n°1 à l'accord cadre du 5 avril 2002 relatif au droit syndical.

62 Art. L. 8113-1 et s. C. trav., spéc. art. L. 8113-5 C. trav. : « Les inspecteurs et contrôleurs du travail peuvent se faire communiquer tout document ou tout élément d'information, quel qu'en soit le support, utile à la constatation de faits susceptibles de vérifier le respect de l'application : 1° Des dispositions des articles L. 1132-1 à L. 1132-4 du code du travail et de celles de l'article 225-2 du code pénal, relatives aux discriminations (...) ».

63 CA Toulouse, 31 oct. 2008, RG n° 07/05184 ; CA Paris, 19 oct. 2010, RG n° S 07/08643 ; CA Reims, 24 nov. 2010, RG n° 09/02996 ; CA Reims, 24 nov. 2010, RG n° 09/02998 ; CA Paris, 28 sept. 2010, RG n° S 09/08057 ; CA Paris, 28 sept. 2010, RG n° 09/08196 ; CA Paris, 28 sept. 2010, RG n° 09/08197.

64 CA Versailles, 8 sept. 2010, RG n° 09/00931 ; CA Pau, 11 sept. 2008, RG n° 07/01533.

peut les mettre en demeure de produire dans le délai qu'il détermine tous documents ou justifications propres à éclairer le conseil de prud'hommes » (art. R. 1454-3 C. trav.).

Le plus souvent, c'est toutefois vers la mesure d'instruction exécutée par un technicien que les juges d'appel se tournent. Parmi le corpus analysé, 11 décisions[65] montrent soit la désignation d'un expert judiciaire, soit l'analyse d'un rapport d'expert[66]. Lorsque les cours d'appel ordonnent des mesures d'expertise, l'intitulé de la mission renseigne sur les recherches qu'elles souhaitent voir mener. De manière remarquable, la formule retenue par la cour d'appel de Paris pour diligenter une expertise est la même que celle énoncée par l'article L. 3221-4 du Code du travail pour caractériser des travaux de valeur égale au sens du principe « à travail égal, salaire égal », et cela alors même que l'application de ce principe n'est pas en cause dans ces affaires : l'expert reçoit « pour mission d'établir la liste des salariés ayant effectué le même travail (...) ou un travail exigeant un ensemble comparable de connaissances professionnelles consacrées par un titre, un diplôme ou une pratique professionnelle, capacités découlant de l'expérience acquise, responsabilités et charge physique ou nerveuse »[67]. On décèle ainsi, d'une part, l'attraction du régime légal de l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes[68] et, d'autre part, l'attraction des définitions légales, lorsqu'elles existent.

Sans préjuger de l'action de la HALDE en amont du procès, on remarquera également qu'au vu des arrêts analysés – tous antérieurs au transfert des attributions de la HALDE au Défenseur des droits –, la HALDE ne semble jouer qu'un rôle mineur dans la constitution des échantillons de référence utilisés par les salariés devant les juridictions pour démontrer des discriminations, alors que la loi de 2004 lui en donnait la faculté[69]. Plusieurs des décisions analysées rejettent purement et simplement l'intervention de la HALDE, au motif qu'elle porterait atteinte aux droits de la défense[70]. La Cour de

---

65 CA Paris, 29 sept. 2009, RG n° S 08/00656 ; CA Paris, 20 nov. 2007, RG n° S 07/00337 ; CA Paris, 1er sept. 2009, RG n° S 08/02533 ; CA Paris, 1er sept. 2009, RG n° S 08/02535 ; CA Paris, 1er sept. 2009, RG n° S 08/02536 ; CA Paris, 1er sept. 2009, RG n° S 08/02537 ; CA Paris, 1er sept. 2009, RG n° S 08/02538 ; CA Paris, 1er sept. 2009, RG n° S 08/02539 ; CA Paris, 1er sept. 2009, RG n° S 08/02540 ; CA Toulouse, 30 oct. 2009, RG n° 06/04896 ; CA Aix-en-Provence, 8 sept. 2010, RG n° 08/13399.

66 Notons également l'occurrence d'une expertise privée : CA Basse Terre, 26 nov. 2007, RG n° 06/00822.

67 CA Paris, 20 nov. 2007, RG n° S 07/00337 ; CA Paris, 1er sept. 2009, RG n° S 08/02533 ; CA Paris, 1er sept. 2009, RG n° S 08/02535 ; CA Paris, 1er sept. 2009, RG n° S 08/02536 ; CA Paris, 1er sept. 2009, RG n° S 08/02537 ; CA Paris, 1er sept. 2009, RG n° S 08/02538 ; CA Paris, 1er sept. 2009, RG n° S 08/02539 ; CA Paris, 1er sept. 2009, RG n° S 08/02540. La même formulation est retenue par CA Aix-en-Provence, 8 sept. 2010, RG n° 08/13399. Comp. cependant CA Toulouse, 15 janv. 2010, RG n° 08/05546, qui confie à l'expert la mission de « procéder à la constitution d'un panel de comparaison comprenant des salariés placés dans une situation similaire à celle [du salarié], pour ce qui concerne leur date d'embauche et leur qualification lors de leur entrée dans [la société] ».

68 Sur ce mouvement, v. J. Porta, « Égalité, discrimination, égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de la non-discrimination », *RDT*, n° 5, 2011, spéc. pp. 293 et s.

69 V. notamment l'article 5 de la loi n° 2004-1486 du 30 déc. 2004 portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité. De même, selon les termes de l'article 7 du même texte, « la haute autorité assiste la victime de discrimination dans la constitution de son dossier (...) ».

70 Neuf décisions de la cour d'appel de Nîmes sont en ce sens : CA Nîmes, 13 oct. 2009, RG n° 08/03538 ; CA Nîmes, 13 oct. 2009, RG n° 08/03540 ; CA Nîmes, 13 oct. 2009, RG n° 08/03542 ; CA Nîmes, 13 oct. 2009, RG n° 08/03544 ; CA Nîmes, 13 oct. 2009, RG n° 08/03545 ; CA Nîmes, 13 oct. 2009, RG n° 08/03546 ; CA Nîmes, 13 oct. 2009, RG n° 08/03547 ; CA Nîmes, 13 oct. 2009, RG n° 08/03548 ; CA Nîmes, 13 oct. 2009, RG n° 08/03555.

cassation s'est depuis lors, il est vrai, opposée à cette interprétation[71]. Mais il reste que, dans les arrêts analysés, la saisine de la HALDE est au mieux signalée[72], sans que son intervention n'ait eu d'incidence évidente sur la preuve, à de rares exceptions près où une enquête menée par les services de la HALDE a été versée au dossier[73] ou des écritures et des observations à la barre ont été faites par la HALDE[74]. En tout état de cause, il n'apparaît jamais explicitement que la HALDE ait joué un rôle particulier dans la constitution du panel de comparaison.

Pour le reste, c'est au salarié qu'incombe le recollement des informations pertinentes à la constitution d'un panel de référence. La difficulté n'est pas mince pour le salarié tant il est vrai que nombre des informations utiles se trouvent entre les mains de l'employeur et ne lui sont pas aisément accessibles. Plusieurs arrêts montrent que les cours d'appel sont sensibles à cette difficulté et admettent parfois que le salarié a rapporté la preuve qui lui incombe lorsque l'employeur disposait d'informations qu'il a refusé de communiquer[75]. L'idée n'est pas que la carence de l'employeur le fait échouer à rapporter la preuve que l'article L. 1134-1 met à sa charge (à savoir prouver « des éléments objectifs étrangers à toute discrimination »), mais que cette carence conduit à considérer que le salarié a rapporté la preuve qui lui incombe, c'est-à-dire « des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte ». S'esquisse ici l'idée que le risque de la preuve pèse *in fine* sur la partie qui est la mieux à même de rapporter des éléments de preuve pertinents. Cette idée, présente explicitement dans certains droits étrangers de la preuve[76], suggère que si glissement il y a dans la charge de la preuve, c'est bien plutôt là qu'il faut le rechercher plutôt que dans les dispositions de l'article L. 1134-1 du Code du travail.

---

71 Cass. Soc. 2 juin 2010, Bull. civ. V, n° 124 ; *RDT* 2010, p. 457, obs. E. Serverin et T. Grumbach ; *JCP ed. Soc.* 2010, 1241, note G. Loiseau ; *Dr. Soc*. 2010, p. 992, note J. Mouly ; Cass. Soc. 16 nov. 2010, *JCP ed. Soc*. 2011, 1070, obs. Ph. Rozec et V. Manigot.

72 CA Reims, 8 oct. 2008, RG n° 07/00219 : « la saisine de la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations, ne saurait, à elle seule, faire préjuger de l'existence d'une discrimination » ; CA Paris, 28 oct. 2010, RG n° S 09/01358 ; CA Paris, 28 oct. 2010, RG n° S 09/05482 : « La HALDE, pour des raisons qui relèvent de son fonctionnement n'a pas été en mesure de conclure devant la cour » ; CA Versailles, 10 nov. 2010, RG n° 09/02290.

73 CA Paris, 4 sept. 2008, RG n° S 05/08241 : « Le collège de la Halde, après enquête diligentée par ses services, a adopté la délibération n°2007-316 du 26 novembre 2007, qu'elle a transmise à la Cour le 4 décembre 2007 ».

74 CA Paris, 4 sept. 2010, RG n° S 07/07628 ; CA Paris, 23 nov. 2010, RG n° S 09/01764.

75 CA Paris, 9 oct. 2007, RG n° S 06/01880 ; CA Versailles, 25 nov. 2008, RG n° 06/03460 ; CA Colmar, 14 sept. 2010, RG n° 09/03249 ; CA Paris, 27 sept. 2007, RG n° S 06/14036 ; CA Bastia, 18 nov. 2009, RG n° 08/00360 : « le DRH se borne dans la note ci-dessus à des généralités, alors qu'étant nécessairement en possession des dossiers du personnel, il a la possibilité d'apporter toute précision sur les diplômes et les parcours professionnels des salariés retenus en comparaison par Mme X ; Que, dès lors, il convient de dire que les éléments présentés par la salariée sont de nature à étayer sa demande ».

76 Par exemple, l'article 217 de la *Ley de enjuiciamiento civil* espagnole, consacré à la charge de la preuve, après avoir énoncé classiquement la règle *actori incumbit probatio*, précise dans un septième alinéa que « pour l'application des dispositions des alinéas précédents de cet article, le tribunal devra prendre en compte la disponibilité et la facilité de chaque partie au litige à rapporter la preuve ». Dans une perspective proche, à propos du droit français, v. D. Jacotot, « Effectivité des règles de droit, aptitude à la preuve : vers une nouvelle attribution de la charge de la preuve », in E. Dockès (dir.), *Au cœur des combats juridiques*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2007, p. 277.

Une fois établi le panel de salariés au regard duquel comparer la situation du requérant, reste à savoir si la situation de ce dernier est bel et bien différente, ce qui laisserait supposer qu'il existe, ainsi que l'énonce l'article L. 1134-1 C. trav., « des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte ».

B- L'existence d'une différence de traitement « suffisante »

Les cours d'appel ne doivent pas seulement prendre une décision relative à la preuve de l'*existence* d'une différence de traitement ; elle doivent aussi considérer que cette différence est *suffisante* pour caractériser une discrimination. Quel degré d'écart entre la situation du requérant et celle des salariés inclus dans l'échantillon de référence caractérise « des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination » ?

Poser cette question revient à s'interroger sur un éventuel standard de preuve en droit français. À cet égard, le droit des États-Unis détermine le degré de conviction qui doit être franchi par le juge pour pouvoir valablement décider qu'un fait est prouvé. En s'en remettant à la libre appréciation du juge (ou à son « intime conviction »), le droit français n'établit pas de standard de preuve. Par conséquent, les juges ne trouvent pas d'indication dans la loi leur dictant d'atteindre un certain degré de conviction de l'existence d'une discrimination. Il en résulte, logiquement, que les décisions des juges d'appel n'explicitent pas particulièrement leurs raisonnements à ce sujet. Les cours se bornent à indiquer que le salarié a fourni (ou n'a pas fourni) des éléments « suffisants » pour établir qu'il existe « des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination ». La cour d'appel de Nancy indique, par exemple : « L'ensemble de ces pièces fait en conséquence suffisamment présumer l'existence de faits de discrimination en rapport avec les activités syndicales du salarié »[77]. Il en va de même, du reste, lorsqu'il s'agit de savoir si l'employeur a présenté « des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ». Ainsi, la cour d'appel de Toulouse énonce, sans s'en expliquer plus avant, que « l'employeur n'avait pas suffisamment établi en l'état que ses décisions concernant le salarié étaient justifiées par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination »[78].

À y regarder de plus près, et sans surprise, les cours d'appel sont aisément convaincues de l'existence d'une discrimination lorsque le salarié requérant est manifestement plus mal traité que tous les autres salariés appartenant à l'échantillon de comparaison. Ainsi, en est-il d'un salarié dont une cour d'appel constate que, « au vu des éléments produits, il apparaît [que le salarié] est effectivement celui qui est le plus mal rémunéré à ancienneté et coefficient d'embauche égal, celui qui a la plus basse qualification à ancienneté et coefficient d'embauche égal et a le coefficient le moins élevé »[79] ou encore que « tous les salariés du panel sont devenus agent de maîtrise avec une ancienneté nettement plus faible que celle [du requérant] (…) »[80].

---

77 CA Nancy, 4 sept. 2009, RG n° 06/00848. Voir également : CA Douai, 30 nov. 2010, RG n° 10/00847 : « Il résulte suffisamment de tout ce qui précède que [le salarié] a présenté des éléments de fait suffisamment étayés pour laisser supposer l'existence d'une discrimination en raison de son activité syndicale pour la période de 1983 à 2005 ».

78 CA Toulouse, 30 oct. 2009, RG n° 06/04896.

79 CA Toulouse, 19 nov. 2010, RG n° 09/03740.

80 CA Douai, 30 nov. 2010, RG n° 1930/10.

La situation est plus incertaine lorsque le salarié est certes moins bien traité que des salariés du panel mais est mieux traité que d'autres. Certaines cours d'appel en déduisent que la discrimination n'est pas établie, quand d'autres voient dans le fait pour le salarié de se trouver sous la moyenne de l'échantillon un signe établissant suffisamment la discrimination. Ainsi, dans un arrêt du 7 octobre 2008, la cour d'appel de Versailles calcule la moyenne et la médiane des salaires dans l'échantillon de référence (composé de 104 salariés) pour constater que le salaire du requérant se situait sous l'une et l'autre et en déduire finalement que « ces éléments de fait laissent (...) présumer l'existence d'une discrimination salariale tenant aux fonctions syndicales du salarié »[81]. Ou encore, dans un arrêt du 4 septembre 2009, la cour d'appel de Nancy relève que « [le salarié requérant] figure comme celui percevant un salaire inférieur à la moyenne de l'ensemble de ces salariés embauchés sur la même période sur la base d'un coefficient de base 145, son salaire de base de 1 213,65 euros se classant en quatrième position la moins rémunérée, seuls trois salariés étant situés après lui »[82], la moyenne des rémunérations étant ici calculée sur un panel de 11 salariés. Inversement, la discrimination n'est pas établie lorsque la situation de la salariée est jugée « dans la moyenne »[83].

Il est difficile, en définitive, à la lumière des premiers résultats de nos investigations, de déceler des régularités concernant les degrés d'écart propres à caractériser une discrimination, et ce alors même que cette question a suscité ailleurs d'importants débats[84]. Les missions d'expertise ordonnées par les cours d'appel ne renseignent guère plus sur ce point : l'expert est requis, non seulement de constituer un échantillon de référence, mais aussi d'« établir une courbe de l'évolution et des augmentations du salaire de base de chacun de ces salariés, une courbe de la moyenne, et la courbe concernant le salarié en cause » et de « comparer l'évolution de ces courbes en mentionnant toutes circonstances particulières utiles (...) » et enfin de « comparer l'évolution de la courbe du salarié en cause avec celles des autres salariés considérés »[85]. La démarche de comparaison est explicite, le degré d'écart attendu ne l'est pas. Mais, il est plus probable encore qu'une telle quête soit vouée à l'échec, tant les situations procédurales varient, tout comme les modes de preuve employés. Ce qui compte est moins le recours à une arithmétique de la preuve que de convaincre le juge, au moyen d'un faisceau d'éléments, parmi lesquels l'existence d'un écart n'occupe pas une place exclusive.

---

81 CA Versailles, 7 oct. 2008, RG n° 07/04039.

82 CA Nancy, 4 sept. 2009, RG n° 06/00848.

83 CA Orléans, 18 sept. 2008, RG n° 07/03256 : « [la salariée requérante] se situe dans la moyenne de son coefficient ». V. aussi CA Reims, 8 oct. 2008, RG n° 07/00219.

84 Aux États-Unis, la Commission pour l'égalité des opportunités d'emploi (*US Equal Employment Opportunities Commission*) retient dans ses lignes directrices un seuil de 80 % : la discrimination est établie lorsque le taux de succès d'un groupe pour remplir une condition est inférieur à 80 % du taux de succès d'un autre groupe (sur ce point, v. S. E. Fienberg (ed.), *The Evolving Role of Statistical Assessments as Evidence in the Courts*, *op. cit.*, spéc. p. 91).

85 CA Paris, 1er sept. 2009, RG n° S 08/02535 ; CA Paris, 1er sept. 2009, RG n° S 08/02536 ; CA Paris, 1er sept. 2009, RG n° S 08/02537 ; CA Paris, 1er sept. 2009, RG n° S 08/02538 ; CA Paris, 1er sept. 2009, RG n° S 08/02539 ; CA Paris, 1er sept. 2009, RG n° S 08/02540.