
Le dispositif propre à la charge de la preuve, frein ou outil de lutte contre les discriminations ?

Anne Danis-Fatôme



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/2051>

DOI : [10.4000/revdh.2051](https://doi.org/10.4000/revdh.2051)

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Anne Danis-Fatôme, « Le dispositif propre à la charge de la preuve, frein ou outil de lutte contre les discriminations ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 9 | 2016, mis en ligne le 04 mars 2016, consulté le 09 octobre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/2051> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.2051>

Ce document a été généré automatiquement le 9 octobre 2020.

Tous droits réservés

Le dispositif propre à la charge de la preuve, frein ou outil de lutte contre les discriminations ?¹

Anne Danis-Fatôme

- 1 « *Point noir* »², « *question la plus sensible* »³, question qui « *suscite d'énormes difficultés* »⁴, « *obstacle majeur* »⁵ c'est ainsi que plusieurs magistrats et plusieurs universitaires ont qualifié récemment la question de la preuve de la discrimination. Il s'agit d'une question classique car on sait que la preuve est, suivant la définition retenue par Domat, dans son ouvrage intitulé *Les lois civiles dans leur ordre naturel*⁶, « ce qui persuade l'esprit d'une vérité », mais on sait aussi qu'en réalité dans le langage juridique le mot preuve a plusieurs sens. La preuve est le moyen qu'une partie à l'instance met en œuvre pour soutenir sa prétention, la preuve est ici un *moyen* ; Mais elle est aussi un *résultat*, celui auquel on arrive lorsque le juge décide qu'un fait a été prouvé⁷. L'adage suivant lequel « ne pas être ou ne pas être prouvé, c'est la même chose »⁸ souligne cette importance
- 2 Quant à la notion de discrimination, on peut se référer à la définition légale qui en est donnée en droit français tant dans sa forme directe qu'indirecte⁹ sans qu'il soit besoin ici d'y revenir.
- 3 La preuve de la discrimination est évidemment un passage obligé pour sanctionner la discrimination. Le lien entre preuve et sanction prend, ceci dit, ici une autre dimension si l'on accepte, comme le fait Mme le Pr. M. Fabre-Magnan, de se demander si « *l'apparente sévérité de la prohibition des discriminations n'est pas proportionnée à la difficulté concrète d'en rapporter la preuve* »¹⁰.
- 4 Outre sa dimension classique, la question de la preuve de la discrimination est une question ardue car malgré la prise en compte du déséquilibre entre auteur et victime de discrimination qui a conduit à améliorer progressivement le sort des victimes, en allégeant le fardeau de la preuve et en admettant un spectre plus large de modes de preuve, la situation actuelle reste insatisfaisante.

- 5 Les associations de défense de victimes de discrimination témoignent du fait que la victime a bien du mal à faire la preuve¹¹ et la pénurie de contentieux dans les domaines du logement, de l'assurance ou encore de la banque l'atteste¹².
- 6 Prenons donc aujourd'hui le temps d'un bilan en nous interrogeant sur la question de savoir si le dispositif de preuve est un frein ou un outil de lutte contre les discriminations. Les éléments de réponse apportés à cette interrogation seront traversés par un double mouvement suivant que le contentieux est porté devant le juge pénal ou devant le juge civil. L'allègement du fardeau de la preuve dont bénéficient les victimes de discrimination ne joue, en effet, que devant le juge civil, en revanche une plus large admissibilité des modes de preuve prévaut au pénal¹³.
- 7 Aborder la question de la charge de la preuve en matière de discrimination sous l'angle des freins peut sembler paradoxal. On sait, en effet, que cette question a été marquée par une évolution qui a, au contraire, conduit le juge européen¹⁴ puis le législateur européen¹⁵, le juge français¹⁶ et, enfin, le législateur français¹⁷ à alléger le fardeau qui pèse sur la victime d'une discrimination. Cette avancée est d'ailleurs couramment présentée comme un des trois moyens mis en place pour « faciliter la mobilisation du droit par les victimes » avec la possibilité pour les syndicats et les associations d'agir en justice¹⁸ et la création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations (HALDE), intégrée au Défenseur des droits (DDD), qui leur offre une assistance.¹⁹ Et il faut souligner que l'allègement de la charge de la preuve, opéré depuis la fin des années 1990, a d'emblée été relié par les directives européennes à la question de l'effectivité de la lutte contre la discrimination, ce qui la place au cœur de notre étude²⁰.
- 8 Ce mécanisme d'allègement constitue une dérogation à la règle générale suivant laquelle la charge de la preuve incombe au demandeur, exprimée par l'adage latin *actori incumbit probatio* et contenue à l'article 1315 du Code civil²¹. Sans aller jusqu'à prévoir un véritable renversement de la charge de la preuve, ce procédé ne met à la charge du demandeur²² - celui qui invoque la discrimination et non celui qui introduit l'instance - que le simple établissement de faits de nature à laisser supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte et, « au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que la mesure en cause est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination »²³. Le dispositif de preuve en matière de discrimination comporte donc deux étapes²⁴, une qui repose sur la victime et l'autre sur l'auteur de la discrimination.
- 9 Concrètement la preuve qui pèse sur la victime d'une discrimination a en elle-même deux objets²⁵. Premier objet : prouver qu'elle est moins bien traitée que des personnes qui se trouvent dans une situation comparable²⁶. Il y a beaucoup à dire sur cette comparabilité²⁷ : Est-elle toujours exigée ?²⁸ Est-elle appréciée *in concreto* par rapport à des personnes placées dans la même situation et traitées différemment ou *in abstracto* ?²⁹ Ce sont alors les éléments objectifs des compétences³⁰ ou de la « qualité » du travail accompli³¹ (l'appréciation deviendrait alors nécessairement subjective³²) ou de l'importance du poste pris en charge, par exemple, lorsqu'il s'agit d'un salarié, qui sont prises en compte...³³ ? Mais ces questions nous conduiraient trop loin de notre objet d'étude. Le second objet du fardeau de la preuve qui pèse sur la victime vise à établir que cette différence de traitement est assez significative pour laisser supposer l'existence d'une discrimination
- 10 Si la victime de la discrimination parvient à franchir ces deux obstacles, le risque de la preuve pèsera sur l'auteur de la discrimination supposée³⁴ qui devra alors apporter des

éléments objectifs de nature à justifier la différence alléguée³⁵ (là encore on voit mal ici comment l'appréciation du juge pourrait rester toujours objective³⁶).

- 11 Il est donc paradoxal, voire contradictoire, de présenter la question de la charge de la discrimination comme l'un des freins à la lutte contre les discriminations. C'est en effet une avancée, une faveur pour la victime, un allègement du fardeau de la preuve que nous envisageons de ranger parmi les freins. Mais cela se justifie par le fait que la preuve continue à constituer un frein à la lutte contre la discrimination. Pourquoi ? Car si l'avancée réalisée semble à première vue presque complète (I), elle soulève cependant en réalité des incertitudes (II).

I. Une avancée probatoire d'application large

- 12 Concernant le domaine de la règle, l'allègement du fardeau de la preuve ne joue pas devant le juge pénal et mais elle joue presque entièrement devant le juge civil.
- 13 Si cette règle ne joue pas en matière pénale, c'est en vertu du nécessaire respect de la présomption d'innocence, inscrite dans le Code de procédure pénale. La chambre criminelle a ainsi pris le soin de rappeler que les textes relatifs à la discrimination n'instituent « aucune dérogation à la charge de la preuve en matière pénale, laquelle incombe à la partie poursuivante en vertu de l'article préliminaire du Code de procédure pénale et de l'article 6 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme relatifs à la présomption d'innocence » et que « dès lors il appartient à la juridiction de jugement de rechercher l'existence d'une relation de causalité entre les mesures jugées discriminatoires et l'appartenance ou l'activité syndicale de la partie poursuivante »³⁷.
- 14 En matière administrative, une réserve avait été initialement prévue par les directives suivant laquelle « les États membres peuvent ne pas appliquer » la règle d'aménagement de la charge de la preuve « aux procédures dans lesquelles l'instruction des faits incombe à la juridiction ou à l'instance compétente »³⁸. Elle aurait pu permettre d'exclure le contentieux administratif³⁹, mais le législateur français en 2008⁴⁰ n'a exclu du champ d'application de cette règle que le contentieux pénal. Le juge administratif n'avait d'ailleurs pas attendu la loi de 2008 pour retenir un régime prétorien d'aménagement de la charge de la preuve dans son célèbre arrêt *Mme Perreux*⁴¹.
- 15 En matière civile, ce sont progressivement tous les domaines qui ont été gagnés par la règle de l'aménagement du fardeau de la preuve. Ainsi, après les relations de travail⁴² (sur le terrain de la discrimination et sur celui, voisin, de l'atteinte au principe à travail égal, salaire égal⁴³) et les relations bailleur-locataire dans le bail d'habitation⁴⁴, c'est plus généralement l'accès aux biens et aux services qui se sont vu appliquer cette règle⁴⁵.
- 16 Le domaine de l'allègement du fardeau de la preuve a donc été progressivement étendu. Mais le Défenseur des droits a pu souhaiter dans un avis en 2013⁴⁶, que cet aménagement de la charge de la preuve soit intégré dans le Code de la santé publique en cas de refus de soins illégitime⁴⁷. Actuellement cet allègement n'est pas appliqué devant la juridiction ordinaire⁴⁸ ou devant les organismes de sécurité sociale⁴⁹, lorsqu'un médecin est poursuivi pour refus de soins discriminatoire à l'encontre des bénéficiaires de la couverture maladie universelle notamment (CMU)⁵⁰. Pourtant l'article L. 1110-3 du

Code de la santé publique proclame « qu'aucune personne ne peut faire l'objet de discriminations dans l'accès à la prévention ou aux soins ». De quelle effectivité ce texte peut-il être doté si aucun allègement de la charge de la preuve n'est appliqué au profit du patient discriminé ?⁵¹

- 17 La loi Hôpital, patients, santé, territoires (HPST) n°2009-879 du 21 juillet 2009 a constitué une occasion manquée de faire progresser le droit sur ce point⁵², les amendements proposés en ce sens par les associations de défense des malades ayant été rejetés⁵³. La prestation médicale devrait-elle ainsi être laissée à part de l'évolution accomplie pour protéger les victimes de discrimination ? A-t-elle une nature particulière qui l'empêcherait d'être qualifiée de prestation de service ? Il me semble que non car, sous l'angle des qualifications civilistes, le médecin est lié contractuellement avec son patient par un contrat d'entreprise⁵⁴, et ceci malgré la nature légale de la responsabilité mise en place par la loi Kouchner de 2002⁵⁵. Reste à savoir si le nouveau motif possible de discrimination tenant à la « particulière vulnérabilité » résultant de la « situation économique », inscrit dans la proposition de loi adoptée par le Sénat le 18 juin 2015⁵⁶, pourra faire évoluer cette question, si elle est adoptée par l'Assemblée nationale⁵⁷. Les patients qui bénéficient de la CMU pourront, en effet, entrer dans cette catégorie de personnes vulnérables visées par le texte.
- 18 Enfin, la Cour européenne des droits de l'homme est longtemps restée à la traîne affichant une certaine frilosité au regard du régime probatoire de la discrimination⁵⁸. Elle s'est même fait taxer d'être le « *dernier de la classe* »⁵⁹ car elle exigeait une « *preuve au-delà de tout doute raisonnable* »⁶⁰. Cela revenait à exiger une preuve établie au moyen « *d'un faisceau d'indices ou de présomptions non réfutées, suffisamment graves, précis et concordants* »⁶¹. Cette règle ayant été dénoncée comme étant sévère pour les victimes⁶², la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a progressivement évolué⁶³. Mais il a fallu attendre l'année 2007 pour qu'elle adopte le dispositif construit par le droit de l'Union européenne⁶⁴.
- 19 En revanche, les autorités administratives indépendantes - la HALDE auparavant, le DDD aujourd'hui - ont toujours appliqué, lors des procédures qui les conduisent à prendre une délibération, la règle de l'allègement du fardeau de preuve⁶⁵.
- 20 L'évolution nécessaire a donc presque totalement été accomplie. Reste en suspens la question de savoir si cet allègement pourrait être étendu à la juridiction pénale tant la présomption d'innocence est un principe fondamental. Si certains auteurs prônent une telle solution, elle serait trop éloignée des règles essentielles de notre procédure pénale⁶⁶. Mais les freins liés à la charge de la preuve viennent aussi de l'incertitude qui entoure la nature de la règle et de celle du contrôle qu'exerce ici la Cour de cassation.

II. Des incertitudes entourant la question probatoire

- 21 Des incertitudes entourent la nature de cette règle qui allège le fardeau de la preuve de la discrimination pour la victime et la forme que prend le contrôle exercé ici par la Cour de cassation.
- 22 Alors que les textes qui allègent le fardeau de la preuve n'utilisent pas ce terme, de nombreux auteurs présentent cette règle comme étant une « *présomption* »⁶⁷. Ces auteurs ne précisent pas toujours, d'ailleurs, s'il s'agit d'une présomption qui déplace la charge de la preuve⁶⁸ ou qui déplace l'objet de la preuve.

- 23 On peut écarter d'emblée la seconde branche de l'alternative car la règle probatoire propre au droit de la discrimination ne déplace pas l'objet de la preuve : la victime doit prouver des éléments laissant présumer une discrimination et ce n'est pas un autre objet de preuve qui pèse sur elle. Une présomption qui opère un déplacement de l'objet de la preuve permet, par exemple, à celui se prévaut de la propriété d'un bien de prouver qu'il en est le possesseur. L'objet de la preuve se déplace de la propriété à la possession⁶⁹. De même, en droit de la famille, la présomption de paternité a pour conséquence un déplacement de l'objet de la preuve : la paternité du mari n'a pas à être prouvée, il suffit de prouver que l'enfant soit né pendant le mariage⁷⁰.
- 24 Ce type de présomptions diffère de celle qui déplace la charge de la preuve⁷¹. Fait partie de cette catégorie la présomption de bonne foi posée par l'art. 2274 du Code civil qui oblige celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver même si son adversaire se prévaut de sa bonne foi⁷². Ce n'est donc pas non plus une présomption qui déplace la charge de la preuve⁷³ qui est au cœur du dispositif ici étudié⁷⁴, et ceci nonobstant les textes et les décisions de l'Union européenne qui emploient cette expression⁷⁵, puisque qu'elle ne renvoie pas nécessairement au mécanisme technique de la présomption du droit français.
- 25 L'expression « présomption » semble en revanche plus adaptée pour décrire les conséquences qui naissent du fait que la discrimination résulte d'un texte adopté dans l'entreprise. Dans ce cas, en effet, le juge français demande alors directement à l'auteur de la discrimination quels sont les éléments de nature à justifier objectivement un tel comportement⁷⁶. Le juge français renverse donc ici la charge de la preuve au profit de celui qui se prévaut d'une discrimination. Mais ce n'est pas ce qu'il fait en l'absence de toute démarche ostensiblement discriminatoire.
- 26 Une manière plus claire de présenter le dispositif relatif à la charge de la preuve en matière de discrimination est donc de viser un « aménagement »⁷⁷ ou un « allègement »⁷⁸ de la charge de la preuve en employant l'expression de « partage »⁷⁹ ou de « répartition » de la charge de la preuve entre les parties⁸⁰. Ou encore de noter, à juste titre, que la victime d'une discrimination ne voit peser sur elle que la charge ou de la « vraisemblance »⁸¹. Cet allègement a aussi conduit certains auteurs à affirmer que seule « la charge de l'allégation » pesait sur la victime de la discrimination⁸², la charge de la preuve incombant à son auteur. Cette présentation semble discutable puisque le fardeau qui pèse encore aujourd'hui sur les épaules de la victime est plus qu'une simple allégation, celle-ci devant, en effet, prouver « une partie de l'histoire » : les faits qui laissent supposer l'existence d'une discrimination. Parler de partage de la charge de la preuve semble donc préférable.
- 27 Quelles sont les raisons qui président à cet allègement du fardeau de la preuve ? On le voit clairement dans le champ de l'emploi où l'employeur est plus à même de faire preuve que le salarié, notamment parce qu'il dispose de documents produits par l'entreprise⁸³. Or, il est pertinent de faire « peser le fardeau probatoire sur celui qui paraît le plus apte à apporter les preuves »⁸⁴. On parle d'« aptitude à la preuve »⁸⁵ ou d'« inaptitude probatoire »⁸⁶. Il s'agit alors de protéger celui qui sera confronté à une difficulté pour faire preuve⁸⁷ au point que le Procureur Jean-François Burgelin a décrit ce phénomène comme participant de « l'émergence d'un droit compassionnel qui met à mal le système traditionnel de la charge de la preuve »⁸⁸.
- 28 Ceci nous paraît inexact. Et si ce partage de la charge de la preuve a pu paraître à certains auteurs et plaideurs comme déséquilibré, à la question de savoir si cette règle

ne violait pas le principe d'égalité des armes, il a été répondu par la négative. La Cour de cassation a rejeté cette allégation en jugeant qu'« eu égard à la nécessité de protéger les droits fondamentaux de la personne concernée, l'aménagement légal des règles de preuve prévues par l'art. L. 1134-1 du Code du travail ne viole pas le principe de l'égalité des armes »⁸⁹.

- 29 Il n'y a donc pas violation de l'égalité des armes. La solution de la Cour de cassation est très claire. En revanche, à la lecture des décisions rendues dans le domaine de la discrimination, est beaucoup moins claire la question de savoir si la Cour de cassation exerce ou non un contrôle sur les éléments allégués par la victime de la discrimination. Certes, il est certain que la Cour de cassation contrôle que les juges du fond ont bien fait jouer la règle de l'allègement du fardeau de la preuve et, si ceux-ci imposent à la victime plus que la « simple » - pas si simple⁹⁰- preuve de faits de nature à laisser présumer une discrimination, ils seront censurés⁹¹. Mais cet aspect du contrôle de la Cour de cassation n'épuise pas la question distincte de savoir si les juges du fond sont souverains pour apprécier que de tels faits sont « de nature à laisser présumer une discrimination ». Il est difficile de répondre à cette question car, à lire de près les solutions, on trouve des décisions dans les deux sens : certaines sont en faveur d'un contrôle⁹² et d'autres reconnaissent au contraire un pouvoir souverain aux juges du fond⁹³.
- 30 Évidemment, on pourrait affirmer que cette question doit être réglée simplement par l'affirmation que les juges du fond apprécient souverainement les éléments de preuve qui leur sont soumis⁹⁴. Ainsi, l'existence d'un fait, celui de la discrimination, est prouvé par tous moyens et les preuves fournies par les parties, dès lors qu'elles sont légalement autorisées, sont appréciées souverainement⁹⁵. Mais on sait que cette assertion doit être nuancée à chaque fois que le législateur est intervenu pour encadrer l'administration de la preuve. Or, c'est le cas en matière de discrimination. Pour illustrer ce propos, il peut être utile de faire un détour par un autre domaine que celui de la discrimination. En droit de la famille, la Cour de cassation exerce un contrôle sur la notion de possession d'état. Or, cette notion consistant à traiter un enfant comme étant le sien, permet de prouver la filiation⁹⁶. La possession d'état « s'établit par une réunion suffisante de faits ». Suivant l'article 311-1 du Code civil « la possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui révèlent le lien de filiation et de parenté entre une personne et la famille à laquelle elle est dite appartenir ». Et la Cour de cassation contrôle si les éléments réunis étaient suffisants pour caractériser la possession d'état⁹⁷. Ce sont les conséquences que les juges du fond tirent des faits appréciés souverainement que la Cour de cassation contrôle⁹⁸. La notion de possession est une notion de droit, la notion de discrimination l'est tout autant.
- 31 Cette coexistence entre éléments de fait constatés souverainement par les juges du fond et raisonnement juridique utilisé pour caractériser la discrimination contrôlé par la Cour de cassation explique que celle-ci affirme, dans son rapport annuel de 2008 consacré aux discriminations, que dans ce contentieux de la discrimination, il y a une « part extrêmement importante de l'appréciation souveraine des juges du fond », tout en vérifiant que « que les juges du fond ont bien appliqué les règles de preuve et de fond dégagées en matière de droit à la discrimination »⁹⁹. Ces deux affirmations s'expliquent par comparaison avec le contrôle exercé par la Cour de cassation dans d'autres domaines, comme celui du droit de la famille avec l'exemple développé de la possession d'état ou encore en responsabilité civile où la notion de faute, on le sait, fait l'objet d'un contrôle¹⁰⁰.

- 32 Il semble souhaitable que les éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination, comme les motifs avancés par l'auteur de la discrimination pour prouver que la différence de traitement alléguée est justifiée par des éléments objectifs, fassent l'objet d'un contrôle.
- 33 Pourtant concernant la justification de la différence de traitement, les juges du fond paraissent aujourd'hui être souverains pour apprécier « *concrètement la réalité et la pertinence* » de la justification de la distinction¹⁰¹. Alors que, comme l'a affirmé à nouveau la Cour de cassation dans ce même rapport annuel en 2008, « *le caractère objectif de la raison admissible détermine la possibilité d'une vérification par le juge* »¹⁰². Oui mais quel juge ? Le juge du fond ou le juge du droit ?
- 34 Pour notre part, nous voulons plaider pour un contrôle des motifs avancés pour justifier la différenciation pratiquée, en tout cas lorsque l'auteur de la discrimination est un professionnel. Un tel contrôle pourrait amener progressivement les opérateurs économiques à changer leurs pratiques, en particulier en motivant davantage leur décision¹⁰³. Ainsi, à l'époque où existait encore le Groupe d'étude et de lutte contre les discriminations (GELD), celui-ci avait formulé la proposition de mettre en place des dispositifs de documentation concernant les procédures de sélection des candidats à l'embauche, au logement et au crédit¹⁰⁴. Ce souhait est aussi formulé par certains spécialistes du secteur de l'assurance de voir les assureurs motiver leur décision de refus d'assurer¹⁰⁵. C'est dire que si la question de la charge de la preuve en matière de discrimination est certes marquée par une évolution positive en faveur des victimes, il reste encore un chemin à accomplir en ce sens. Ce constat n'a pas échappé aux spécialistes de la matière. Ainsi, Mme Marie Thérèse Lanquetin a pu affirmer « *qu'on aurait tort de penser que ces textes [qui allègent la charge de la preuve] suppriment pour la victime toute difficulté de preuve de la discrimination. Une charge de preuve encore très lourde pèse sur elle. Il lui faudra présenter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination. Vu l'opacité du phénomène discriminatoire, cette charge pourrait très bien se révéler être un seuil inaccessible si l'accès aux preuves ne lui est pas facilité* »¹⁰⁶. Dans le même sens, un auteur, concluant de manière critique son intervention par la maxime suivant laquelle le « *mieux est parfois l'ennemi du bien* », a pu récemment inviter les salariés victimes de discrimination à renoncer à invoquer cette règle allégeant le fardeau de la preuve pour apporter directement « *des éléments de nature à emporter la conviction du juge (...) et profiter de la règle suivant laquelle le doute profite au salarié* »¹⁰⁷.
- 35 Le fardeau qui pèse sur les épaules des victimes de discrimination reste donc lourd et demeure incontestablement un frein. On peut souhaiter qu'à l'avenir le mouvement visant à alléger le fardeau de la preuve des victimes de discrimination soit poursuivi. Ainsi, il pourrait être ajouté un alinéa aux textes qui prévoient la répartition du fardeau de la preuve en la matière, précisant que « *le doute profite à la victime de discrimination* ». Le droit du licenciement¹⁰⁸ comme celui de la responsabilité civile en cas de contamination par le virus de l'hépatite C seraient ainsi rejoints par le droit de la discrimination¹⁰⁹. Il faut donc souhaiter de nouvelles évolutions pour protéger davantage les victimes de discrimination.
- 36 Il le faut car cette question est déterminante, la doctrine ayant montré que la charge probatoire est un « *instrument de régulation de l'accès au juge* »¹¹⁰. Une charge de la preuve allégée facilitera donc l'accès au juge.

NOTES

1. La forme orale de cette intervention a été conservée.
2. Tulkens (F.), « Les discriminations devant le juge : quel bilan ? », Table ronde présidée par Lyon-Caen (A.), Colloque « Dix ans de droit de la non-discrimination », 5 octobre 2015, Cour de cassation.
3. Frouin (J. -Y.), « Les discriminations devant le juge : quel bilan ? », Table ronde présidée par Lyon-Caen (A.), Colloque « Dix ans de droit de la non-discrimination », 5 octobre 2015, Cour de cassation.
4. Pauliat (H.), « La discrimination dans la vie publique-Rapport français », Ass. Capitant, La discrimination, Travaux de l'association H. Capitant, 2001, Journées franco-belge, tome LI, 2001, p. 835 et s., spéc. p. 860 ; v. aussi : Mazeaud (A.), « La discrimination dans la vie du travail », Rapport français, in Ass. Capitant, La discrimination, Travaux de l'association H. Capitant, 2001, Journées franco-belge, tome LI, 2001p. 351 et s., spéc. p. 361 ; Pettiti (C.), « L'avocat face au droit européen à la non-discrimination : sa place et quelques outils pour l'expérience professionnelle », in Sudre (F.) et Surrel (H.), dir., *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Droit & Justice, Bruylant 2008, p. 429 et s., spéc. p. 435.
5. *Prouver la discrimination, La mise en œuvre dynamique de la législation de l'UE sur l'anti-discrimination : le rôle des organismes spécialisés, Rapport de la première réunion d'experts, 14-15 janvier 2003, Centre belge pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme*, p. 39 ; v. aussi Marie (Cl. -V.), « Enjeux actuels de la lutte contre les discriminations en France », in *Lutter contre les discriminations*, dir. Borillo (D.), La Découverte, 2003, p. 125 et s., spéc. p. 132 ; Linden (A.), « La prévention des D et les limites de la casuistique », in *HALDE : Actions, limites et enjeux*, dir. Borillo (D.), La documentation française 2007, p. 69 et s., spéc. p. 70 et 71 ; Belloir (Ph.), « Les difficultés de preuve des motifs discriminatoires », GP 8-11 mai 2013, n°128 à 131, p. 2027 .
6. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Luxembourg, M.DCC.II, tome I, Livre III, Titre VI, p. 260.
7. Vergès (E.), Vial (G.) et Leclerc (O.), *Droit de la preuve*, Thémis droit, PUF 2015, n°3. Un troisième sens est habituellement donné au mot « preuve » : celui d'opération par laquelle on convainc le juge (v. Lagarde (X.), *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, LGDJ 1994, n°48).
8. *Idem est non esse et non probari* Roland (H.) et Boyer (L.), *Adages du droit français*, Litec 1999, n°161.
9. Suivant l'article 1^{er} 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 la discrimination : « Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, sa religion, ses convictions, son âge, son handicap, son orientation sexuelle ou son sexe, 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. Constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés ».
10. Fabre-Magnan (M.), « Totems et tabous en matière de discrimination », RDC 2010 p. 1433 et s., spéc. p. 1435.
11. V. Lanquetin (M. -Th.), dir., *Le recours au droit dans la lutte contre les D : la question de la preuve*, Travaux du Groupe d'étude et de lutte contre les Discriminations, GELD, octobre 2000, n°2, p. 25.

12. La faiblesse du contentieux relatif à la discrimination a aussi été souligné en droit du travail (Mazeaud (A.), « La discrimination dans la vie du travail », Rapport français, in Ass. Capitant, La discrimination, Travaux de l'association H. Capitant, 2001, Journées franco-belge, tome LI, 2001p. 351 et s., spéc. p. 353 ; Berthou (K.), « 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 », Revue de droit du travail, n° 11, novembre 2010, pp. 635-641) et dans tous les domaines où la discrimination est en jeu (Marie (Cl. -V.), « Enjeux actuels de la lutte contre les discriminations en France », in *Lutter contre les discriminations*, dir. Borillo (D.), La Découverte, 2003, p. 125 et s., spéc. p. 132 ; Ferré (N.), « La construction juridique des discriminations : l'exemple de l'égalité homme/femme », Presses de Sciences Po (PFNSP), Revue Sociétés contemporaines, n°53, 2004, p. 33 et s., spéc. p. 50 ; Pettiti (C.), « L'avocat face au droit européen à la non-discrimination : sa place et quelques outils pour l'expérience professionnel », préc. p. 429 ; v. aussi Rapport devant l'Assemblée nationale de Ph. Vuilque, fait au nom de la Commission des affaires culturelles familiales et sociales sur la proposition de loi n°2566 de M. Jean Le Garrec relative à la lutte contre les discriminations, spéc. p. 8).
13. Le principe qui prévaut en procédure pénale est celui de la liberté de la preuve : art. 427 du Code de procédure pénale. En outre, si le juge civil écarte certaines preuves en s'appuyant sur le principe de la « loyauté de la preuve », ce n'est pas le cas du juge pénal (v. Ract-Madoux (M.), « La loyauté de la preuve en matière pénale : la liberté des preuves », in *Dossier spécial, La loyauté de la preuve en matière civile, commerciale, pénale et administrative*, Actes du colloque organisé le 15 octobre 2015, par le Tribunal de grande instance de Paris, *Procédures*, décembre 2015, pp. 7 et s., spéc. pp. 35 et s.).
14. CJCE 17 octobre 1989, *Danfoss*, aff. C-109-88, Rec. 3199 ; CJCE 27 octobre 1993, *Enderby*, aff. C-127/92, Rec. p. 5566 ; CJUE 9 février 1999, *Seymour-Smith*, aff. C-167/97.
15. Directive 97/80/CE du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les discriminations fondées sur le sexe (art. 4) modifiée par la directive 98/52/CE du 13 juillet 1998 qui étend au Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord la Directive 97/80/CE.
16. Soc 23 novembre 1999, n°97-42940 , B. V n°447 , Lanquetin (M. -Th.), « Un tournant en matière de preuve des discriminations », Dr. soc. 2000, p. 589 ; Soc 28 mars 2000, n°97-45258 et n°97-45259, B. V n°126 , Dr. soc. 2000, p. 593 ; Soc 26 avril 2000, n°98-42643 et n°98-42644 , B. V n°151 ; Soc 4 juillet 2000, n°98-43285 B. V n°264.
17. Loi n°2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations (art. 1^{er}).
18. Art. 2-1 du Code de procédure pénale.
19. Bereni (L.) et Chappe (V. -A.), « La discrimination, de la qualification juridique à l'outil sociologique », *Politix* 2011, vol. 24, p. 9 et s. spéc. p. 12.
20. V. not. Directive 2000/43/CE (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) dont le considérant 21 énonce : « L'aménagement des règles concernant la charge de la preuve s'impose dès qu'il existe une présomption de discrimination et, dans les cas où cette situation se vérifie, la mise en œuvre effective du principe de l'égalité de traitement requiert que la charge de la preuve revienne à la partie défenderesse ».
21. V. aussi, l'article 9 du Code de procédure civile « Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention ».
22. Sur le caractère polysémique du terme « demandeur », v. Hoffschir (N.), *La charge de la preuve en droit civil*, thèse Paris Ouest Nanterre La Défense, 2014, n°312 et s.
23. 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 (art. 4).
24. Lanquetin (M. -Th.), « Un tournant en matière de preuve des discriminations », préc. spéc. p. 590 ; Cohen (D.), « La discrimination dans la vie des affaires-Rapport français », in Ass. Capitant,

La discrimination, Travaux de l'association H. Capitant, 2001, Journées franco-belge, tome LI, 2001, p. 173 et s., spéc. p. 175 et s.

25. Leclerc (O.), « Egalité des personnes et modes de preuve. A propos des usages du raisonnement statistique dans la preuve de la discrimination », in *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, dir. Borenfreund (G.) et Vacarie (I.), Dalloz, Thèmes et commentaires 2013, p. 77 et s., spéc. p. 82 ; Cohen (D.), « La discrimination dans la vie des affaires-Rapport français », in Ass. Capitant, *La discrimination*, Travaux de l'association H. Capitant, 2001, Journées franco-belge, tome LI, 2001, p. 173 et s., spéc. p. 185 et 186.

26. Ou si on est en matière de discrimination indirecte : prouver qu'un écart existe entre l'impact d'une règle sur un groupe de personnes en particulier (les femmes par exemple) par opposition à un autre (les hommes, par exemple).

27. La doctrine utilise le terme de comparaison « objective » sans qu'on sache exactement quel type de raisonnement du juge cela renvoie (v. Hernu (R.), « L'effectivité du contrôle de la discrimination », in Sudre (F.) et Surré (H.), dir., *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Droit & Justice, Bruylant 2008, p. 237).

28. La jurisprudence de la chambre sociale retient que « l'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres salariés » (Soc 10 novembre 2009, n°07-42849, Dr. soc. 2010, p. 111, obs. Radé (C.); Soc 29 juin 2011, n°10-14067, JS Lamy 2011, n°307, obs. Lhernould, (J. -P.) ;; Soc 30 octobre 2013, n°12-23325).

29. V. C. Radé qui souligne que la comparaison sera alors menée « soit par référence au bon père de famille, auquel on prêterait les mêmes caractéristiques que le salarié mal traité, soit au salarié lui-même pour déterminer quel traitement il aurait reçu si l'employeur n'avait pas pris en compte de motif discriminatoire » (note sous Soc 10 novembre 2009, Dr. soc. 2010, p. 111).

30. V. par exemple, Soc 4 juillet 2000, n°98-43285, B. V n°264.

31. V. par exemple, Soc 8 novembre 2005, n°03-46080.

32. V. Lagarde (X.), « Variations sur l'actualité jurisprudentielle des discriminations autres que syndicales », Sem. soc. Lamy 2007, n°1312, p. 7 et s., spéc. p. 10; voir aussi : Pauliat (H.), « La discrimination dans la vie publique », « Rapport général », in Ass. Capitant, *La discrimination*, Travaux de l'association H. Capitant, 2001, Journées franco-belge, tome LI, 2001, p. 726 et s., spéc. p. 739.

33. Loiseau (G.), « Petite leçon de droit social sur le profilage des discriminations », RDC 2010 p. 1436 et s., spéc. p. 1442 ; La chambre sociale a précisé que le juge pouvait utiliser aussi la période prescrite pour chercher des éléments de comparaison (Soc 4 février 2009, n°07-42.697, Dr. soc. 2009, p. 614, obs. Radé, (C.)).

34. Lhernould (J. -Ph.), note sous Soc 29 juin 2011, Jurisprudence soc. Lamy 2011, n°307-3 p. 11 et s. spéc. p. 12; Jacotot (D.), « Effectivité des règles de droit, aptitude à la preuve : vers une nouvelle attribution de la charge de la preuve », in Dockès (E.), dir., *Au cœur des combats juridiques*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2007 p. 277 et s., spéc. n°13; O. Leclerc, « Egalité des personnes et modes de preuve. A propos des usages du raisonnement statistique dans la preuve de la discrimination », in *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, préc. p. 77 et s., spéc. p. 92.

35. Pour un exemple : Soc 19 octobre 2005, n°03-46847 (JCP S 2005 1441, n. Verkindt (P. -Y)) : « si l'art. L. 122-45 du Code du travail (nouvel art. L. 1132-1), qui fait interdiction de licencier un salarié notamment en raison de son état de santé ou de son handicap, sauf inaptitude constatée par le médecin du travail, ne s'oppose pas à son licenciement motivé, non par l'état de santé du salarié mais par la situation objective de l'entreprise dont le fonctionnement est perturbé par l'absence prolongée ou les absences répétées de l'intéressé... »).

36. Cohen (D.), « La discrimination dans la vie des affaires-Rapport français », in Ass. Capitant, *La discrimination*, Travaux de l'association H. Capitant, 2001, Journées franco-belge, tome LI, 2001, p. 173 et s., p. 175 .

37. Crim 3 avril 2007, B. n°105, n°06-81784, JCP S 2007 n°26 p. 23, n. Césaro (J. -F.); Crim 11 avril 2012, n°11-83816, Dr. pén. 2012, comm. 106, n. Robert (J. -H.); V. aussi la décision du Conseil constitutionnel n°2001-455 du 12 janvier 2002 (cons. 84).

38. V. notamment Directive 2000/78 du 27 novembre 2008 portant création du cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi (art. 10 § 5).

39. Cluzel-Metayer (L.) et Mercat-Bruns (M.), *Discriminations dans l'emploi, Analyse comparative de la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, La documentation française, 2011, p. 74.

40. 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 (art. 4).

41. CE, Ass. 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, req n°298348, concl. Guyomar (M.), RFDA 2009, p. 1125 et n. Cassia (P.) p. 1146.

Le juge administratif a ensuite précisé que cet aménagement de la charge de la preuve s'appliquait tant au recours pour excès de pouvoir qu'au recours de plein contentieux (CAA Versailles 29 décembre 2009, *Mme D.*, req. 08VE00296, AJDA 2010, p. 742, concl. Davesne (S.)).

42. Loi n°2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations (art. 1^{er}).

43. Soc 13 janvier 2004, n°01-46407, Dr. soc. 2004, p. 307, n. Radé (C.); Soc 28 septembre 2004, n°03-41825 à 03-41829; CA Montpellier, ch. sociale, 12 mars 2014, RG 12/03771; CA Angers, ch. sociale, 3 juin 2013, RG 12/01068.

44. Loi n°2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale (art. 158 modifiant l'art. 1^{er} de la loi n°89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs).

45. 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 (art. 2 et 4).

46. Avis du DDD n°13-04. ; v. aussi Rapport du DDD, *Les refus de soins opposés aux bénéficiaires de la CMU-C, de l'ACS et de l'AME*, mars 2014, proposition n°12.

47. A l'article L. 1110-3 du Code de la santé publique.

48. V. Art. L. 1110-3 du Code de la santé publique; art. R. 4127-7 du Code de la santé publique pour les médecins et art. R. 4127-211 du Code de la santé publique pour les chirurgiens-dentistes.

49. V. art. L. 162-1-14-1 du Code de la santé publique.

50. Il a été montré que 30 à 40 % des médecins française refusent de soigner les malades bénéficiant de la CMU (v. Saout (C.), « Les conditions de la saisine et les rapports avec la société civile », in *HALDE : actions, limites et enjeux*, dir. Borillo (D.), La documentation française, 2007, p. 11 et s., spéc. p. 18; Rapport de l'Institut droit et santé (IDS), *Le refus de soins opposé au malade*, <http://www.sante.gouv.fr>; Conférence nationale de la santé, Droit et accueil des usagers, Résoudre les refus de soins, septembre 2010, <http://www.sante.gouv.fr>).

V. aussi : Pfister (V.), « Le refus de soin opposé aux bénéficiaires de l'AME et de la CMU par la médecine de ville : l'exemple lyonnais », *Droit, déontologie et soin*, 2014/4 pp. 490 et s.; Brissy (S.), Laude (A.) et Tabuteau (D.), « Refus de soins et actualités sur le droit des malades », *Observatoire des droits et responsabilités des personnes en santé*, *Presse de l'EHESP*, 2012; Viriot-Barral (D.) et Leca (A.), dir., *Cahiers de droit de la santé du sud-est*, n°11, *Santé et discrimination*, éd. LEH, 2010; J. Moret-Bailly, « La loi HPST et l'accès aux soins », *RDSS* 2009, pp. 820 et s., spéc. pp. 829 et s.; Vialla (F.), « Le refus de soins peut-il introduire une discrimination ? La réforme annoncée de l'article L. 1110-3 du Code de la santé publique », *Méd. et droit* janv. 2009, n°94 pp. 2 et s., spéc. pp. 6 et s.

51. V. Martinent (F.), « Les droits de l'homme malade aux soins et le droit des professionnels de refuser de soigner : une question de et pour la justice », *Revue générale de droit médical*, n°49, décembre 2013, pp. 183 et s., spéc. pp. 206 et s.; Pfister (V.), « Le refus de soin opposé aux bénéficiaires de l'AME et de la CMU par la médecine de ville : l'exemple lyonnais », *Droit, déontologie et soin*, 2014/4 pp. 490 et s., spéc. p. 507.

52. V. Rapport Assemblée nationale, Rolland (J. -M.), n°1441, 5 février 2009, t. 2 p. 70 et s.

53. V. Institut de recherche et de documentation en économie de la santé (IRDES), *Loi Bachelot Hôpital, Patients, Santé et Territoires*, septembre 2015, spéc. p. 3 (www.irdes.fr).

54. V. Malaurie (Ph.), Aynès (L.) et Gautier (P.-Y.), *Les contrats spéciaux*, LGDJ 7^e éd. 2014, n°740.
55. Loi n°2002-303 du 4 mars 2002. Sur la nature contractuelle ou légale de la responsabilité médicale, v. RDC 2011, « Feu l'arrêt Mercier ? », Bacache (M.), Leduc (F.) et Pierre (Ph.), p. 335 et s.
56. Proposition de loi n°378 visant à lutter contre la discrimination à raison de la précarité sociale.
57. V. Rodopoulos (I.), « L'absence de la précarité sociale parmi les motifs de discrimination », *supra*
58. Ast (F.), « De l'(in)application de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme par la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité », in Sudre (F.) et Surrel (H.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Droit & Justice, Bruylant 2008, p. 375 et s., spéc. p. 393 ; V. aussi Martin (D.), *Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire, Etude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Bruylant, 2006, n°368.
59. Ast (F.), « De l'(in)application de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme par la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité », in F. Sudre et H. Surrel (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Droit & Justice, Bruylant 2008, p. 375 et s., spéc. p. 398.
60. V. Martin (D.), *Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire, Etude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Bruylant, 2006, n°357 et 365.
61. CEDH 5 juillet 2007, *Celniku c. Grèce*, req. N°21449/04, § 79.
62. Cluzel-Metayer (L.) et Mercat-Bruns (M.), *Discriminations dans l'emploi, Analyse comparative de la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, La documentation française, 2011, p. 70.
63. V. CEDH 29 avril 1999, *Chassagnou c. France*, req. n°25088/94, 28443/95 et 28331/95, §§ 91-92 (RTDciv. 1999, p. 913, obs. Marguénaud (J. -P.)) retenant que lorsqu'un demandeur réussit à établir une différence de traitement, il incombe au défendeur de la justifier.
64. CEDH 13 novembre 2007, *DH c. République Tchèque*, req. n°57325/00, § 175 à 189.
- Il faut cependant indiquer qu'avant 2007, une avancée avait été opérée en permettant en cas de discrimination alléguée, d'inviter le gouvernement défendeur à réfuter un grief de discrimination et s'il ne le faisait pas à conclure à la discrimination (CEDH 6 juillet 2005, *Gde ch., Natchova et a. c. Bulgarie*, req. N°43577/98 et 43579/98, § 157).
65. V. HALDE délibération 2008-23 du 11 février 2008 et HALDE, *Rapport annuel 2006*, La documentation française 2007, p. 112 et s.
66. Lanquetin (M. -Th.), dir., *Le recours au droit dans la lutte contre les D : la question de la preuve, Travaux du Groupe d'étude et de lutte contre les discriminations*, GELD, octobre 2000, n°2 p. 50
67. Mazeaud (A.), « La discrimination dans la vie du travail », *Rapport français*, p. 351 et s., spéc. p. 353; Picheral (C.), « L'incertaine détermination des différences de traitement », in Sudre (F.) et Surrel (H.), dir., *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Droit & Justice, Bruylant 2008, p. 87 et s., spéc. p. 106; Cluzel-Metayer (L.) et Mercat-Bruns (M.), *Discriminations dans l'emploi, Analyse comparative de la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, La documentation française, 2011, p. 77 et 82 ; Bénichou (S.), *Le droit à la non-discrimination « raciale », Instruments juridiques et politiques publiques*, thèse Paris Ouest- Nanterre La Défense, 2011, p. 124 et 142.
68. En ce sens cependant, Cluzel-Metayer (L.) et Mercat-Bruns (M.), préc., spéc. p. 82 ; Lanquetin (M. -Th.), « La preuve de la discrimination : l'apport du droit communautaire », *Dr. soc.* 1995 p. 435 et s. spéc. p. 438
69. V. art. 2276 du Code civil pour les meubles, par exemple, dans sa fonction probatoire.
70. Art. 312 du Code civil.
71. Ces dernières sont appelées « présomption anté-judiciaires » (v. Lagarde (X.), thèse préc. n°220).

72. Terré (F.), *Introduction au droit*, Précis Dalloz, 10^e éd. 2015, n°601.
73. La proximité avec le mécanisme de la présomption vient du fait qu'il y a dans les deux cas un déséquilibre, une inégalité factuelle entre les parties. C'est en effet pour cette raison que le législateur ou le juge utilise le mécanisme de la présomption et que ce même déséquilibre a présidé à l'allègement du fardeau de la preuve en matière de discrimination.
74. Vuilque (Ph.), Rapport devant l'Assemblée nationale fait au nom de la Commission des affaires culturelles familiales et sociales sur la proposition de loi n°2566 de M. Jean Le Garrec relative à la lutte contre les discriminations, spéc. p. 8 ; *Contra* Jacotot (D.), « Effectivité des règles de droit, aptitude à la preuve : vers une nouvelle attribution de la charge de la preuve », in Dockès (E.), dir., *Au cœur des combats juridiques*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2007 p. 277 et s., spéc. n°9 et 13.
75. V. not. CJCE 13 mai 1986, aff. 170/84, *Bilka*, Rec. 1620 et la directive communautaire fondatrice 2000/43/CE (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) vise une « présomption de discrimination » (considérant 21).
76. Soc 8 avril 1992, *Boufagher*, B. V n°256 (accord signé entre employeur et le Comité d'entreprise suivant lequel l'ordre des licenciements serait défini en prenant en compte la charge de famille nombreuse différemment appréciée selon l'origine européenne ou maghrébine ou turque) ; Soc 6 juillet 2005, n°03-44037.
- V. aussi CEDH 18 mai 2000, *Velikoca c. Bulgarie*, n°41488/98, § 15 ; CEDH 3 mai 2007, *Baczowski et autres c. Pologne*, n°1543/06, JCP 2007 I 182, Chr. Sudre (F.).
77. V. Vasseur (I.), Rapport fait au nom de la Commission des affaires culturelles sur le projet de loi n°514 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le régime de la lutte contre les discriminations, 8 février 2008, p. 42 ; Lhermould (J. -Ph.), note sous Soc 29 juin 2011, Jurisprudence soc. Lamy 2011, n°307-3 p. 11 et s. spéc. p. 12 ; Leclerc (O.), « Egalité des personnes et modes de preuve. A propos des usages du raisonnement statistique dans la preuve de la discrimination », in *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, dir. Borenfreund (G.) et Vacarie (I.), Dalloz, Thèmes et commentaires 2013, p. 77 et s., spéc. p. 77 .
78. Borillo (D.), « Introduction », in *Lutter contre les discriminations*, dir. Borillo (D.), La Découverte, 2003, p. 6; Cohen (D.), « La discrimination dans la vie des affaires- Rapport français », in Ass. Capitant, *La discrimination*, Travaux de l'association H. Capitant, 2001, Journées franco-belge, tome LI, 2001, p. 173 et s., spéc. p. 186; v. aussi Teyssié (B.), qui parle de « quasi renversement » de la charge de la preuve (« La preuve en droit du travail », in *La preuve*, dir. Puigelier (C.), *Economica* 2004, p. 73 et s., spéc. p. 80) ; Berthou (K.), « 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 », *Revue de droit du travail*, n° 11, novembre 2010, pp. 635-641; V. aussi employant l'expression de « diminution du fardeau de la preuve » (Lasserre-Kiesow (V.), « L'égalité », JCP 2010 643 pp. 1194 et s., spéc. p. 1199).
79. Ferré (N.), « La construction juridique des discriminations : l'exemple de l'égalité homme/femme », Presses de Sciences Po (PFNSP), *Revue Sociétés contemporaines*, n°53, 2004, p.33 et s., spéc. p. 39.
80. Vergès (E.), Vial (G.) et Leclerc (O.), *Droit de la preuve*, Thémis droit, PUF 2015, n°225.
81. Gamet (L.), « La preuve en droit du travail », in *La preuve : regards croisés*, préc. p. 29 et s., spéc. p. 37.
82. Humblet (P.), « La preuve de la discrimination sexuelle : mission impossible ? » in *Prouver la discrimination, La mise en œuvre dynamique de la législation de l'UE sur l'anti-discrimination : le rôle des organismes spécialisés, Rapport de la première réunion d'experts, 14-15 janvier 2003, Centre belge pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme*, p. 4 et s., spéc. p. 6; Serverin (E.) et Guionard (F.), *Des revendications des salariés en matière de discrimination et d'égalité, Les enseignements d'un échantillon d'arrêts extraits de la base JURICA (2007-2010)*, Décembre 2013, Mission de recherche Droit et Justice,

p. 169 ; Cadiet (L.), J. Normand (J.) et Amrani-Mekki (S.), *Théorie générale du procès*, PUF, Thémis Droit, 2^e éd. 2013, n°256 ; Mekki (M.), « Regard substantiel sur le « risque de preuve », Essai sur la notion de charge probatoire », in *La preuve : regards croisés*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2015, p. 7 et s., spéc. p. 14 ; Gamet (L.), « La preuve en droit du travail », in *La preuve : regards croisés*, préc. p. 29 et s., spéc. p. 35.

83. Bénichou (S.), *Le droit à la non-discrimination « raciale », Instruments juridiques et politiques publiques*, thèse Paris Ouest- Nanterre La Défense, 2011, p. 105; *contra* Lagarde (X.), « Variations sur l'actualité jurisprudentielle des discriminations autres que syndicales », *Sem. soc. Lamy* 2007, n°1312, p. 7 et s., spéc. p. 9.

84. Césaro (J. -F.), « Avant-propos- La preuve », Rapport de la Cour de cassation 2012, La documentation française 2013, p. 85 et s., spéc. p. 95.

85. Hoffshir (N.), *La charge de la preuve en droit civil*, thèse Paris Ouest Nanterre La Défense, 2014, n°244 ; Mekki (M.), « Regard substantiel sur le « risque de preuve »- Essai sur la notion de charge probatoire », in *La preuve : regards croisés*, Thèmes et commentaires, Dalloz 2015, p. 7 et s., spéc. p. 15.

86. Jacotot (D.), « Effectivité des règles de droit, aptitude à la preuve : vers une nouvelle attribution de la charge de la preuve », in Dockès (E.), dir., *Au cœur des combats juridiques*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2007 p. 277 et s., spéc. n°9 et 13 ; Gamet (L.), « La preuve en droit du travail », in *La preuve : regards croisés*, préc. p. 29 et s., spéc. p. 35.

87. Bénichou (S.), *Le droit à la non-discrimination « raciale », Instruments juridiques et politiques publiques*, thèse Paris Ouest- Nanterre La Défense, 2011, p. 34 ; Hoffschir (N.), *La charge de la preuve en droit civil*, thèse Paris Ouest Nanterre La Défense, 2014, n°239; et de manière plus générale : Terré (F.), *Introduction au droit*, Précis Dalloz, 10^e éd. 2015, n°601 ; v. aussi V. Terré (F.), Simler (Ph.) et Lequette (Y.) pour qui le déplacement de la charge de la preuve est opéré en faveur de celui qui est « mal armé » pour apporter la preuve (*Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 11^e éd. 2013, n°680).

88. Burgelin (J. -F.), « Introduction », in *La preuve*, dir. Puigelier (C.), *Economica* 2004, p. 1 et s., spéc. p. 3 .

89. Soc 28 janvier 2010, n°08-41959 , RSJ 4/10 n°309 ; Soc 7 février 2012, JCP S 2012 1150, n. Boulmier (D.), RJS 4/12, n°299; Voir aussi Chiss (R.), « Le contentieux de la discrimination et de la rupture d'égalité, Réflexions sur l'inégalité des armes », JCP S 2010 1339.

Pour l'affirmation que l'assistance offerte par la HALDE (aujourd'hui DDD) aux victimes de discrimination au cours du procès ne viole pas non plus le principe de l'égalité des armes : Soc 2 juin 2010, n°08-40628, JCP 2010 S 1241, n. Loiseau (G.).

90. V. *Infra*.

91. V. par ex. Soc 8 octobre 2014, n°13-18342.

92. Soc 17 octobre 2006, n°04-45926 ; Soc 10 avril 2008, n°06-45318; Soc 30 avril 2009, n°06-45.939 ; Soc 24 avril 2013, n°11-15204; Soc 12 juin 2013, n°11-14458 ; Soc 23 septembre 2014, n°13-12663.

93. Soc 17 octobre 2007, n°05-44797; Soc 8 octobre 2014, n°13-16720.

94. En ce sens : Civ 1, 3 mars 1969, n°67-10.649, B. I n°90; Civ 2, 21 avril 1982, n°81-10676; Civ 2, 8 mars 1995, n°93-16408, B. II n°73.

95. En ce sens not. Ferré (N.), « La construction juridique des discriminations : l'exemple de l'égalité homme/femme », Presses de Sciences Po (PFNSP), *Revue Sociétés contemporaines*, n°53, 2004, p. 33 et s., spéc.p. 39 et 49.

96. Art. 310-3 du Code civil.

97. Civ 1, 17 octobre 2000, n°98-20138; Civ 1, 14 novembre 2006, n°05-19673; Civ 1, 20 janvier 2010, n°09-10632 ; Civ 1, 9 février 2011, n°09-71691.

98. V. Massip (J.), note sous Civ 1, 12 juillet 2001, LPA 18 mars 2002, n°55 p. 16 et 17, spéc. p. 17.

99. Rapport annuel de la Cour de cassation 2008, *Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La documentation française 2009 p. 90 et 91.

100. Civ 15 avril 1873, S. 1873, 1, 174 : « s'il appartient aux juges du fond de constater souverainement les faits d'où ils déduisent l'existence ou l'absence d'une faute, la qualification juridique de la faute relève du contrôle de la Cour de cassation ».

101. Soc 6 juillet 2005, n°03-44037; Soc 10 juillet 2007, n°06-41361; Soc 17 octobre 2007, n°05-44797.

Il semble qu'il y ait cependant là aussi quelques arrêts qui attestent au contraire d'un contrôle de la Cour de cassation : Soc 15 mai 2007, n°05-42.894 et n°05-42.895, B. V n°75 ; Soc 20 février 2008, pourvoi n°05-45601.

102. Rapport annuel de la Cour de cassation 2008, *Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La documentation française 2009 p. 88.

103. Certains groupements d'employeurs ou de propriétaires ont déjà exprimé des réserves face à cette exigence. Elle augmenterait considérablement leur charge administrative puisqu'elle impliquera de garder des preuves des candidatures (v. pour la Belgique : *Prouver la discrimination, La mise en œuvre dynamique de la législation de l'UE sur l'anti-discrimination : le rôle des organismes spécialisés, Rapport de la première réunion d'experts, 14-15 janvier 2003, Centre belge pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme*, p. 43).

104. Lanquetin, (M -Th.), dir., *Le recours au droit dans la lutte contre les D : la question de la preuve, Travaux du Groupe d'étude et de lutte contre les discriminations*, GELD, octobre 2000, n°2 p. 49.

105. Ewald (F.), « A quelles conditions la sélection d'un risque constitue-t-elle une discrimination ? », Mélanges Y. Lambert-Faivre, Dalloz, 2002 p. 167 et s., spéc. p. 185; voir aussi soulignant la moins grande difficulté lorsque les motifs de l'auteur de la discrimination apparaissent au grand jour (Cohen (D.), Rapport français, Ass. Capitant, *La discrimination*, Travaux de l'association H. Capitant, 2001, Journées franco-belge, tome II, 2001, pp. 173 et s., spéc. p. 186 et Cluzel-Metayer (L.) et Mercat-Bruns (M.), *Discriminations dans l'emploi, Analyse comparative de la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, La documentation française, 2011, p. 97.

106. Lanquetin (M. -Th.), dir., *Le recours au droit dans la lutte contre les D : la question de la preuve, Travaux du Groupe d'étude et de lutte contre les discriminations*, GELD, octobre 2000, n°2 p. 30 ; contra Teyssié (B.), « La preuve en droit du travail », in *La preuve*, dir. Puigelier (C.), *Economica* 2004, p. 73 et s., spéc. p. 80.

107. Gamet (L.), « La preuve en droit du travail », in *La preuve : regards croisés*, préc. p. 29 et s., spéc. p. 50 ; v. aussi N. Ferré, « La construction juridique des discriminations : l'exemple de l'égalité homme/femme », Presses de Sciences Po (PFNSP), *Revue Sociétés contemporaines*, n°53, 2004, p. 33 et s., spéc. p. 49 ; Bénichou (S.), *Le droit à la non-discrimination « raciale »*, *Instruments juridiques et politiques publiques*, thèse Paris Ouest- Nanterre La Défense, 2011, p. 181.

108. V. Gamet (L.), « La preuve en droit du travail », in *La preuve : regards croisés*, préc. p. 29 et s., spéc. p. 50.

109. V. l'article 102 de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, dite « Kouchner », qui dispose que « En cas de contestation relative à l'imputabilité d'une contamination par le virus de l'hépatite C antérieure à la date d'entrée en vigueur de la présente loi, le demandeur apporte des éléments qui permettent de présumer que cette contamination a pour origine une transfusion de produits sanguins labiles ou une injection de médicaments dérivés du sang. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que cette transfusion ou cette injection n'est pas à l'origine de la contamination. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. Le doute profite au demandeur. Cette disposition est applicable aux instances en cours n'ayant pas donné lieu à une décision irrévocable. ».

110. Mekki (M.), « Regard substantiel sur le « risque de preuve ».Essai sur la notion de charge probatoire », in *La preuve : regards croisés*, Thèmes et commentaires, Dalloz 2015, p. 7 et s., spéc. p. 24; Vial (G.), *La preuve en droit extrapatrimonial de la famille*, Dalloz, coll. « Thèses », 2008 p. 335 et s.

RÉSUMÉS

La preuve de la discrimination est un obstacle important pour les victimes, ce qui explique que le contentieux ait bien du mal à émerger dans certains domaines tels que le logement, l'assurance, la banque, notamment. Un paradoxe pourrait pourtant surgir de la présentation du dispositif propre à la charge de la preuve comme un frein à la lutte contre les discriminations puisque, sous l'influence du droit de l'Union européenne, le droit français a évolué en allégeant le fardeau de la preuve qui pèse sur les victimes. Mais cette évolution n'est pas complète et laisse planer des incertitudes qui fragilisent le dispositif adopté.

Providing evidence of discrimination is a significant hurdle for victims, which explains why lawsuits are few and far between in certain areas, such as housing, insurance and banking, in particular. A paradox could, however, arise in presenting the rules relating to the burden of evidence as being a constraint in the fight against discrimination as, under the influence of European Union law, French law has evolved to lessen the burden of evidence which lies with the victim. But this shift is not complete and uncertainties remain which weaken the system in place.

INDEX

Mots-clés : allègement de la charge de la preuve, champ d'application, juge civil, juge pénal, nature de la règle, contrôle de la Cour de cassation

Keywords : lowering the burden of evidence - scope of the rule - civil judge - criminal judge - legal character of the rule - control of the "Cour de cassation"

AUTEUR

ANNE DANIS-FATÔME

Anne Danis Fatôme est Maître de conférences-HDR à l'Université de Paris Ouest Nanterre La Défense et membre du CEDCACE