

LE PARTAGE DU FARDEAU DE LA PREUVE EN MATIÈRE DE HARCÈLEMENT ET DE DISCRIMINATION (*)

Jean-François NEVEN,

*Conseiller à la Cour du travail de Bruxelles,
Maître de conférences invité à la Faculté de droit de l'UCL
(Atelier de droit social – Crides)*

France LAMBINET,

Avocate au Barreau de Namur

Steve GILSON,

*Avocat au Barreau de Namur,
Maître de conférences invité à la Faculté de droit de l'UCL
(Atelier de droit social – Crides),
Chargé de cours à l'ICHEC,
Juge suppléant au Tribunal du travail de Namur*

(*) Texte arrêté au 30 août 2013.

SOMMAIRE

Introduction	402
A. Le principe général relatif à la charge de la preuve: <i>actori incumbit probatio</i>	402
B. La contribution à l'administration de la preuve	404
C. L'office du juge dans l'administration de la preuve	405
D. Le renversement de la charge de la preuve	405
E. Les présomptions légales	407
F. Le partage de la charge de la preuve	409
Première partie: les fondements européens du partage de la preuve	410
A. Les origines du partage de la charge de la preuve	410
1. Le domaine d'éclosion: les discriminations indirectes fondées sur le sexe	410
2. L'adoption d'une matrice commune	413
B. Le champ d'application du mécanisme européen de partage de la preuve	414
1. Questions donnant lieu à partage de la charge de la preuve	414
2. Domaines pour lesquels un partage de la preuve n'est pas prévu ou est exclu	416
C. Forces et faiblesses du mécanisme européen de partage de la preuve	418
1. Une justification claire et transposable	418
2. Les bénéficiaires du partage de la charge de la preuve	419
3. Faits permettant de présumer une discrimination directe	420
4. Faits permettant de présumer une discrimination indirecte: des statistiques aux mesures intrinsèquement suspectes	422
5. Le renvoi aux droits internes	424
6. L'exclusion quasi complète du droit de la sécurité sociale	426
Deuxième partie: la réception par le législateur belge, les transpositions du mécanisme de partage de la preuve	427
A. Un champ d'application matériel qui dépasse le minimum européen	427
B. L'introduction du partage de la preuve en droit belge: entre volonté de clarification et franche hostilité?	429
1. Les travaux préparatoires: tentatives de clarification du mécanisme de partage de la preuve	429
2. Les réserves du Conseil d'État et la prudence de la Cour constitutionnelle	432
Troisième partie: la jurisprudence des juges du fond	434
A. Le partage de la preuve en matière de discrimination	434
1. Précisions concernant le champ d'application	435
2. Précisions données quant à la technique du partage de la preuve	438
3. Précisions données quant aux faits qui permettent de présumer la discrimination	439
B. Le partage de la preuve en matière de harcèlement	442
1. Précisions concernant le champ d'application	442
2. Précisions données quant à la technique du partage de la preuve	444
3. Précisions données quant aux éléments qui permettent de présumer le harcèlement	447
Conclusion	451

La lutte contre les discriminations et celle contre le harcèlement au travail sont devenues des thèmes centraux de droit social. Elles comportent une dimension procédurale importante. En matière de non-discrimination, cette dimension trouve son origine dans la volonté du législateur européen d'assurer l'effectivité des dispositifs mis en place : c'est dans ce contexte que, à propos de la preuve des discriminations, les directives européennes imposent un mécanisme de partage de la charge de la preuve.

La présente étude est entièrement consacrée à ce mécanisme que l'on désigne aussi parfois sous le vocable de « basculement » ou de « glissement » du fardeau de la preuve : elle en retrace les origines européennes, sa réception positive par le législateur belge (malgré certaines réserves exprimées par la section de législation du Conseil d'État), les hésitations des juridictions de fond et son extension à la matière du harcèlement.

À différents égards, ce mécanisme présente un caractère hybride en ce sens qu'il ne réalise qu'un déplacement partiel du risque lié à la charge de la preuve. De ce point de vue, il se distingue des autres aménagements de la charge de la preuve existant en droit belge. La présente étude envisage toutefois l'hypothèse que le partage de la preuve affiche une certaine proximité avec la théorie de « la meilleure aptitude à la preuve », qui n'est pas totalement étrangère aux fondements du droit commun de la preuve.

De strijd tegen discriminatie en pesterijen op het werk is een centraal thema geworden in het sociaal recht. Deze omvat ook een belangrijke procedurele dimensie. Op het anti-discriminatorische vlak, is er de wil van de Europese regelgever om de effectiviteit van de regelgeving te vergroten door de verdeling van de bewijslast.

De voorliggende studie is volledig gewijd aan dit bewijsmechanisme dat soms ook wordt geduid als de afweging of het verglijden van de bewijslast. De auteurs vertrekken bij de oorsprong van deze regeling op Europees niveau en gaan vervolgens in op de 'positieve' wijze van omzetting door de nationale wetgever, in weerwil van een zeker voorbehoud van de kant van de afdeling wetgeving van de Raad van State. Zij besteden ook aandacht aan de aarzeling bij de lagere rechters. Tot slot wordt de uitbreiding van deze bewijsregeling in het raam van non-discriminatie naar gevallen van pesten op het werk onderzocht. Het hier besproken bewijsmechanisme is hybride in die zin dat het slechts een beperkte verschuiving van de bewijslast inhoudt. Vanuit dat oogpunt verschilt deze regeling van andere systemen van omkering van de bewijslast in het Belgisch recht. Deze studie toont aan dat er een zekere gelijkenis is met de theorie van het best mogelijke bewijs, die niet totaal vreemd is aan de grondslagen van het gemeen recht.

INTRODUCTION ⁽¹⁾

A. LE PRINCIPE GÉNÉRAL RELATIF À LA CHARGE DE LA PREUVE : *ACTORI INCUMBIT PROBATIO*

1. Le principe de base de notre système probatoire civiliste, à savoir la règle de l'article 1315 du Code civil, est applicable en droit social : celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver et, réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation. L'article 870 du Code judiciaire renforce l'article 1315 du Code civil en lui donnant une portée plus générale.

Certaines dispositions de droit social précisent ce principe. Ainsi, l'article 35, alinéa 8 de la loi du 3 juillet 1978 dispose que la partie qui invoque le motif grave doit prouver la réalité du motif invoqué. Elle doit également fournir la preuve qu'elle a respecté le délai de notification du congé ⁽²⁾.

Comme la doctrine le relève fréquemment, l'article 1315 du Code civil « *règle moins l'ordre dans la charge de la preuve que celui de l'imputation du risque de preuve ou, plus précisément, du défaut de preuve* » ⁽³⁾. Cet article implique en effet, dans l'hypothèse où aucune des preuves produites par les parties n'emporterait la conviction du juge, que celui-ci, qui est obligé de trancher à peine de commettre un déni de justice, le fera au détriment de celui sur qui pesait le fardeau de la preuve : « *l'incertitude et le doute subsistant à la suite de production d'une preuve doivent nécessairement être retenus au détriment de celui qui avait la charge de cette preuve* » ⁽⁴⁾.

2. Comme le souligne la doctrine, « *il est parfois malaisé de distinguer ce qui dans le chef du défendeur constitue l'allégation ou une exception (qu'il doit prouver) et ce qui n'est*

(1) Cette introduction reprend certaines considérations, remaniées et actualisées, issues de : S. GILSON et K. ROSIER « La preuve en droit du travail », *Orientations*, avril 2007, pp. 1 à 17 ; S. GILSON, K. ROSIER et E. DERMINE, « La preuve en droit social », in *La preuve, questions spéciales*, CUP, F. KUTY et D. MOUGENOT (dir.), Anthemis, 2008, pp. 179 et s. S. GILSON et E. DERMINE, « Les présomptions de contrat de travail et l'assujettissement personnel à la sécurité sociale », in S. GILSON et J.F. NEVEN (dir.), *La sécurité sociale des travailleurs salariés. Assujettissement, cotisations, sanctions*, Larcier, 2010, p. 73 ; S. GILSON, K. ROSIER, A. FRANKART et M. GLORIEUX, « La preuve du motif grave », in S. GILSON (dir.), *Le congé pour motif grave. Notions, évolutions, questions spéciales*, Anthemis, 2011, p. 169.

(2) Voyez à ce sujet : S. GILSON, K. ROSIER, A. FRANKART et M. GLORIEUX, « La preuve du motif grave », in S. GILSON (dir.), *Le congé pour motif grave. Notions, évolutions, questions spéciales*, Anthemis, 2011, p. 169.

(3) N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 43.

(4) Cass. fr., 31 janvier 1962, *Bull. civ.*, 1962, IV, n° 105. Voyez aussi : Cass., 17 septembre 1999, *Pas.*, 1999, I, n° 467, p. 1164 ; L. SIMONT, « La charge de la preuve. Jurisprudence récente de la Cour de cassation », in *Actualités du droit des obligations*, P.A. FORIERS (coord.), UB³, Bruylant, 2005, p. 23.

qu'une simple allégation, laquelle ne doit pas être prouvée par lui »⁽⁵⁾. L'apparente simplicité du principe dissimule, en effet, une réelle complexité.

J. Kirkpatrick⁽⁶⁾ précise que « celui qui prétend faire valoir un droit subjectif en justice doit prouver que sont réunis les éléments générateurs de ce droit, c'est-à-dire les circonstances de faits nécessaires pour faire naître celui-ci et le rendre exigible ».

L. Simont relève néanmoins que « s'il est exact qu'il incombe, en principe, au demandeur de prouver les éléments générateurs de son droit, ce principe ne vaut que pour autant qu'il n'y soit pas dérogé par la loi »⁽⁷⁾. L'exception peut être expresse : ainsi, par exemple, l'article 2268 du Code civil présume la bonne foi. Elle peut également être implicite : si on agit en exécution d'un contrat, on est dispensé de prouver que le contrat n'est pas nul pour vice de consentement ; c'est au défendeur, qui estimerait que le consentement était vicié, qu'il appartient d'apporter cette preuve⁽⁸⁾. La Cour de cassation a ainsi considéré, dans un arrêt du 27 février 2003⁽⁹⁾, qu'en vertu de l'article 1132 du Code civil, l'obligation « est présumée avoir une cause licite et cette présomption décharge le créancier de l'obligation d'apporter la preuve de la cause, de l'obligation et de son caractère licite. Qu'il incombe au débiteur, qui conteste l'existence ou la licéité de la cause, de l'obligation, d'apporter la preuve de ses allégations »⁽¹⁰⁾.

Quelques illustrations sont de nature à mieux faire comprendre le principe :

- Le travailleur qui prouve un contrat de travail peut réclamer la rémunération prévue. C'est à l'employeur, s'il se prétend libéré, d'apporter la preuve du paiement.
- Le travailleur qui réclame une indemnité compensatoire de préavis doit prouver le congé. Ainsi, si l'employeur, assigné en paiement d'une indemnité de rupture, soutient que celle-ci n'est pas due puisque le travailleur a donné sa démission, ce n'est pas à l'employeur d'apporter la preuve de la démission mais au travailleur d'établir le licenciement qui est l'élément générateur de son droit⁽¹¹⁾.
- L'employeur qui licencie pour motif grave un travailleur apte au travail pour cause d'absence injustifiée a la charge de la preuve du motif grave, à savoir l'absence injustifiée, alors qu'il appartient au travailleur d'apporter la preuve de son incapacité de travail pour avoir droit au salaire garanti⁽¹²⁾. En cas de divergence entre le

(5) D. MOUGENOT, « Les obligations : la preuve », tiré à part du Répertoire notarial, Bruxelles, Larcier, 1997, p. 90.

(6) J. KIRKPATRICK, « Essai sur les règles régissant la charge de la preuve en droit belge », in *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 106.

(7) L. SIMONT, *op. cit.*, 2005, p. 29.

(8) Voyez à cet égard l'analyse de J. KIRKPATRICK, *op. cit.*, 2002, p. 112.

(9) Cass., 27 février 2003, *Arr. Cass.*, 2003, liv. 2, p. 503, *Pas.*, 2003, liv. 2, p. 417, *R.W.*, 2004-2005, liv. 25, p. 975.

(10) Voyez sur cet arrêt L. SIMONT, *op. cit.*, 2005, pp. 29 et 30. On lira aussi avec intérêt sur ce sujet D. MOUGENOT, « La preuve : évolution et révolution », in P. WERY (dir.), *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, la Charte, 2004.

(11) Cass. fr. (ch.soc.), 19 avril 1989, *Gazette du Palais*, 17 octobre 1989, n° 289 et 290, p. 18, note.

(12) C. trav. Liège, 25 mars 1993, *Chron. D.S.*, 1994, p. 351.

médecin traitant et le médecin contrôleur, la preuve de l'incapacité de travail n'est pas rapportée⁽¹³⁾.

- L'employeur qui souhaite mettre en cause la responsabilité civile de son travailleur doit, outre la preuve des éléments de la responsabilité civile, prouver le dol, la faute lourde ou la faute légère habituelle, et ce en vertu de l'immunité partielle de responsabilité civile prévue à l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978.
- En matière de licenciement abusif des employés, la charge de la preuve de la non-exécution de bonne foi des obligations contractuelles ou de la faute extra-contractuelle repose sur celui qui prétend en être la victime et donc, en l'occurrence, l'employé, qui doit prouver que l'employeur a commis un abus de droit en licenciant⁽¹⁴⁾. Néanmoins, à partir du moment où l'employeur allègue, en réponse, un certain nombre d'éléments, c'est à lui d'en apporter la preuve⁽¹⁵⁾.

B. LA CONTRIBUTION À L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE

3. Indépendamment des règles relatives à la charge de la preuve, il est admis que les deux parties ont l'obligation de collaborer loyalement au déroulement du procès⁽¹⁶⁾. La charge de la preuve ne doit donc jamais être confondue avec la contribution à l'administration de la preuve. Comme le relève D. Mougenot, « *aucun plaideur ne peut se retrancher dans le silence ou l'abstention sous le prétexte que la charge de la preuve incombe à son adversaire, s'il dispose d'éléments dont ce dernier pourrait se prévaloir* »⁽¹⁷⁾.

Le principe de la collaboration des parties à l'administration de la preuve, illustré notamment par les articles 871 et 877 du Code judiciaire relatifs à la production de documents par les parties, a dès lors banni l'adage *nemo tenetur edere contra se*, par l'application duquel une partie pouvait, notamment, refuser de produire un élément de preuve lui étant défavorable⁽¹⁸⁾. Il est ainsi admis que le juge peut ordonner la production d'une preuve par une partie sous peine d'astreinte⁽¹⁹⁾.

Ce principe demeure même en cas de renversement de la charge de la preuve.

On notera toutefois que le fait qu'une partie collabore activement à l'instruction du dossier ne peut, en toute hypothèse, aboutir à faire peser sur elle le risque de la preuve si elle ne le supportait pas à l'origine⁽²⁰⁾.

(13) Cass., 5 janvier 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 470, *Chron. D.S.*, 1981, p. 63.

(14) C. trav. Liège, 6 décembre 1978, *J.L.*, 1979, p. 329 ; C. trav. Liège, 20 octobre 1982, *R.D.S.*, 1982, p. 119 ; C. trav. Liège, 15 février 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1401 ; C. trav. Mons, 25 septembre 1997, *J.T.T.*, 1998, p. 315 ; C. trav. Liège, 20 décembre 1999, *Chron. D.S.*, 2001, p. 547.

(15) C. trav. Liège, 20 octobre 1982, *R.D.S.*, 1985, p. 140.

(16) N. VERHEYDEN-JEANMART, *op.cit.*, p. 46.

(17) D. MOUGENOT, *op. cit.*, 1997, p. 92 et références citées.

(18) D. MOUGENOT, *op. cit.*, 1997, p. 92 et références citées.

(19) Mons, 12 juillet 1985, *J.L.M.B.*, 1985, p. 16.

(20) D. MOUGENOT, *op. cit.*, 2004, p. 132 et référence citée.

C. L'OFFICE DU JUGE DANS L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE

4. S'il est exact qu'en vertu du caractère accusatoire de la procédure civile, il appartient aux parties de faire valoir leurs preuves, le juge a le pouvoir d'ordonner des mesures d'instruction qui lui paraissent indispensables : production de documents, enquêtes, expertises, comparution personnelle des parties, descente sur les lieux ⁽²¹⁾.

Il est désormais admis que « *le juge peut prendre des initiatives dans le cadre de la réception des preuves, il a même le devoir d'ordonner toutes les mesures d'instruction qui lui paraissent indispensables* » ⁽²²⁾. Le juge peut d'ailleurs, en vertu de l'article 877 du Code judiciaire, lorsqu'il existe des présomptions graves, précises et concordantes de la détention par une partie ou par un tiers de documents contenant la preuve d'un fait pertinent, en ordonner la production.

5. Indépendamment de l'incidence pratique que peuvent avoir l'obligation de coopérer loyalement à l'administration de la preuve et l'office du juge, les principes régissant la charge de la preuve ne sont pas rigides. Ils font en effet l'objet de différents assouplissements, en particulier en droit social, destinés à faciliter la recherche de la vérité et l'administration de la justice dans certains domaines, dans lesquels une application stricte de l'adage *actori incumbit probatio* pourrait faire peser sur le demandeur une preuve impossible, une *probatio diabolica*.

Le mécanisme de partage de la preuve, qui est au centre de la présente contribution, est venu s'ajouter à des tempéraments existant de longue date, qu'il paraît utile de rappeler brièvement dans le cadre de la présente introduction.

D. LE RENVERSEMENT DE LA CHARGE DE LA PREUVE

6. Le premier tempérament au mécanisme de la charge de la preuve est la possibilité de prévoir un renversement de celle-ci : l'article 1315 du Code civil ne constituant que le droit commun de l'attribution des risques de la preuve, il peut y être dérogé par une disposition légale spécifique.

Le droit social connaît de nombreuses hypothèses où, souvent pour assurer la protection de la partie la plus faible au contrat ou encore pour assurer le bon fonctionnement de la sécurité sociale, un renversement de la charge de la preuve est instauré,

(21) D. MOUGENOT, *op. cit.*, 1997, p. 70.

(22) D. MOUGENOT, *op. cit.*, 2004, p. 31 et référence citée.

notamment dans les régimes de protection contre le licenciement ⁽²³⁾ ou celui du licenciement abusif des ouvriers.

Ce renversement de la charge de la preuve doit être distingué – même s’il aboutit le plus souvent en fait à la même solution (en tout cas dans l’hypothèse d’une présomption simple) – de la présomption légale.

7. Suite à un renversement de la charge de la preuve, il arrive souvent qu’une partie soit contrainte d’apporter la preuve d’un fait négatif.

Ainsi, dans les hypothèses de protection contre le licenciement, l’employeur doit démontrer que le travailleur n’a pas été licencié du fait des circonstances ou de l’exercice du droit pour lesquels il est protégé ⁽²⁴⁾.

La difficulté de cette preuve fait parfois s’élever certaines voix à l’encontre d’un système qui serait inique en ce qu’il exigerait une preuve impossible. Or, on sait depuis bien longtemps que l’idée selon laquelle la preuve d’un fait négatif serait impossible (*negativa non sunt probanda*) est erronée ⁽²⁵⁾.

Dans nombre de cas, la preuve d’un fait négatif résultera, en fait, de la preuve du fait positif contraire ⁽²⁶⁾.

Dans cette hypothèse, la doctrine reconnaît que « *si la partie qui doit prouver un fait négatif parvient à établir la vraisemblance de ce fait, une simple affirmation ne suffisant pas, c’est alors l’autre partie qui doit détruire cette vraisemblance par la preuve du fait positif contraire* » ⁽²⁷⁾. Ainsi, le juge du fond aurait le droit de considérer comme suffisante « *une preuve résultant d’une vraisemblance, une preuve absolue et rigoureuse étant impossible à rapporter [...], sauf à l’autre partie à renverser cette vraisemblance* » ⁽²⁸⁾. Il est toutefois considéré que « *si le juge peut légalement considérer que la preuve d’un fait négatif ne doit pas être apportée avec la même rigueur que celle d’un fait affirmatif, il ne*

(23) Pour une énumération, voyez : H. BUYSENS, *Het bewijs in sociale zaken – Arbeidsrecht*, Gand, Mys & Breesch, 1999, pp. 50-51.

(24) Ainsi, selon l’article 40 de la loi du 16 mars 1971 sur le travail, la travailleuse ne peut être licenciée que pour un motif étranger à l’état physique résultant de la grossesse ou de l’accouchement. Voy. aussi, par exemple, la protection contre le licenciement : en cas de conversion du congé de maternité en congé de paternité lors du décès ou de l’hospitalisation de la mère (articles 5 et 6 de l’arrêté royal du 17 octobre 1994), en cas de pause d’allaitement (article 11 de la C.C.T. n° 80 du 27 septembre 2001), en cas de congé d’adoption (article 30ter de la loi du 3 juillet 1978), en cas de congé-éducation payé (article 118 de la loi du 22 janvier 1985), en cas de crédit-temps (article 20 de la C.C.T. n° 77bis du 19 décembre 2001), etc.

(25) Sur la preuve des faits négatifs, on lira avec attention D. MOUGENOT, *op. cit.*, 1997, pp. 133.

(26) P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Syllabus ULB, P.U.B., Volume V, 4^{ème} éd. 1999-2000, p. 37.

(27) P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 37.

(28) Cass., 24 mars 1947, *Pas.*, 1947, I, p. 123.

peut en revanche dispenser cette preuve à la partie demanderesse et imposer à la partie adverse la preuve du fait positif contraire »⁽²⁹⁾.

La jurisprudence se contentera dès lors souvent de la preuve certaine d'un motif de licenciement étranger à la raison de la protection. Ainsi, l'employeur peut justifier le licenciement en rapportant la preuve que le licenciement était motivé par le comportement du travailleur ou par le fonctionnement de l'entreprise⁽³⁰⁾.

En ce qui concerne la protection des représentants du personnel^{(31) (32)}, le législateur consacre expressément dans la loi du 19 mars 1991 l'idée que la preuve du fait négatif (le licenciement n'est pas motivé par la candidature ou l'exercice d'un mandat dans l'entreprise) doit se faire par la preuve d'un fait positif contraire (le licenciement repose sur des raisons d'ordre économique et technique ou sur un motif grave).

E. LES PRÉSUMPTIONS LÉGALES

8. D'autres aménagements de la charge de la preuve découlent des différentes formes de présomptions qui peuvent être édictées par le législateur.

Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu (article 1349 du Code civil)⁽³³⁾.

Conformément à l'article 1352 du Code civil, « la présomption légale dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe ».

Les présomptions légales ont donc des conséquences sur la charge de la preuve, qu'elles peuvent inverser, voire même rendre impossible en interdisant la preuve

(29) Cass., 27 février 1958, I, p. 712 ; *J.T.*, 1958, p. 400 ; *R.C.J.B.*, 1959, p. 42, note J. KIRKPATRICK, « L'article 1315 du Code civil et la preuve des faits négatifs ».

(30) C. trav. Bruxelles, 16 novembre 2004, *Chron. D. S.*, 2005, p. 234, note M. DUMONT ; C. trav. Bruxelles, 6 avril 2004, RG n° 44558, <http://www.strada.be> ; C. trav. Liège, 5 mars 2003, R.G. n° 03436/01, inédit cité dans C. MAIRY et F. VERBRUGGE, *Congés circonstanciés – réglementation du travail*, Bruxelles, Kluwer, 2005, p. 178 ; T.T. Gand, 4 février 1994, *R.W.*, 1994-1995, p. 545 ; C. trav. Liège, 23 octobre 1983, *J.T.T.*, 1984, p. 342.

(31) Loi du 19 mars 1991 portant régime de licenciement particulier pour les délégués du personnel aux conseils d'entreprise et aux comités de sécurité, d'hygiène et d'embellissement des lieux de travail, ainsi que pour les candidats délégués du personnel. Cette protection spécifique contre le licenciement « a pour but, d'une part, de permettre aux travailleurs délégués du personnel d'exercer leur mission dans l'entreprise et, d'autre part, d'assurer l'entière liberté du travailleur de se porter candidat pour exercer cette mission » (Cass., 29 mars 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 890, *R.D.S.*, 1982, p. 469 ; Cass., 4 septembre 1995, *Chron. D. S.*, 1995, p. 474, obs. H. FUNCK, *J.T.T.*, 1995, p. 493, obs. C. WANTIEZ, *Pas.*, 1995, I, p. 767 ; Cass., 1^{er} décembre 1997, *Chron. D.S.*, 1998, p. 292, *Pas.*, 1997, I, p. 1315 ; C. trav. Mons, 21 mai 1991, *J.T.T.*, 1991, p. 435).

(32) Voyez à ce sujet : H.-F. LENAERTS, *Le licenciement des représentants du personnel*, Études pratiques de droit social, Bruxelles, Kluwer, 2004 ; D. VOTQUENNE et C. WANTIEZ, *Beschermde werknemers, 10 jaar toepassing van de wet van 19 maart 1991*, Bruxelles, Larcier, 2001.

(33) *Ibidem*.

contraire ⁽³⁴⁾. Il s'agit d'outils auxquels le droit social a souvent recours ⁽³⁵⁾. C'est dans cette optique qu'ont été instaurées les présomptions légales de contrat de travail.

9. Il faut distinguer les présomptions légales des présomptions de fait, également dites « présomptions de l'homme », qui peuvent être définies comme « *tous les indices extérieurs, les signes, les gestes, les attitudes, les actions qui peuvent être révélateurs de l'état de chose inconnu ou qui permettent de la conjecturer* » ⁽³⁶⁾. Les présomptions de l'homme n'ont aucune force probante particulière, de sorte qu'il appartient au juge d'en mesurer la portée et de faire les déductions que, selon lui, elles autorisent ⁽³⁷⁾. Suivant l'article 1353 du Code civil, en effet, ces présomptions, qui ne sont point établies par la loi, sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales, à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol.

10. Il existe deux grands types de présomptions légales, chacune ayant un effet distinct : les présomptions simples et les présomptions absolues, dites également irréfragables.

Les présomptions simples (*juris tantum*) ne valent que jusqu'à preuve du contraire. Elles apparaissent à première vue comme des règles de droit matériel mais constituent, en réalité, une technique pour déroger aux règles classiques relatives à la charge de la preuve : elles opèrent un renversement de celle-ci.

Les présomptions irréfragables (*juris et de jure*) ne sont, quant à elles, susceptibles d'aucune preuve contraire. Elles opèrent donc plus qu'un renversement de la charge de la preuve. Il s'agit véritablement d'une règle de droit matériel qui attribue à son bénéficiaire un avantage dont il ne peut être privé.

En droit civil, l'aveu et le serment pourraient néanmoins être invoqués à l'encontre de ces présomptions irréfragables, à moins qu'elles ne touchent à l'ordre public, ce qui sera bien souvent le cas pour les matières liées à la sécurité sociale. M. Jamoulle relève, en droit du travail : « *L'impérativité du droit du travail s'oppose à ce que la présomption puisse être détruite par un aveu ou par serment, solution que d'ailleurs parfois énonce la norme légale portant présomption* » ⁽³⁸⁾.

11. Les présomptions légales présentent comme particularité qu'elles peuvent être édictées en faveur d'intérêts particuliers, souvent l'intérêt du travailleur (présomptions impératives) ou en faveur de l'ensemble du système de sécurité sociale (pré-

(34) D. MOUGENOT, « Les obligations - La preuve », *Rép. not.*, t. IV, Livre II, 2002, pp. 282-283.

(35) Pour une énumération de ces hypothèses, voyez H. BUYSENS, *Het bewijs in sociale zaken - Arbeidsrecht*, Gand, Mys & Breesch, 1999, pp. 50-51.

(36) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 1967, III n° 718, *quater C*, p. 720.

(37) Cass., 4 avril 1974, *Pas.*, 1974, I, p. 812 ; Cass., 18 octobre 1974, *Pas.*, 1975, I, p. 819 ; Cass., 12 septembre 1977, *Pas.*, 1978, I, p. 33.

(38) M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, Tome I, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, Liège, 1982, p. 390.

somptions d'ordre public). Dans un certain nombre de cas, la présomption légale ne peut être invoquée que par la partie en faveur de laquelle elle a été édictée.

Ainsi, seul le travailleur peut se prévaloir de la présomption légale d'un contrat à durée indéterminée en cas de succession de contrats à durée déterminée édictée aux articles 10 et 10bis de la loi du 3 juillet 1978⁽³⁹⁾. Lorsque la présomption de l'article 10 est invoquée à l'encontre de l'employeur, celui-ci peut apporter la preuve que cette succession était justifiée⁽⁴⁰⁾ et seul lui peut le faire⁽⁴¹⁾. En ce qui concerne les présomptions de contrat de travail⁽⁴²⁾, doivent être considérées comme des personnes intéressées toutes celles qui ont intérêt à se fonder sur la relation de travail pour en déduire, chacune à leur niveau, les conséquences que la loi attache à l'existence du contrat de travail⁽⁴³⁾, que ce soit l'application des règles impératives du droit du travail ou l'assujettissement au régime des travailleurs salariés et son corollaire. On notera encore que la présomption de l'existence d'un contrat de travail peut être opposable aux tiers à la relation de travail⁽⁴⁴⁾.

F. LE PARTAGE DE LA CHARGE DE LA PREUVE

12. La présente étude concerne une troisième forme d'aménagement de la charge de la preuve que l'on désigne le plus souvent sous le vocable de partage (ou de « basculement » ou de « glissement ») de la charge ou du fardeau de la preuve.

Ce mécanisme, connu en droit belge depuis une quinzaine d'années, présente un caractère hybride en ce sens qu'il ne réalise qu'un déplacement partiel, ou à tout le moins largement conditionnel, du risque lié à la charge de la preuve. De ce point de

(39) On épinglera également l'article 9 de la loi du 3 juillet 1978 sur les contrats de travail suivant lequel : « À défaut d'écrit établissant qu'il est conclu pour une durée déterminée ou pour un travail nettement défini, le contrat est soumis aux mêmes conditions que les contrats conclus pour une durée indéterminée ». Même si le dispositif de qualification qui y est instauré ne s'identifie pas nécessairement comme une stricte présomption, l'article 9 de la loi du 3 juillet 1978 est une disposition impérative qui établit une protection au profit du travailleur (Cass., 7 décembre 1992, *Chron. D.S.*, 1993, p. 224 ; *R.W.*, 1992-1993, p. 1375), de sorte que l'employeur ne peut pas l'invoquer pour exiger qu'un contrat de travail conclu pour une durée déterminée hors les formes requises, soit considéré comme un contrat à durée indéterminée (Cass., 22 janvier 2007, *J.T.T.*, 2007, p. 262 ; *Orientation*, 2007, p. 25).

(40) Cass., 2 décembre 2002, *J.T.T.*, 2003, p. 404.

(41) C. trav. Anvers, 4 novembre 1988, *Chron. D.S.*, 1993, p. 317.

(42) Ces présomptions sont nombreuses : elles concernent les pharmaciens non propriétaires de leurs officines (article 3bis de la loi du 3 juillet 1978), les prestations de services complémentaires exécutés en application d'un contrat d'entreprise (article 5bis de la loi du 3 juillet 1978). De même, le lien de subordination est-il présumé pour les représentants de commerce, les travailleurs intérimaires, les sportifs professionnels, etc. Pour une énumération, voyez : H. BUYSENS, *op. cit.*, pp. 57 et s. S. GILSON et E. DERMINE, « Les présomptions de contrat de travail et l'assujettissement personnel à la sécurité sociale », in S. GILSON et J.F. NEVEN (dir.), *La sécurité sociale des travailleurs salariés. Assujettissement, cotisations, sanctions*, Larcier, 2010, p. 73.

(43) X. VLIËGHE, *op. cit.*, p. 220.

(44) Il a ainsi été jugé que la présomption de représentant de commerce est opposable à une caisse d'assurances sociales pour travailleurs indépendants, qui peut néanmoins renverser cette présomption, Cour trav. Liège, 27 avril 1993, *Chron. D.S.*, 1994, p. 39 ; Cour trav. Liège, 10 juin 2008, *J.T.T.*, 2008, liv. 1022, p. 450.

vue, il n'équivaut pas à un renversement pur et simple et ne peut être mis sur le même pied que les présomptions légales.

Le mécanisme de partage de la preuve se caractérise aussi par le fait que son domaine d'application reste, pour l'essentiel, confiné au droit de la non-discrimination et à la protection contre le harcèlement et la violence au travail. L'extension au domaine du harcèlement s'explique par l'approche européenne, dans laquelle certaines formes de harcèlement sont traitées comme une discrimination.

* * *

13. Nous analyserons successivement les origines européennes du mécanisme de partage de la preuve (Première partie), sa réception contrastée par le législateur belge (Deuxième partie) et son application par les juridictions de fond (Troisième partie). En guise de conclusion, nous tenterons de dégager les forces et faiblesses de ce mécanisme, en revenant sur ce qui le distingue d'un renversement pur et simple de la charge de la preuve ou d'une présomption légale. Nous tenterons aussi de montrer que le partage de la preuve est moins étranger aux fondements de l'article 1315 du Code civil qu'il n'y paraît, en particulier si on accepte l'idée que cet article 1315 procède, pour partie au moins, de ce qu'on appelle la théorie de « la meilleure aptitude à la preuve ».

PREMIÈRE PARTIE : LES FONDEMENTS EUROPÉENS DU PARTAGE DE LA PREUVE

A. LES ORIGINES DU PARTAGE DE LA CHARGE DE LA PREUVE

1. Le domaine d'éclosion : les discriminations indirectes fondées sur le sexe

14. Ni la première directive concernant l'égalité de rémunération ⁽⁴⁵⁾, ni celle relative à l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle, et aux conditions de travail ⁽⁴⁶⁾, ni celle relative aux régimes légaux de sécurité sociale ⁽⁴⁷⁾, ne donnaient d'indication quant à la preuve des discriminations et de leur justification éventuelle.

L'aménagement de la charge de la preuve est d'origine jurisprudentielle, même si les premiers arrêts sont intervenus alors que le Conseil était déjà saisi d'une proposition de directive en la matière ⁽⁴⁸⁾.

(45) Directive 75/117/CEE du Conseil du 10 février 1975 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins.

(46) Directive 76/207/CEE du Conseil du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle, et les conditions de travail.

(47) Directive 79/7/CEE du Conseil, du 19 décembre 1978, relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale.

(48) Proposition de directive du Conseil relative à la charge de la preuve dans le domaine de l'égalité des rémunérations et de l'égalité de traitement entre femmes et hommes COM(88) 269 final (présentée par la Commission au Conseil le 27 mai 1988) (88/C 176/09), *J.O.C.E.*, 5 juillet 1988, n° C 176/5.

L'aménagement de la charge de la preuve est intimement lié au concept de discrimination indirecte, développé notamment à propos de certaines mesures spécifiques aux travailleurs à temps partiel, qui, dans les faits, frappaient « *un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes* »⁽⁴⁹⁾.

En matière de discrimination indirecte, le partage – ou le basculement – de la charge de la preuve s'est imposé dès lors que la différence de traitement pouvait être justifiée « *par des facteurs objectivement justifiés et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe* »⁽⁵⁰⁾.

Il pouvait, en effet, difficilement être envisagé que le travailleur à temps partiel alléguant une discrimination indirecte doive rapporter la preuve de l'absence de pareille justification conçue de manière aussi large.

15. Dans l'affaire Danfoss⁽⁵¹⁾, la Cour de justice de l'Union européenne a considéré le partage de la preuve comme indispensable à l'efficacité du principe d'égalité salariale.

Rappelant qu'« *aux termes de l'article 6 de la directive sur l'égalité des rémunérations, les États membres doivent prendre, conformément à leurs situations nationales et à leurs systèmes juridiques, les mesures nécessaires pour garantir l'application du principe de l'égalité des rémunérations et s'assurer de l'existence de moyens efficaces permettant de veiller au respect de ce principe* », la Cour a décidé que « *le souci d'efficacité qui sous-tend ainsi la directive doit conduire à interpréter celle-ci comme impliquant des aménagements aux règles nationales relatives à la charge de la preuve dans les situations particulières où ces aménagements sont indispensables à la mise en œuvre effective du principe d'égalité* »^{(52) (53)}.

Ainsi, « *l'employeur a la charge de prouver que sa pratique salariale n'est pas discriminatoire, dès lors que le travailleur féminin établit, par rapport à un nombre relativement important de salariés, que la rémunération moyenne des travailleurs féminins est inférieure à celle des travailleurs masculins* »⁽⁵⁴⁾.

(49) Aff. 96/80, Jenkins, arrêt du 31 mars 1981, *Rec.*, 1981, p. 911 ; Aff. 170/84, Bilka, arrêt du 13 mai 1986, *Rec.*, 1986, p. 1607.

(50) Aff. 170/84, Bilka, arrêt du 13 mai 1986, *Rec.*, 1986, p. 1607 ; voy. aussi aff. C-33/89, Kowalska, arrêt du 27 juin 1990, *Rec.*, I-2591, point 16 ; aff. C-184/89, Nimz, arrêt du 7 février 1991, *Rec.*, I-297, point 15.

(51) Cette affaire concernait une entreprise qui au sein d'une même classe salariale accordait à ses salariés, des majorations de salaires individuelles calculées en fonction de leur flexibilité, de leur formation professionnelle et de leur ancienneté. Sur la base de statistiques relatives aux rémunérations versées à 157 travailleurs entre 1982 et 1986, il avait été démontré que la rémunération moyenne accordée aux travailleurs masculins était supérieure de 6,85 % à celle accordée aux travailleurs féminins.

(52) Aff. C-109/88, Danfoss, arrêt du 17 octobre 1989, *Rec.*, I-3199, point 14.

(53) Voy. aussi aff. C-236/98, Jåmo, arrêt du 30 mars 2000, *Rec.*, I-2189, point 53 : « les travailleurs seraient privés du moyen de faire respecter le principe de l'égalité des rémunérations devant la juridiction nationale si la présentation d'éléments permettant de révéler une discrimination apparente n'avait pas pour effet d'imposer à l'employeur la charge de prouver que la différence de rémunération n'est pas, en réalité, discriminatoire ».

(54) Aff. C-109/88, Danfoss, arrêt du 17 octobre 1989, *Rec.*, I-3199, point 16.

Dans l'affaire Enderby, ayant donné lieu à un arrêt du 27 octobre 1993 ⁽⁵⁵⁾, l'avocat général a précisé le partage de la preuve devant intervenir en cas de discrimination directe : le travailleur qui s'estime discriminé doit fournir l'exemple d'un travail identique (ou de valeur égale), occupé par un travailleur de l'autre sexe, et qui est mieux rémunéré. La preuve de ces éléments a pour conséquence que c'est alors à l'employeur de rapporter la preuve contraire, par exemple en justifiant la différence de rémunération par des motifs objectifs sans rapport avec le sexe ⁽⁵⁶⁾.

16. La jurisprudence de la Cour a débouché sur l'adoption, en 1997, d'une directive réglant spécifiquement la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe.

Cette directive imposait aux États membres de prendre les mesures nécessaires « afin que, dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établi, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement » ⁽⁵⁷⁾.

Cette directive a ainsi consacré le principe d'un partage de la charge de la preuve articulé autour de la notion de « faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination ».

Il a été clairement indiqué que ce mécanisme répond à un souci d'effectivité de la lutte contre les discriminations ⁽⁵⁸⁾, la volonté étant d'assurer une mise en œuvre effective de l'égalité de traitement découlant par ailleurs également de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs ⁽⁵⁹⁾.

Le mécanisme instauré par la directive était applicable aux discriminations fondées sur le sexe en matière de rémunérations, d'accès à l'emploi et de conditions de travail, de maternité et de congé parental ⁽⁶⁰⁾. On relèvera qu'à la différence de la proposition initiale de la Commission, la directive ne contient pas de règle spécifique sur l'accès à l'information.

(55) Aff. C-127/92, Enderby, arrêt du 27 octobre 1993, *Rec.*, I-5566.

(56) Conclusions présentées par l'avocat général LENZ le 14 juillet 1993 dans l'affaire Enderby, C-127/92, *Rec.*, I-5554, en particulier point 19.

(57) Article 4, § 1^{er}, de la directive 97/80/CE du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe.

(58) Voy. le considérant n° 17 de la directive qui précise « que les parties demanderesses en justice pourraient être privées de tout moyen efficace de faire respecter le principe de l'égalité de traitement devant la juridiction nationale si le fait d'apporter la preuve d'une discrimination apparente n'avait pas pour effet d'imposer à la partie défenderesse la charge de prouver que sa pratique n'est, en réalité, pas discriminatoire ».

(59) Voy. le point 16 de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs qui précise qu'il « convient d'intensifier les actions pour garantir la mise en œuvre de l'égalité des chances entre hommes et femmes, notamment pour l'accès à l'emploi, la rémunération, les conditions de travail, la protection sociale, l'éducation, la formation professionnelle et l'évolution des carrières ».

(60) Voy. art. 3, § 1^{er}, a) de la directive 97/80/CE.

L'article 4 de la proposition présentée en 1988 ⁽⁶¹⁾ prévoyait que les États membres introduisent dans leur ordre juridique les mesures nécessaires afin que :

« a) les cours, tribunaux et autres instances compétentes puissent ordonner toute mesure nécessaire pour assurer l'instruction effective de toute plainte de discrimination ;

b) les parties concernées puissent disposer de toute information pertinente qui est en la possession de la partie adverse ou qui peut raisonnablement être présumée être en la possession de celle-ci et qui leur est nécessaire pour faire valoir leurs droits, et dont la divulgation n'est pas susceptible de nuire gravement aux intérêts de cette partie pour des motifs autres que ceux du litige concerné ».

Cette proposition, qui avait été approuvée par le Conseil économique et social ⁽⁶²⁾, n'a pas été maintenue. Elle a été retirée ⁽⁶³⁾ suite à l'adoption de la directive 97/80 CE. Elle avait toutefois le mérite d'aborder de front la nécessaire interaction entre le droit à l'information et la protection des données à caractère personnel, qui reste une facette particulièrement sensible de la lutte contre les discriminations ⁽⁶⁴⁾.

2. L'adoption d'une matrice commune

17. On sait qu'à la suite du Traité d'Amsterdam, l'Union européenne a étoffé et élargi ses dispositifs de lutte contre les discriminations, avec l'adoption d'une directive en matière de discriminations fondées sur la race et l'origine ethnique ⁽⁶⁵⁾ et d'une directive sur les discriminations en matière d'emploi ⁽⁶⁶⁾, tandis que le cadre législatif en

(61) Proposition de directive du Conseil relative à la charge de la preuve dans le domaine de l'égalité des rémunérations et de l'égalité de traitement entre femmes et hommes COM(88) 269 final (présentée par la Commission au Conseil le 27 mai 1988) (88/C 176/09), *J.O.C.E.*, 5 juillet 1988, n° C 176/5.

(62) Avis du 16 juin 1988 sur la proposition de directive du Conseil relative à la charge de la preuve dans le domaine de l'égalité des rémunérations et de l'égalité de traitement entre femmes et hommes (*J.O.C.E.* du 31 décembre 1988, n° C 337/19). On relèvera que le Conseil avait été assez sensible aux questions de respect de la confidentialité puisqu'il indiquait : « 1.10. Le Comité se félicite de l'idée de préserver le pouvoir discrétionnaire de la juridiction ou de l'autorité compétente de ne pas divulguer des informations confidentielles, si la divulgation peut causer de graves dommages aux intérêts de la partie adverse pour des raisons ne concernant pas le litige en cours. Cette protection devrait être étendue aux deux parties de façon conjointe et indifférenciée, ainsi qu'à d'éventuelles tierces parties concernées » (*J.O.C.E.*, 31 décembre 1988, n° C 337/58).

(63) *Voy. J.O.C.E.*, 1998, C 40, p. 7.

(64) *Voy. E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « À la recherche d'un équilibre entre le droit à l'égalité et d'autres droits fondamentaux », rapport rédigé au nom du réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, 2010 (accessible à l'adresse http://www.non-discrimination.net/content/media/TR%20Balance%20equality%20and%20fundamental%20rights_FR).pdf, en particulier, p. 33-34.*

(65) 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.

(66) Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

matière de discriminations fondées sur le sexe était affiné⁽⁶⁷⁾, refondu⁽⁶⁸⁾ et élargi aux prestations de biens et de services⁽⁶⁹⁾.

Le partage de la charge de la preuve est défini dans des termes identiques par ces différentes directives⁽⁷⁰⁾.

Dans chaque cas, il est prévu que le mécanisme européen « *ne fait pas obstacle à l'adoption par les États membres de règles de la preuve plus favorables aux plaignants* » et que les États peuvent ne pas appliquer ce mécanisme « *lorsque l'instruction des faits incombe à la juridiction ou à l'instance compétente* ».

L'exclusion des procédures pénales est prévue dans des termes presque identiques (*cfr infra*).

B. LE CHAMP D'APPLICATION DU MÉCANISME EUROPÉEN DE PARTAGE DE LA PREUVE

1. Questions donnant lieu à partage de la charge de la preuve

18. Le lieu n'est pas ici d'examiner, de manière approfondie, le champ d'application des quatre directives prévoyant un mécanisme de partage de la preuve. On se limitera à une présentation générale des matières couvertes par ces directives.

En ce qui concerne les discriminations fondées sur le sexe, le mécanisme s'applique à l'égalité de rémunération⁽⁷¹⁾, ainsi qu'aux matières suivantes :

- l'accès à l'emploi (y compris la promotion) et l'accès à la formation professionnelle⁽⁷²⁾ ;

(67) Directive 2002/73 du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail.

(68) Directive 2006/54 du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte).

(69) Directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services.

(70) Articles 10, § 1^{er}, de la directive 2000/78 ; 8, § 1^{er}, de la directive 2000/43 ; 9, § 1^{er}, de la directive 2004/113 ; 19, § 1^{er}, de la directive 2006/54 : « Les États membres prennent les mesures nécessaires, conformément à leur système judiciaire, afin que, dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établit, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement ».

(71) En ce qui concerne les rémunérations, on rappellera qu'indépendamment de la directive, il découle de l'article 157 § 1^{er}, du TFUE (ancien art. 141, § 1^{er}, du Traité CEE, ancien art. 119), qui a un effet direct horizontal (voir arrêt *Defrenne II* du 8 avril 1976) et implique un déplacement de la charge de la preuve.

(72) Article 1^{er} de la directive 2006/54.

- les conditions de travail ⁽⁷³⁾ ;
- les régimes professionnels de sécurité sociale ⁽⁷⁴⁾ ;
- l'injonction de discriminer selon le sexe ⁽⁷⁵⁾ ;
- le traitement moins favorable d'une femme lié à la grossesse ou au congé de maternité ⁽⁷⁶⁾ ;
- les biens et services ⁽⁷⁷⁾.

On relèvera aussi qu'en vertu de l'article 19, § 4, de la directive 2006/54, le mécanisme de partage de la preuve s'applique aux situations visées par la directive relative à la protection de la maternité ⁽⁷⁸⁾ et par la directive sur le congé parental ⁽⁷⁹⁾, dans la mesure où ce qui est en cause est une discrimination fondée sur le sexe.

Le harcèlement lié au sexe d'une personne et le harcèlement sexuel rentrent aussi dans le champ d'application de la directive 2006/54 (*cf* ci-dessous).

La directive 2000/43 concerne les discriminations ⁽⁸⁰⁾ fondées sur la race ou l'origine ethnique ⁽⁸¹⁾ dans les domaines suivants : les conditions d'accès à l'emploi, à l'orientation professionnelle, à la formation ; les conditions d'emploi et de travail ; l'affiliation à une organisation professionnelle ; la protection sociale, y compris la sécurité sociale et les soins de santé ; les avantages sociaux ; l'éducation, les biens et services (y compris le logement) ⁽⁸²⁾.

La directive 2000/78 concerne les discriminations ⁽⁸³⁾ fondées sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ⁽⁸⁴⁾, dans les domaines suivants ⁽⁸⁵⁾ : les conditions d'accès à l'emploi, à l'orientation professionnelle, à la forma-

(73) Article 1^{er} de la directive 2006/54.

(74) Article 1^{er} de la directive 2006/54 ; il s'agit d'une nouveauté même si précédemment, de nombreux avantages complémentaires de sécurité sociale étaient déjà couverts en raison de leur caractère rémunérateur.

(75) Article 2, § 2, de la directive 2006/54 qui inclut dans la notion de discrimination, différentes formes de harcèlement fondé sur le sexe.

(76) Article 2, § 2 de la directive 2006/54.

(77) Article 3, § 1^{er}, de la directive 2004/113.

(78) Directive 92/85 du Conseil, du 19 octobre 1992, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail.

(79) Directive 96/43 du Conseil du 3 juin 1996 concernant l'accord-cadre sur le congé parental conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES, cette directive ayant actuellement été remplacée par la directive 2010/18 du Conseil du 8 mars 2010 portant application de l'accord-cadre révisé sur le congé parental conclu par BusinessEurope, l'UEAPME, le CEEP et la CES et abrogeant la directive 96/34/CE. On relèvera que selon l'article 4 de cette directive, « les références faites à la directive 96/34/CE s'entendent comme faites à la présente directive ».

(80) Ainsi que le harcèlement lié à ces motifs et l'injonction de discriminer : voy. l'article 2, § 3 et § 4, de la directive 2000/43.

(81) Mais pas sur la nationalité, voy. article 3, § 2, de la directive 2000/43.

(82) Voy. article 3, § 1^{er}, de la directive 2000/43.

(83) Ainsi que le harcèlement lié à ces motifs et l'injonction de discriminer : voy. l'article 2, § 3 et § 4, de la directive 2000/78.

(84) Voy. l'article 1^{er} de la directive 2000/78. La nationalité n'est pas visée et est même expressément exclue par l'article 3, § 2.

(85) Voy. l'article 3, § 1^{er}, de la directive 2000/78.

tion professionnelle ; les conditions d'emploi et de travail ; l'affiliation à une organisation professionnelle.

La directive 2000/78 ne s'applique pas aux discriminations en matière de sécurité sociale. En effet, selon son article 3, § 3, elle « *ne s'applique pas aux versements de toute nature effectués par les régimes publics ou assimilés, y compris les régimes publics de sécurité sociale ou de protection sociale* ».

19. En ce qui concerne le harcèlement, on ne perdra pas de vue que les directives européennes ne concernent que certaines formes de harcèlement.

C'est ainsi que les directives 2000/43⁽⁸⁶⁾ et 2000/78⁽⁸⁷⁾ ne concernent que le harcèlement lié à l'un des motifs qu'elles protègent.

De même, la directive 2006/54 ne concerne que le harcèlement lié au sexe de la personne et le harcèlement sexuel⁽⁸⁸⁾.

L'option européenne de traiter le harcèlement dans le cadre de la lutte contre les discriminations est source d'interrogations⁽⁸⁹⁾ : cette approche est loin de couvrir toutes les causes de harcèlement, qui peuvent être multiples (peur du chômage, course effrénée à la promotion, structure même du travail, ...) ⁽⁹⁰⁾.

2. Domaines pour lesquels un partage de la preuve n'est pas prévu ou est exclu

20. Le partage de la charge de la preuve n'est, par contre, pas prévu par les différentes directives spécifiques au travail à temps partiel⁽⁹¹⁾, au travail à durée déterminée⁽⁹²⁾ et

(86) Voy. l'article 2, § 3, de cette directive, « le harcèlement est considéré comme une forme de discrimination au sens du paragraphe 1^{er} lorsqu'un comportement indésirable lié à la race ou à l'origine ethnique se manifeste, qui a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant. Dans ce contexte, la notion de harcèlement peut être définie conformément aux législations et pratiques nationales des États membres ».

(87) Voy. l'article 2, § 3, de cette directive.

(88) Sur la distinction entre les deux notions, voy. J. JACQMAIN, « L'Égalité entre femmes et hommes dans les conditions de travail: amendements à la directive européenne 76/207 », *Chron. D.S.*, 2003, p. 263. À la différence du harcèlement sexuel, le harcèlement lié au sexe de la personne ne doit pas être un comportement à connotation sexuelle. Il peut découler de ce que dans le langage courant, on qualifie parfois de comportements sexistes.

(89) Voy., par exemple, R. HOLTMAAT, « Harcèlement sexuel et harcèlement fondé sur le sexe en droit de l'UE : clarification des concepts », *Revue du droit européen de l'égalité des genres*, n° 2/2011, p. 8 et s. ; cet auteur s'interroge sur la pertinence de l'inclusion du harcèlement sexuel dans les directives sur l'égalité entre les hommes et les femmes.

(90) G. ZORBAS, *Le harcèlement. Droits européen, belge, français et luxembourgeois*, Larcier, Droit social, 2010, p. 130.

(91) Directive 97/81/CE du Conseil du 15 décembre 1997 concernant l'accord-cadre sur le travail à temps partiel conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES.

(92) Directive 1999/70/CE du Conseil du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée.

au travail intérimaire⁽⁹³⁾. En effet, bien qu'elles énoncent un principe de non-discrimination, ces directives, dont certaines sont issues du dialogue social européen, restent muettes à propos de la charge de la preuve.

Même si sa portée est limitée⁽⁹⁴⁾, la directive du Parlement européen et du Conseil du 7 juillet 2010 concernant l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes exerçant une activité indépendante, et abrogeant la directive 86/613/CEE du Conseil, ne donne pas d'indication en ce qui concerne la charge de la preuve.

De même, nous avons déjà signalé que la directive relative à l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans les régimes légaux de sécurité sociale⁽⁹⁵⁾ ne donne aucune indication à cet égard.

21. Enfin, y compris pour les matières relevant du champ d'application des directives visées au 1. ci-dessus, le partage de la preuve est, en principe, exclu pour les procédures pénales.

Cette exclusion peut trouver sa justification dans le principe de légalité en matière pénale (*nullum crimen sine lege*)⁽⁹⁶⁾, notamment lorsqu'il s'agit d'établir une présomption de discrimination indirecte sur la base de statistiques.

C'est ainsi que la circonstance que, par rapport à un nombre relativement important de salariés, une catégorie déterminée est susceptible de bénéficier, en moyenne, de rémunérations (ou de conditions de travail) moins favorables, manque de la prévisibilité requise pour fonder des poursuites pénales.

L'exclusion des procédures pénales est aussi, plus généralement, justifiée par le souci de préserver la présomption d'innocence⁽⁹⁷⁾.

(93) Directive 2008/104/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008 relative au travail intérimaire.

(94) En ce sens qu'elle ne concerne que les aspects qui ne sont pas régis par les directives 2006/54/CE (directive refonte) et 79/7/CEE (sécurité sociale) et ne porte pas préjudice à l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services qui reste régie par la directive 2004/113/CE.

(95) Directive 79/7/CEE du Conseil du 19 décembre 1978, relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale.

(96) O. DE SCHUTTER, « Les techniques particulières de preuve dans le cadre de la lutte contre la discrimination », in *Prouver la discrimination. La mise en œuvre de la législation de l'UE sur l'anti-discrimination : le rôle des organismes spécialisés*, Rapport de la première réunion d'experts, organisée par le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, Migration Policy Group, p. 31-32.

(97) On relèvera toutefois que la Cour européenne des droits de l'homme semble considérer qu'une « présomption de responsabilité » en matière pénale n'est pas nécessairement contraire à la Convention européenne des droits de l'homme, « pour autant que les États ne franchissent pas certaines limites prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense » (C.E.D.H. arrêts du 7 octobre 1988, *Salabiaku c. France*, § 28; du 25 septembre 1992, *Pham Hoang c. France*, § 33 ; du 5 juillet 2001, *Philips c. Royaume-Uni*, § 40). F. KUTY (*Justice pénale et procès équitable*, Tome 2, Larcier, Délai raisonnable – Présomption d'innocence – Droit spécifique du prévenu) relève que la convention ne prohibe pas en soi les présomptions de fait ou de droit qui peuvent se rencontrer dans les lois répressives tout en précisant que l'article 6, § 2 ne s'en désintéresse pas (n° 1650, p. 262). La Cour ne formule pas une interdiction *in abstracto* mais va vérifier, au contraire, *in concreto*, si la présomption a été appliquée de manière compatible avec la présomption d'innocence et plus généralement avec la notion de procès

En pratique, – même si, à notre connaissance, la question n’a pas été soumise à la Cour de justice –, se pose la question de savoir si les constatations faites dans le cadre du partage de la preuve peuvent être utilisées dans le cadre d’une procédure pénale ultérieure. Nous reviendrons sur cette interrogation lors de l’examen de la jurisprudence belge, la Cour constitutionnelle ayant à cet égard formulé une réserve d’interprétation⁽⁹⁸⁾.

C. FORCES ET FAIBLESSES DU MÉCANISME EUROPÉEN DE PARTAGE DE LA PREUVE

22. Créé *ex nihilo*⁽⁹⁹⁾ par la Cour de justice⁽¹⁰⁰⁾, le partage de la preuve s’inscrit dans une dynamique qui n’est pas linéaire, mais comme c’est souvent le cas pour les créations jurisprudentielles, comprend des avancées, des temps d’arrêt⁽¹⁰¹⁾, des focalisations (parfois excessives) sur certains points tandis que d’autres sont sans raison apparente laissés dans l’ombre. Pour rendre compte de manière synthétique⁽¹⁰²⁾ de cette dynamique, nous tenterons d’identifier certaines forces et faiblesses du partage de la preuve tel qu’il est actuellement reçu en droit européen.

1. Une justification claire et transposable

23. Pour la Cour de justice, le partage de la charge de la preuve s’impose pour des raisons d’effectivité : comme indiqué précédemment⁽¹⁰³⁾, pour la Cour de justice, il y

équitable (n° 1650, p. 262). L’inculpé ne doit ainsi pas être privé de toute possibilité de défense et la présomption ne doit pas être irréfragable. Il faut donc que les juridictions pénales puissent jouir d’une réelle liberté d’appréciation. Virtuellement, en l’espèce, on voit que des mécanismes partagés du fardeau de la preuve pourraient satisfaire à l’exigence de la Cour européenne des droits de l’homme, quoiqu’il soit malaisé d’appliquer tous les critères puisque la Cour, par exemple, évoque le fait que le doute puisse bénéficier même sur le terrain d’une infraction matérielle au prévenu (arrêt Salabiaku, § 29), ce qu’on a du mal, évidemment, à concilier avec un mécanisme dont le but est justement de modifier le risque de la preuve. La Cour rappelle que l’usage des présomptions en matière pénale doit être fait avec une particulière modération. On lira avec intérêt, à cet égard, les réflexions de F. KUTY (*idem*), sur différentes illustrations dans d’autres domaines.

(98) Arrêt n° 157/2004 du 6 octobre 2004 ; voy. aussi le point 100.2. de l’arrêt n° 40/2009 du 11 mars 2009.

(99) M. DE VOS, « De bouwstenen van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen na de wet bestrijding discriminatie », in *De Wet Bestrijding Discriminatie in de praktijk*, Intersentia, M. DE VOS et E. BREMS (eds.), p. 84.

(100) On ne peut exclure que la Cour ait malgré tout été inspirée par la Proposition de directive du Conseil relative à la charge de la preuve dans le domaine de l’égalité des rémunérations et de l’égalité de traitement entre femmes et hommes COM(88) 269 final (présentée par la Commission au Conseil le 27 mai 1988) (88/C 176/09), *J.O.C.E.*, 5 juillet 1988, n° C 176/5.

(101) Voy. P. HUMBLET, « Gelijke behandeling van mannen en vrouwen : een *status quaestionis* », *Gelijkheid in het arbeidsrecht. Gelijkheid zonder grenzen ?*, D. CUYPERS (ed.), Intersentia, 2003, p. 138.

(102) Voy. aussi M. MINE, « Le régime probatoire de la discrimination », ERA, Trèves, 2 octobre 2004, accessible via http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/03_Burden_of_proof/2004_Mine_FR.pdf ; L. CLUZEL-MÉTAYER, « Le contentieux des discriminations devant le Conseil d’État français à la lumière de l’arrêt *Mme Perreux* », *Revue des affaires européennes*, 2009-2010, n° 2, pp. 280-281 ; 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 », *Revue de droit du travail*, 2010 p. 635.

(103) Voy. ci-dessus n° 15 ; voy. aussi aff. C-381/99, Brunnhofer, arrêt du 26 juin 2001, *Rec.*, 2001, I-4961, point 55 : « dans un système (manquant de transparence), les travailleurs féminins sont dans l’impossibilité de comparer les différentes composantes de leur salaire avec celles de la rémunération de leurs collègues

a matière à aménagement de la charge de la preuve « *lorsque cela s'avère nécessaire pour ne pas priver les travailleurs victimes de discrimination apparente de tout moyen efficace de faire respecter le principe de l'égalité des rémunérations* ». Cet objectif n'est pas spécifique à l'égalité de genres mais couvre l'ensemble des directives prévoyant un mécanisme de partage de la preuve ⁽¹⁰⁴⁾.

Il a aussi été suggéré par l'avocat général Lenz que le partage de la preuve est nécessaire pour éviter que la victime ne doive rapporter la preuve d'un fait négatif, à savoir « *l'absence d'autres raisons à l'inégalité de traitement* » que le critère protégé ⁽¹⁰⁵⁾. En pratique, l'employeur a une meilleure disposition à prouver le motif réel de sa décision ⁽¹⁰⁶⁾ que le travailleur à établir, par élimination de tous les autres motifs admissibles, que la situation ne s'explique que par un motif prohibé.

2. Les bénéficiaires du partage de la charge de la preuve

24. De manière à accroître l'effectivité des droits des victimes, plusieurs directives ⁽¹⁰⁷⁾ invitent les États à veiller « *à ce que les associations, les organisations ou les personnes morales qui ont, conformément aux critères fixés par leur législation nationale, un intérêt légitime à assurer que les dispositions de la directive soient respectées puissent, pour le compte ou à l'appui du plaignant, avec son approbation, engager toute procédure judiciaire et/ou administrative prévue pour faire respecter les obligations découlant de la présente directive* ».

Dans le cadre de l'affaire Feryn, le Centre pour l'égalité des chances a bénéficié du mécanisme du partage de la preuve : ni la Cour de justice ⁽¹⁰⁸⁾, ni l'avocat général, n'ont vu d'obstacle à cette application. Il paraît donc que le partage de la preuve ne bénéficie pas qu'à la seule victime. Nous verrons toutefois qu'en droit belge, se pose la question de savoir si, lorsqu'il agit en cessation, l'auditeur du travail bénéficie de cet aménagement ⁽¹⁰⁹⁾.

masculins qui font partie de la même classe salariale et ne peuvent établir de différence qu'entre des rémunérations moyennes, de sorte qu'ils seraient privés en pratique de toute possibilité de contrôler effectivement le respect du principe de l'égalité des rémunérations s'il n'incombait pas à l'employeur d'indiquer la manière dont il a appliqué les critères de majoration (voir arrêt Danfoss, précité, points 10, 13 et 15) ».

(104) Voy., notamment, aff. C-415/10, Meister, arrêt du 19 avril 2012, point 38.

(105) Conclusions présentées par l'avocat général LENZ le 14 juillet 1993 dans l'affaire Enderby, C-127/92, Rec., I-5554, point 24 ; voy. dans le même sens, Doc. parl., Chambre, n° 51-2720/009, p. 89.

(106) Selon la fiche d'évaluation d'impact (COM (1999) 566, p. 23 et COM (1999) 565, p. 28), accompagnant les propositions de directives race et autres discriminations en matière d'emploi, les entreprises « auront toutefois intérêt à conserver une trace de leurs décisions concernant le recrutement, la promotion, l'accès à la formation et les autres conditions de travail pour démontrer qu'elles n'ont pas été fondées sur la race et/ou l'origine ethnique » (ou sur un autre motif prohibé) : dans cette perspective, la preuve contraire reste une preuve positive.

(107) Voy. par exemple, l'article 17, § 2, de la directive 2006/54.

(108) Aff. C-54/07, Feryn, arrêt du 10 juillet 2008, COM (1999) 566, points 29 et suivants ; conclusions de l'Avocat Général M.M. POIARES MADURO présentées le 12 mars 2008, points 20 à 25.

(109) Voy. *infra* n° 43.

3. Faits permettant de présumer une discrimination directe

25. Même si, à l'origine, le partage de la preuve n'était prévu qu'en matière de discriminations indirectes, il est actuellement acquis qu'en cas d'allégation d'une discrimination directe, la victime bénéficie également d'un allègement de la charge de la preuve.

À la suite des conclusions présentées par l'avocat général Lenz ⁽¹¹⁰⁾ dans l'affaire Enderby, il semble en effet que, quel que soit le domaine concerné, le travailleur qui invoque une discrimination directe doit uniquement apporter la preuve de son appartenance à un groupe protégé, la preuve du caractère objectivement comparable de sa situation avec celle d'une personne n'appartenant pas à ce groupe ainsi que la preuve de la différence de traitement.

Sur la base de ce qu'il appelle la méthode Lenz, M. De Vos ⁽¹¹¹⁾ qualifie ce mécanisme de « *zeer lage bewijsdrempel* » et constate, par exemple, qu'un travailleur allochtone qui n'a pas été retenu à l'occasion d'une épreuve de sélection doit uniquement prouver qu'un travailleur autochtone a été engagé alors que leurs qualifications étaient objectivement équivalentes, ou encore qu'un travailleur âgé licencié doit seulement démontrer que des travailleurs plus jeunes de la même catégorie n'ont pas été licenciés alors que leurs prestations et évaluations étaient équivalentes.

En pratique, toutefois, l'existence d'une situation comparable peut ne pas s'avérer si simple à démontrer.

Il faut tout d'abord s'inscrire dans les principes dégagés ⁽¹¹²⁾ à propos des comparaisons concrètement admissibles ⁽¹¹³⁾ et des hypothèses dans lesquelles un élément théorique de comparaison suffit ⁽¹¹⁴⁾. Bien qu'elle dépasse le cadre de la présente contribution, cette question d'ordre plutôt substantiel peut avoir une incidence très

(110) Voy. le point 19 des conclusions présentées par l'avocat général LENZ le 14 juillet 1993 dans l'affaire Enderby, C-127/92, *Rec.*, I-5554 : « Dans les cas de discrimination directe il est nécessaire et suffisant d'effectuer une comparaison concrète entre la rémunération d'une employée et d'un employé, ayant un même travail ou un travail de valeur égale auprès du même employeur. La demanderesse doit en justice faire état d'une personne de comparaison de sexe masculin issue de la même entreprise et ayant un même travail ou un travail de valeur égale qui soit mieux payé ».

(111) M. DE VOS, « De bouwstenen van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen na de wet bestrijding discriminatie », in *De Wet Bestrijding Discriminatie in de praktijk*, Intersentia, M. DE VOS et E. BREMS (eds.), p. 89.

(112) En ce qui concerne l'égalité de rémunérations, la comparabilité du travail doit se faire en fonction d'un ensemble de facteurs, tels que la nature du travail, les conditions de formation et les conditions de travail ; voy. par exemple, arrêt du 31 mai 1995, Royal Copenhagen, C-400/93, *Rec.*, p. I-1275, points 32 et 33, et arrêt du 11 mai 1999, Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse, C-309/97, *Rec.*, 1999, I-2865, point 17.

(113) Aff. C-320/00, Lawrence, arrêt du 17 septembre 2002, *Rec.*, 2002, I-7325 ; aff. C-256/01, Allonby, arrêt du 13 janvier 2004, *Rec.*, 2004, I-873. En règle, il faut que la différence de traitement découle « d'une source unique » ; en d'autres termes, il faut une entité qui est responsable de l'inégalité et qui pourrait la corriger.

(114) En cas de discrimination directe liée au sexe, l'exigence d'une personne de comparaison de sexe masculin peut tomber ; voy. aff. C-177/88, Dekker, arrêt du 8 novembre 1990, *Rec.*, 1990, I-3941, points 17 et s., à propos du refus d'engager une femme enceinte alors qu'aucun candidat masculin ne s'était présenté.

significative sur l'objet de la preuve et ainsi sérieusement compliquer la situation de celui qui allègue une discrimination.

Par ailleurs, il n'est pas rare que les éléments permettant d'établir la comparabilité, comme l'existence d'un travail égal ou de valeur égale, se trouvent entre les mains du seul employeur ou encore qu'en cas d'allégation d'une discrimination à l'embauche, le candidat évincé soit dans l'incapacité de démontrer qu'il présentait les mêmes qualifications que le candidat retenu.

Des difficultés d'ordre pratique sont donc fréquentes en ce qui concerne l'accès à l'information (on rappellera que la Commission avait, d'ailleurs, dans sa première proposition de directive, suggéré de régler spécifiquement cette question⁽¹¹⁵⁾).

26. L'affaire Brunnhofer⁽¹¹⁶⁾ illustre à la fois la simplicité apparente et les difficultés pratiques de la preuve qui doit être rapportée par la personne qui allègue une discrimination directe.

La Cour a rappelé sa jurisprudence Enderby : il appartient à la partie requérante de prouver par toute voie de droit qu'elle perçoit une rémunération inférieure à celle versée à son collègue masculin de référence et qu'elle exerce en réalité un même travail ou un travail de valeur égale, comparable à celui effectué par ce dernier.

Sur la question de savoir dans quelle mesure l'employeur doit participer à la preuve du caractère comparable de la situation, la Cour a donné une réponse claire : l'employeur n'est pas tenu de démontrer que les activités des deux travailleurs concernés sont distinctes⁽¹¹⁷⁾.

Ainsi, pour qu'il y ait apparence de discrimination, il faut que la preuve de la comparabilité et la preuve de la différence de traitement soient rapportées par la victime: ce n'est que si ces preuves sont rapportées que l'employeur doit prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe d'égalité des rémunérations.

27. Deux arrêts récents nous semblent ouvrir des perspectives intéressantes⁽¹¹⁸⁾ pour la personne qui allègue une discrimination directe et qui, dans le cadre de la preuve qu'elle doit rapporter, éprouverait certaines difficultés à démontrer la différence de traitement et/ou la comparabilité des situations.

Dans l'affaire Meister, il a été jugé que si les règles relatives à la charge de la preuve « ne prévoient pas le droit, pour un travailleur alléguant de façon plausible qu'il remplit les conditions énoncées dans un avis de recrutement et dont la candidature n'a pas été retenue, d'accéder à l'information précisant si l'employeur, à l'issue de la procédure de recrutement, a embauché un autre candidat (...), il ne saurait être exclu qu'un refus de tout accès à l'information de la part d'une partie défenderesse peut constituer l'un des éléments à prendre en compte dans le cadre de l'établissement des faits qui permettent de

(115) Cfr ci-dessus n° 16.

(116) Aff. C-381/99, Brunnhofer, arrêt du 26 juin 2001, Rec., 2001, I-4961.

(117) Aff. C-381/99, Brunnhofer, arrêt du 26 juin 2001, Rec., 2001, I-4961, points 58 et 59.

(118) Voy. toutefois, L. FARKAS, « Getting it right the wrong way. The consequences of a summary judgment: the Meister case », European Anti-discrimination Law Review, n° 15, p. 23.

présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte »^{(119) (120)}. Ainsi, le refus de communiquer une information peut donc être pris en compte dans l'appréciation des faits permettant de présumer une discrimination. La victime aurait donc tout intérêt à interroger l'auteur présumé de la discrimination à propos du traitement plus favorable accordé à la personne de référence. Le refus de donner suite à cette demande pourrait concourir à la preuve devant être rapportée par la victime.

Il paraît toutefois prématuré d'affirmer que cette démarche pourra être utile dans toutes les hypothèses de discrimination directe. Il n'est pas exclu qu'en particulier dans l'affaire Meister, la Cour ait été sensible à la position spécifique du candidat évincé. En effet, comme le relevait l'avocat général, cette position « *nécessairement extérieure à l'entreprise recrutante, rend l'obtention des indices ou des faits permettant de présumer l'existence d'une discrimination encore plus difficile que lorsqu'il s'agit de démontrer que l'employeur met en œuvre un certain nombre de mesures discriminatoires en ce qui concerne les conditions de rémunération des employés, par exemple* »⁽¹²¹⁾.

Donner, de manière générale, une certaine importance au refus de répondre pourrait néanmoins être une façon de renouer avec le souci de transparence qui, à l'origine, avait inspiré la Cour de justice dans l'affaire Danfoss⁽¹²²⁾. Ceci étant, même si on devait ne pas la confiner à l'hypothèse du recrutement, la solution retenue par la Cour resterait bien en-deçà de ce qui avait été proposé en 1988 par la Commission⁽¹²³⁾.

4. Faits permettant de présumer une discrimination indirecte : des statistiques aux mesures intrinsèquement suspectes

28. En matière de discrimination indirecte, la jurisprudence de la Cour de justice s'est, dans un premier temps, focalisée sur le rôle des statistiques⁽¹²⁴⁾.

Pour permettre de conclure à l'existence d'une apparence de discrimination, les données statistiques doivent être significatives, ce qui suppose qu'elles montrent que la mesure litigieuse affecte un pourcentage sensiblement, voire considérablement, plus

(119) Aff. C 415/10, Meister, arrêt du 19 avril 2002, points 46 et 47.

(120) Aff. C-104/10, Kelly, arrêt du 21 juillet 2011, point 34 : si la directive « ne prévoit pas un droit spécifique en faveur d'une personne qui s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe d'égalité de traitement d'accéder à des informations afin qu'elle soit en mesure d'établir des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte » conformément à cette disposition, il n'en demeure pas moins qu'il ne saurait être exclu qu'un refus d'information de la part de la partie défenderesse, dans le cadre de l'établissement de tels faits, puisse risquer de compromettre la réalisation de l'objectif poursuivi par cette directive, et ainsi priver notamment ladite disposition de son effet utile ».

(121) Aff. C 415/10, Meister, conclusions de l'avocat général PAOLO MENGOLZI présentées le 12 janvier 2012, point 32.

(122) Voy. aussi aff. 318/86, Commission c. France, arrêt du 30 juin 1988, point 27 ; dans cette affaire, la Cour a condamné un système de recrutement caractérisé par un manque de transparence comme étant contraire au principe de l'égalité d'accès à l'emploi, au motif que ce manque de transparence empêchait toute forme de contrôle de la part des juridictions nationales.

(123) Cfr ci-dessus point 16.

(124) Voy. not. aff. C-109/88, Danfoss, arrêt du 17 octobre 1989, *Rec.*, I-3199 ; aff. C-127/92, Enderby, arrêt du 27 octobre 1993, *Rec.*, p. I-5535 ; aff. C-400/93, Royal Copenhagen, arrêt du 31 mai 1995, *Rec.*, p. I-1275 ; aff. C-167/97, Seymour-Smith, arrêt du 9 février 1999, *Rec.*, p. I-623.

important de travailleurs présentant la caractéristique protégée que de travailleurs ne présentant pas cette caractéristique.

L'outil statistique est loin d'être une panacée. Outre le fait que, dans certaines circonstances ⁽¹²⁵⁾ (on pense notamment aux petites et moyennes entreprises), l'échantillon représentatif peut faire défaut, les statistiques ont montré leurs limites ⁽¹²⁶⁾ : elles ne sont pas toujours univoques et donnent parfois lieu à interprétation.

Dans l'affaire Seymour-Smith ⁽¹²⁷⁾, par exemple, la Cour de justice a été amenée à s'interroger sur l'importance à accorder à des statistiques postérieures à l'adoption de l'acte litigieux, ou qui, sur une plus longue période, témoignent « *d'un écart moins important mais persistant et relativement constant* » ⁽¹²⁸⁾.

La Cour a, en définitive, considéré que c'est au juge national qu'il appartient de vérifier « *si (les statistiques) 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* » ⁽¹²⁹⁾.

On ne doit pas non plus se laisser abuser par l'allure mathématique de la méthode statistique, qui lui donne une « aura scientifique », sans qu'elle soit pour autant à l'abri de conceptions simplistes ⁽¹³⁰⁾. La doctrine a ainsi proposé une méthodologie rigoureuse de construction des groupes de comparaison devant permettre d'obtenir des statistiques fiables. On pourra s'y référer ⁽¹³¹⁾ même si elle ne semble pas avoir influencé la pratique judiciaire.

(125) Voy. aussi les réticences, dans certains pays, à établir des statistiques selon la race ou l'origine ethnique ; P. SIMON et J. STAVO-DEBAUCHE, « Les politiques anti-discrimination et les statistiques : paramètres d'une incohérence », *Sociétés contemporaines*, 2004/1, n° 53, p. 57-84, accessible via : <http://www.cairn.info/revue-societes-contemporaines-2004-1-page-57.htm> ; J. RINGELHEIM, « Recueil de données personnelles et lutte contre les discriminations. Une tension nécessaire entre non-discrimination et vie privée », in *Les nouvelles lois luttant contre les discriminations*, la Charte/die Keure, 2008, p. 65 à 100.

(126) Aff. C-400/93, Royal Copenhagen, arrêt du 31 mai 1995, *Rec.*, p. I-1275, point 25 : « Il est vrai que, dans un système de rémunération aux pièces, une situation de discrimination apparente n'existe pas du seul fait que des statistiques significatives laissent apparaître des différences sensibles entre les rémunérations moyennes de deux groupes de travailleurs, étant donné que ces différences peuvent être dues à des différences entre les résultats individuels du travail des travailleurs composant les deux groupes ».

(127) Cette affaire concernait une condition d'ancienneté de deux ans requise pour bénéficier de la protection légale contre le licenciement abusif. Il était allégué que statistiquement, cette condition d'ancienneté posait plus de difficultés aux femmes qu'aux hommes.

(128) Aff. C-167/97, Seymour-Smith, arrêt du 9 février 1999, *Rec.*, p. I-623, points 49 et 61. Dans cette affaire le juge de renvoi a considéré que la circonstance que le pourcentage de femmes n'atteignant pas 2 ans d'ancienneté ait été entre 1985 et 1993 de 4,3 à 8,8 % plus élevé que le pourcentage d'hommes n'atteignant pas cette ancienneté, ne révèle pas un écart suffisamment important ; voy. D. MARTIN, *Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire. Étude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Bruylant, 2006, p. 161.

(129) Aff. C-127/92, Enderby, arrêt du 27 octobre 1993, *Rec.*, p. I-5535, point 17 ; aff. C-167/97, Seymour-Smith, arrêt du 9 février 1999, *Rec.*, p. I-623, point 62.

(130) I. RORIVE et V. VAN DER PLANCKE, « Quelles dispositions pour prouver la discrimination ? », in *Les nouvelles lois luttant contre les discriminations*, la Charte/die Keure, 2008, p. 460.

(131) O. DE SCHUTTER, *Discriminations et marché du travail, Liberté et égalité dans les rapports d'emploi*, coll. Travail et Société, Bruxelles, éd. P.I.E. Peter Lang, 2001, p. 100 et s. ; I. RORIVE et V. VAN DER PLANCKE,

29. La définition de la discrimination indirecte figurant dans les directives actuelles a évolué⁽¹³²⁾ et permet de relativiser l'importance des statistiques. Il n'est plus question de critère apparemment neutre affectant une proportion nettement plus élevée⁽¹³³⁾ de personnes présentant une caractéristique protégée, mais du critère apparemment neutre « *susceptible d'entraîner un désavantage particulier* »^{(134) (135)} pour des personnes appartenant à une catégorie protégée contre la discrimination.

Ainsi, on n'envisage plus seulement les discriminations indirectes établies sur base d'un impact réel, mais aussi les discriminations « *potentielles ou théoriques* »⁽¹³⁶⁾ : peuvent constituer des discriminations indirectes les mesures qui, sans être explicitement fondées sur un critère de distinction prohibé, sont par nature susceptibles de désavantager les personnes appartenant à une catégorie protégée contre la discrimination⁽¹³⁷⁾.

On constate, ici également, qu'en fonction de l'évolution d'un élément substantiel, comme la définition de la discrimination indirecte, l'objet de la preuve change, et, en pratique, devient plus facile à rapporter par la victime pour qui les statistiques ne sont plus un passage obligé⁽¹³⁸⁾.

5. Le renvoi aux droits internes

30. Selon les différentes directives, les dispositions adoptées par les États en matière de partage de la preuve doivent l'être « *conformément à leur système judiciaire* »⁽¹³⁹⁾. Il est certain, en effet, que l'implémentation des directives doit se faire en fonction du

« Quelles dispositions pour prouver la discrimination ? », in *Les nouvelles lois luttant contre les discriminations*, la Charte/die Keure, 2008, p. 452 et s.

(132) M. SCHMITT, *Droit du travail de l'Union européenne*, Larcier, coll. Manuels, 2012, p. 227 ; pour une analyse approfondie : C. TOBLER, « Limites et potentiel du concept de discrimination indirecte », Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, septembre 2008, accessible via : http://www.non-discrimination.net/content/media/limpot08_fr.pdf.

(133) Voy. article 2 de la directive 97/80/CE du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe.

(134) Voy. l'article 2, § 2, des directives 2000/43 et 2000/78.

(135) Selon l'article 2, § 1^{er}, de la directive 2006/54 : « par 'discrimination indirecte', on entend la situation dans laquelle une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre désavantagerait particulièrement des personnes d'un sexe par rapport à des personnes de l'autre sexe, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour parvenir à ce but soient appropriés et nécessaires ».

(136) M. DE VOS, « De bouwstenen van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen na de wet bestrijding discriminatie », in *De Wet Bestrijding Discriminatie in de praktijk*, Intersentia, M. DE VOS et E. BREMS (eds.), p. 75 ; C. BAYART en C. DEITEREN, « Direct en indirect onderscheid », in *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten*, la Charte/die Keure, 2008, p. 214.

(137) Voy. O. DE SCHUTTER, « Les techniques particulières de preuve dans le cadre de la lutte contre la discrimination », in *Prouver la discrimination. La mise en œuvre de la législation de l'UE sur l'anti-discrimination: le rôle des organismes spécialisés*, Rapport de la première réunion d'experts, organisée par le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, Migration Policy Group, p. 25.

(138) M. DE VOS, « De bouwstenen van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen na de wet bestrijding discriminatie », in *De Wet Bestrijding Discriminatie in de praktijk*, Intersentia, M. DE VOS et E. BREMS (eds.), p. 77.

(139) Articles 10, § 1^{er}, de la directive 2000/78 ; 8, § 1^{er}, de la directive 2000/43 ; 9, § 1^{er}, de la directive 2004/113 ; 19, § 1^{er}, de la directive 2006/54.

caractère plus ou moins accusatoire ou inquisitoire de la procédure, des pouvoirs du juge d'ordonner certaines mesures d'instruction, de la hiérarchie des preuves, ... La règle du partage de la preuve ne tombe pas sur un terrain vierge.

Il a aussi été précisé que « *l'appréciation des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte appartient à l'instance judiciaire nationale ou à une autre instance compétente, conformément au droit national et/ou aux pratiques nationales* »⁽¹⁴⁰⁾.

Ces renvois vers les droits et juges nationaux sont, dans une certaine mesure, de nature à accentuer les disparités entre les États⁽¹⁴¹⁾ et à favoriser des applications à géométrie variable⁽¹⁴²⁾.

Ce risque paraît d'autant plus significatif que la Cour de justice peut parfois donner l'impression d'être excessivement prudente sur les questions de preuve.

C'est ainsi qu'aux questions particulièrement détaillées⁽¹⁴³⁾ qui lui avaient été soumises dans l'affaire Feryn, la Cour s'est contentée de répondre que « *peuvent constituer de tels faits de nature à faire présumer une politique d'embauche discriminatoire les déclarations par lesquelles un employeur fait savoir publiquement que, dans le cadre de sa politique de recrutement, il n'embauchera pas de salariés issus d'une certaine origine ethnique ou raciale* ».

La Cour semble avoir manqué l'occasion de clarifier certains concepts et de fournir des indications utiles au juge national⁽¹⁴⁴⁾.

(140) Considérant n° 13 de la directive 97/80/CE du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe ; considérant n° 30 de la directive 2006/54 et considérant n° 15 des directives 2000/43 et 2000/78.

(141) Si l'incompétence de la Cour pour se prononcer sur les faits rend inévitable ce renvoi au juge national, D. MARTIN relève toutefois, à juste titre, qu'il peut en résulter des solutions divergentes selon les États membres, voire selon les juridictions ; voy. D. MARTIN, *Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire. Étude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Bruylant, 2006, p. 161.

(142) Une certaine disparité semble ainsi de mise à propos des « tests de situation » que le droit européen n'encadre pas ; sur la réceptivité des pays européens à ce mode de preuve, voy. I. RORIVE et V. VAN DER PLANCKE, « Quelles dispositions pour prouver la discrimination ? », in *Les nouvelles lois luttant contre les discriminations*, la Charte/die Keure, 2008, p. 432-436.

(143) La Cour interrogeait la Cour de justice, par exemple, sur la sévérité dont elle devait faire preuve et se demandait si des faits antérieurs de discrimination ou le fait que la société n'engageait pas d'allochtones malgré certaines difficultés de recrutement pouvaient fonder une apparence de discrimination ou encore si un seul fait pouvait suffire à établir une apparence suffisante de discrimination.

(144) K. HENRARD, « The First Substantive ECJ Judgment on the Racial Equality Directive: A Strong Message in a Conceptually Flawed and Responsively Weak Bottle », Jean Monnet Working Paper 09/09, *centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/09/090901.pdf*, p. 27 : « *if the Court would have consistently and fully distinguished between the 'speech' and the 'practice' instance of discrimination, it would have had to be more elaborate in its reasoning, providing more guidelines about what is required at the level of a presumption and in what ways such a presumption can be rebutted* ».

6. L'exclusion quasi complète du droit de la sécurité sociale

31. Nous avons déjà signalé que la directive relative aux régimes légaux de sécurité sociale⁽¹⁴⁵⁾ ne donne aucune indication concernant la charge de la preuve des discriminations. À la différence de la directive 2000/43, la directive 2000/78⁽¹⁴⁶⁾ exclut les régimes de sécurité sociale de son champ d'application matériel. En définitive, seules les discriminations selon la race et l'origine ethnique (et non celles qui découlent d'un critère de nationalité⁽¹⁴⁷⁾) sont, en matière de sécurité sociale, explicitement soumises au mécanisme de partage de la preuve propre au droit communautaire.

En pratique, nonobstant l'absence de disposition spécifique dans la directive 79/7, la Cour de justice décide « *qu'il incombe à l'État membre, en sa qualité d'auteur de la règle présumée discriminatoire, de faire apparaître que ladite règle répond à un objectif légitime de sa politique sociale, que cet objectif est étranger à toute discrimination fondée sur le sexe et qu'il pouvait raisonnablement estimer que les moyens choisis étaient aptes à la réalisation dudit objectif* »⁽¹⁴⁸⁾.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁽¹⁴⁹⁾ pourrait aussi, si nécessaire, être invoquée.

Il est sans doute inutile de rappeler que, pour la cour de Strasbourg, les prestations de sécurité sociale présentent un intérêt patrimonial au sens de l'article 1^{er} du Premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme⁽¹⁵⁰⁾, de sorte qu'elles doivent être accordées dans le respect du principe de non-discrimination prévu par l'article 14 de la Convention.

(145) Directive 79/7/CEE du Conseil, du 19 décembre 1978, relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale.

(146) Voy. toutefois la proposition de directive relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle, 2 juillet 2008, Com (2008), 426 final. Cette proposition a pour objet d'étendre la protection contre les discriminations à d'autres domaines que l'emploi, notamment, à la sécurité sociale et aux soins de santé ; sur l'état d'avancement de la discussion de cette proposition, voy. le document de novembre 2011, accessible sur register.consilium.europa.eu/pdf/fr/11/st16/st16525.fr11.pdf.

(147) Voy. article 3, § 2, de la directive.

(148) Aff. C-123/10, Brachner, arrêt du 20 octobre 2011, point 74.

(149) Voy. aussi la jurisprudence du Comité européen des droits sociaux qui considère que « dans les litiges relatifs à une allégation de discrimination dans les domaines couverts par la Charte révisée, la charge de la preuve ne devrait pas reposer entièrement sur le plaignant, mais faire l'objet d'un aménagement approprié » (observation interprétative contenue dans l'introduction générale aux Conclusions 2008). Le Comité estime aussi qu'en matière de harcèlement, « sur le plan de la procédure, une protection efficace du travailleur peut exiger un infléchissement de la charge de la preuve permettant au juge de se prononcer en faveur de la victime sur la base d'éléments de présomption suffisants et de son intime conviction » (voy. not. Conclusions, 2010 – Andorre, art. 26, § 2 ; Conclusions 2003, Slovénie, p. 576).

(150) En ce qui concerne l'applicabilité de l'article 1^{er} du Protocole n° 1 à la matière de la sécurité sociale, voy. Gde ch., *Stec et autres c. Royaume-Uni* (déc.), 6 juillet 2005, §§ 42 à 56; *Carson et autres c. Royaume-Uni*, 16 mars 2010, § 64 ; *Serife Yigit c. Turquie*, 2 novembre 2010, § 56; *Stummer c. Autriche*, 7 juillet 2011, § 82 ; voy. aussi A. SIMON, « Les prestations sociales non contributives dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2006, p. 647.

Or, en matière de preuve des discriminations, la Cour européenne promeut un aménagement comparable à celui du droit de l'Union⁽¹⁵¹⁾. Elle décide, en ce qui concerne « *la charge de la preuve sur le terrain de l'article 14 de la Convention, (...) que lorsqu'un requérant a établi l'existence d'une différence de traitement, il incombe au Gouvernement de démontrer que cette différence de traitement était justifiée* »⁽¹⁵²⁾.

DEUXIÈME PARTIE : LA RÉCEPTION PAR LE LÉGISLATEUR BELGE, LES TRANSPORTS DU MÉCANISME DE PARTAGE DE LA PREUVE

A. UN CHAMP D'APPLICATION MATÉRIEL QUI DÉPASSE LE *MINIMUM* EUROPÉEN

32. Le législateur fédéral belge⁽¹⁵³⁾ a été au-delà de ce que lui imposaient les directives européennes. Tant en ce qui concerne le harcèlement qu'en ce qui concerne la lutte contre les discriminations, il a donné à la législation un champ d'application qui dépasse les exigences européennes et c'est dans le cadre de ce champ d'application élargi qu'il a inscrit le mécanisme de partage de la preuve.

La portée de ces choix du législateur belge mérite quelques précisions complémentaires.

33. Le législateur belge a inscrit la lutte contre le harcèlement dans le cadre de la politique de bien-être au travail et non, comme le législateur européen, dans le cadre de la lutte contre les discriminations⁽¹⁵⁴⁾.

Même si pour (tenter d')⁽¹⁵⁵⁾ éviter toute équivoque quant à l'exécution des directives européennes⁽¹⁵⁶⁾, la loi du 10 janvier 2007 a ajouté à l'article 32ter de la loi du 4 août 1996 un alinéa précisant que cette loi exécute la « *dimension harcèlement* » des direc-

(151) L. CLUZEL-MÉTAYER, « Le contentieux des discriminations devant le Conseil d'État français à la lumière de l'arrêt *Mme Perreux* », *Revue des affaires européennes*, 2009-2010, n° 2, pp. 281-282.

(152) Arrêt *Manzanas Martin c. Espagne*, 3 avril 2012, § 43 ; arrêt *Munoz Diaz c. Espagne*, 8 décembre 2009, § 50 ; arrêt *Andrejeva c. Lettonie* du 18 février 2009, § 84 ; arrêt *DH c. République tchèque* du 13 novembre 2007, § 177 ; arrêt *Natchova c. Bulgarie* du 6 juillet 2005.

(153) Nous n'envisagerons pas les législations régionales et communautaires qui en droit du travail, restent d'application marginale. En ce qui concerne la charge de la preuve, on pourra se référer aux articles 28 et 29 du décret wallon du 6 novembre 2008, aux articles 41 et 42 du décret de la Communauté française du 12 décembre 2008 et à l'article 36 du décret flamand du 10 juillet 2008.

(154) J.P. CORDIER et P. BRASSEUR, *Le bien-être psychosocial au travail : harcèlement moral, harcèlement sexuel, violence, stress, conflits ...*, Kluwer, EPDS, 2009/1, p. 23.

(155) Complémentairement les lois anti-discrimination du 10 mai 2007 (voy., l'article 7 de la loi tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes et les articles 6 des deux autres lois), précisent qu'elles ne sont pas applicables en cas de harcèlement ou de harcèlement sexuel dans les relations de travail vis-à-vis des personnes qui bénéficient de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs dans l'exécution de leur travail : ces personnes ne peuvent se prévaloir que de cette dernière loi. Cette tentative de clarification ne va pas sans une certaine réduction de la protection, voy. J. JACQMAIN, « Harcèlement moral et sexuel ; discriminations diverses ; discriminations de genre », *Chron. D. S.*, 2008, p. 729.

(156) Sur la justification de ce texte, voy. *Doc. parl.*, Ch., n° 51-2686/002, p. 2-3 ainsi que l'avis n° 112 du 9 juin 2006 du Bureau du Conseil pour l'Égalité des chances entre hommes et femmes, relatif aux avant-projets de loi et d'arrêté royal concernant la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail.

tives anti-discrimination ⁽¹⁵⁷⁾, le législateur belge consacre une définition ⁽¹⁵⁸⁾ du harcèlement plus large que celle que prévoient les directives européennes, qui, comme indiqué précédemment, ne visent que le harcèlement sexuel et le harcèlement lié à un motif prohibé de discrimination. Le législateur belge a aussi entendu lutter contre la violence au travail.

En ce qui concerne le mécanisme du partage de la charge de la preuve, le législateur belge a envisagé son application à l'ensemble du dispositif de lutte contre le harcèlement (sous réserve de l'exclusion des procédures pénales et des situations dans lesquelles un mécanisme plus favorable est d'application ⁽¹⁵⁹⁾) et ne s'est donc pas limité aux hypothèses prévues par les directives européennes.

L'article 32*undecies* de la loi du 4 août 1996 précise ainsi que « *lorsqu'une personne qui justifie d'un intérêt établi devant la juridiction compétente des faits qui permettent de présumer l'existence de violence ou de harcèlement moral ou sexuel au travail, la charge de la preuve qu'il n'y a pas eu de violence ou de harcèlement moral ou sexuel au travail incombe à la partie défenderesse* ».

34. En matière de discrimination, le partage de la preuve est prévu pour l'ensemble des motifs de non-discrimination couverts par les trois lois du 10 mai 2007 et non pas pour les seuls motifs « européens ».

Dans les trois lois, le partage est réglementé comme suit ⁽¹⁶⁰⁾ :

« § 1^{er}. *Lorsqu'une personne qui s'estime victime d'une discrimination, le Centre ou l'un des groupements d'intérêts invoque devant la juridiction compétente des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination fondée sur l'un des critères protégés, il incombe au défendeur de prouver qu'il n'y a pas eu de discrimination.*

§ 2. *Par faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe fondée sur un critère protégé, sont compris, entre autres, mais pas exclusivement :*

(157) Voy. l'article 4, d), de cette loi : « Dans la mesure où le harcèlement est lié à la religion ou aux convictions, au handicap, à l'âge, à l'orientation sexuelle, au sexe, à la race ou à l'origine ethnique, les dispositions du présent chapitre constituent la transposition en droit belge de : 1° la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ;

2° la 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 ;

3° la directive 76/207/CEE du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, modifiée par la directive 2002/73 du 23 septembre 2002 ».

(158) Voy. la définition du harcèlement moral reprise à l'article 32*ter*, 2°, de la loi du 4 août 1996. Il ne doit pas s'agir nécessairement d'un harcèlement lié au sexe de la personne ou à un autre motif de discrimination prohibé. En ce qui concerne le harcèlement sexuel, comparez la définition reprise à l'article 2, § 1, d) de la directive 2006/54 et la définition presque identique reprise à l'article 32*ter*, 3°, de la loi du 4 août 1996.

(159) Article 32*undecies*, alinéa 2, de la loi du 4 août 1996, « l'alinéa 1^{er} ne s'applique pas aux procédures pénales et ne porte pas atteinte à d'autres dispositions légales plus favorables en matière de charge de la preuve ».

(160) Article 30 de la loi-race, article 33 de la loi-sexe, article 28 de la loi sur les autres formes de discrimination.

1° les éléments qui révèlent une certaine récurrence de traitement défavorable à l'égard de personnes partageant un critère protégé; entre autres, différents signalements isolés faits auprès du Centre ou l'un des groupements d'intérêts ; ou

2° les éléments qui révèlent que la situation de la victime du traitement plus défavorable est comparable avec la situation de la personne de référence.

§ 3. Par faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination indirecte fondée sur un critère protégé, sont compris, entre autres, mais pas exclusivement :

1° des statistiques générales concernant la situation du groupe dont la victime de la discrimination fait partie ou des faits de connaissance générale ; ou

2° l'utilisation d'un critère de distinction intrinsèquement suspect ; ou

3° du matériel statistique élémentaire qui révèle un traitement défavorable ».

Les paragraphes 2 et 3 de ces dispositions résultent d'amendements ⁽¹⁶¹⁾ qui ont été fermement discutés (et défendus) en commission parlementaire, notamment pour répondre aux critiques sévères du Conseil d'État (cfr ci-dessous).

B. L'INTRODUCTION DU PARTAGE DE LA PREUVE EN DROIT BELGE : ENTRE VOLONTÉ DE CLARIFICATION ET FRANCHE HOSTILITÉ ?

1. Les travaux préparatoires : tentatives de clarification du mécanisme de partage de la preuve

35. Conformément au dispositif européen, le principe du partage de la preuve a aisément pu être justifié par un souci d'effectivité.

Les travaux préparatoires des différentes lois tendant à lutter contre les discriminations ont ainsi mis en avant le constat « que la victime d'une discrimination est généralement en position de faiblesse par rapport à l'auteur de l'acte » ⁽¹⁶²⁾, qu'il « est très difficile en pratique de produire la preuve de situations discriminatoires », que « l'efficacité de la législation en matière d'égalité de traitement » s'en trouve largement affectée ⁽¹⁶³⁾ et que « la législation en matière de discrimination ne peut pas fonctionner efficacement sans un déplacement équilibré de la charge de la preuve » ⁽¹⁶⁴⁾.

(161) Amendement n° 3 au projet de loi « modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie », *Doc. parl.*, Chambre, n° 51-2720/4 ; amendement n° 1 au projet de loi « tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes », *Doc. parl.*, Chambre, n° 51-2721/2 ; amendement n° 1 au projet de loi « tendant à lutter contre certaines formes de discrimination », *Doc. parl.*, Chambre, n° 51-2722/2.

(162) Projet de loi tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, *Doc. parl.*, Sénat, 2000-2001, n° 2-12/15, p. 8.

(163) Projet de loi sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne les conditions de travail, l'accès à l'emploi et aux possibilités de promotion, l'accès à une profession indépendante et les régimes complémentaires de sécurité sociale, Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales, *Doc. parl.*, Chambre, sess. 1998-1999, n° 2057/3, p. 6.

(164) *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n° 51-2720/009, p. 73.

Il a aussi été fait état du fait que, le plus souvent, « *les informations utiles sont en possession de la partie défenderesse* »⁽¹⁶⁵⁾ et qu'il « *est impossible d'imposer le respect de l'interdiction de discrimination directe lorsque l'auteur met tout en œuvre pour dissimuler les critères qui ont servi de base au traitement défavorable* »⁽¹⁶⁶⁾.

Il a enfin été suggéré que « *si la charge de la preuve n'est pas renversée, toutes les personnes qui se rendent coupables de discrimination et qui parviennent à cacher les motifs sur lesquels elles ont fondé leur discrimination auront beau jeu.* »⁽¹⁶⁷⁾ et qu'un manque de transparence dans les critères renforce donc la nécessité d'appliquer le principe du renversement de la charge de la preuve⁽¹⁶⁸⁾.

En matière de harcèlement, les travaux préparatoires de la loi du 11 juin 2002⁽¹⁶⁹⁾ se sont contentés de renvoyer au mécanisme existant (à l'époque dans la loi du 7 mai 1999 sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne les conditions de travail, l'accès à l'emploi et aux possibilités de promotion, l'accès à une profession indépendante et les régimes complémentaires de sécurité sociale) ainsi qu'au partage de la preuve prévu par les directives européennes qui font du harcèlement une forme de discrimination. Le Conseil d'État n'a pas émis de critique fondamentale sur ce qui est devenu l'article 32*undecies* de la loi du 4 août 1996⁽¹⁷⁰⁾.

36. Pour circonscrire les faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination et la manière de les établir, les travaux préparatoires des différentes lois⁽¹⁷¹⁾ se sont le plus souvent référés à la jurisprudence européenne.

Le mécanisme du partage de la preuve a été qualifié d'ouvert afin que les juridictions intègrent les évolutions de la jurisprudence de la Cour de justice ainsi que les expériences venues de pays appliquant ce mécanisme depuis plus longtemps⁽¹⁷²⁾.

(165) Projet de loi tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, *Doc. parl.*, Sénat, 2000-2001, n° 2-12/15, p. 27.

(166) *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n° 51-2720/009, p. 74.

(167) *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n° 51-2720/009, p. 74.

(168) *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n° 51-2720/009, p. 77.

(169) Voy. par exemple, la déclaration de la vice-première ministre et ministre de l'Emploi, pour qui le renversement de la charge de la preuve « n'est pas nouveau. Il est inscrit dans toutes les directives européennes consacrées à la lutte contre les discriminations ainsi qu'en droit belge depuis 1999 », *Doc. parl.* n° 50-1583/005, p. 35.

(170) Tout au plus a-t-il demandé que la notion de « dispositions légales plus favorables » soit explicitée, *Avis* n° 32.193/1, *Doc. parl.*, Chambre, n° 50-1583/001, p. 51.

(171) Les travaux préparatoires de la loi du 11 juin 2002 contiennent peu de précisions utiles à propos des faits qui permettent de présumer le harcèlement. On relève toutefois différentes déclarations de la ministre de l'Emploi, dont il résulte que « le renversement de la charge de la preuve n'a lieu que lorsque le travailleur victime peut justifier d'un intérêt (et que) cette justification se fera par le biais du rapport du conseiller en prévention et des différents intervenants qui auront essayé de résoudre le problème au sein de l'entreprise » (*Doc. parl.* n° 50-1583/005, p. 35) ou encore qu'« il faut un commencement de preuve du harcèlement supposé, qui peut être fourni grâce aux procédures menées à l'intérieur de l'entreprise concernée » (Rapport de la commission des affaires sociales, *Doc. parl.* Sénat, n° 2-1063/3). Certaines décisions de jurisprudence ont pris appui sur ces déclarations pour considérer, à tort, que l'utilisation des procédures internes était une condition du partage de la preuve ; *cf. infra* n° 58.

(172) *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n° 51-2720/009, p. 77.

S'inspirant plus particulièrement de quelques arrêts marquants de la Cour de justice, les lois de 2007 ont tenté de faire œuvre pédagogique en donnant une liste exemplative d'éléments devant susciter une présomption de discrimination.

Le fait d'avoir inclus dans les lois de 2007 une telle liste a, en définitive, été justifié comme traduisant « *la volonté politique d'offrir aux victimes des discriminations des garanties au niveau de la preuve, afin que, en cas de discrimination, elles puissent mener leur cause à bonne fin sur un plan juridique* »⁽¹⁷³⁾.

Il s'agit d'une innovation importante, mais controversée, de la réforme de 2007, qui a donné lieu à un avis particulièrement critique du Conseil d'État⁽¹⁷⁴⁾, dont il n'a, pour l'essentiel, pas été tenu compte.

37. Conformément à la jurisprudence européenne, il a été rappelé que des statistiques ou d'autres données récurrentes sont susceptibles de déterminer « *un canevas de traitement défavorable à l'égard de personnes ayant une caractéristique donnée* », ce qui suffit à susciter une présomption de discrimination⁽¹⁷⁵⁾. Le texte légal retient ainsi la « *réurrence de traitement défavorable à l'égard de personnes partageant un critère protégé* » comme fait permettant de présumer une discrimination directe.

Il a été précisé que pour constater une récurrence de traitement défavorable, le juge peut tenir compte « *des faits ou des données datant d'avant la discrimination présumée, ainsi que des faits ou des données simultanées ou postérieures au moment où la discrimination présumée a été commise* » et qu'une récurrence de traitement défavorable peut être constatée « *entre autres par des témoignages de personnes partageant le même critère protégé que celui de la victime et qui déclarent avoir été soumises à un traitement défavorable comparable; ou des témoignages de personnes ayant pu constater le traitement défavorable d'autres personnes partageant le même critère protégé que celui de la victime; ou des données générales ou spécifiques (comme par exemple des statistiques) révélant un traitement défavorable de personnes partageant un critère déterminé* »⁽¹⁷⁶⁾.

Conformément à la jurisprudence européenne, la comparabilité de la situation par rapport à une personne de référence faisant l'objet d'un traitement plus favorable a aussi été envisagée comme un élément permettant de présumer une discrimination directe⁽¹⁷⁷⁾.

De même, des questions ou des observations inappropriées (*smoking gun statements*), lors d'un entretien d'embauche ou à l'occasion d'un licenciement⁽¹⁷⁸⁾ ont été évoquées comme faits potentiellement suspects⁽¹⁷⁹⁾.

(173) *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n° 51-2720/009, p. 86.

(174) *Avis du Conseil d'État* n° 42.399/1 du 13 mars 2007, *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n° 51-2720/008.

(175) *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n° 51-2720/009, p. 75.

(176) *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n° 51-2720/009, p. 79.

(177) *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n° 51-2720/009, p. 80.

(178) *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n° 51-2720/009, p. 77 ; ainsi, le rapport de la Commission évoque l'hypothèse « d'un travailleur âgé licencié qui invoque des faits révélant que, préalablement au licenciement, des remarques de nature vexatoire ont été formulées vis-à-vis des travailleurs âgés en général au sein de l'entreprise en question ».

(179) À propos d'une candidate non retenue pour une promotion alors qu'elle était enceinte et à qui son supérieur avait annoncé la promotion d'un collègue masculin en ajoutant « qu'elle devait se réjouir de

Enfin, comme la doctrine le recommande en fonction de la définition actuellement donnée à la discrimination indirecte en droit européen, la présomption peut également naître de l'utilisation d'un critère intrinsèquement suspect, c'est-à-dire qui affecte et défavorise manifestement plus de personnes partageant un critère protégé⁽¹⁸⁰⁾.

2. Les réserves du Conseil d'État et la prudence de la Cour constitutionnelle

38. Lors de l'examen tant du projet à l'origine de la loi du 25 février 2003 que des projets de textes réglant la charge de la preuve dans les lois de 2007, le Conseil d'État⁽¹⁸¹⁾ s'est montré très critique sur les modalités de transposition des dispositions relatives à la charge de la preuve.

Considérant que les directives européennes laissent aux États le soin d'organiser le partage de la preuve dans le respect des « principes fondamentaux de leur ordre juridique », il a considéré que les mécanismes de mise en œuvre du renversement de la charge de la preuve devraient être plus soigneusement encadrés par le législateur, et ce de manière à préserver, notamment, le principe de légalité⁽¹⁸²⁾.

Lors de la discussion de la loi du 25 février 2003, le Conseil d'État s'est montré très réservé sur la possibilité de prévoir des tests de situation. Il a rappelé ses craintes lors de l'examen des amendements dont sont issus les textes réglant la charge de la preuve

la naissance attendue de son bébé », voy. Bundesarbeitsgericht, arrêt 8 AZR 483/09 du 27 janvier 2011 ; la Cour a cassé la décision qui avait refusé de voir dans les paroles « de consolation » du supérieur hiérarchique, un indice de discrimination. Cette décision est commentée *in Revue de droit européen de l'égalité des genres*, n° 1/2011, p. 55.

(180) *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n° 51-2720/009, p. 81. Ainsi, par exemple, la condition du lieu de naissance en tant que critère de location d'un appartement peut paraître comme un critère manifestement suspect à la lumière de l'interdiction de discrimination sur la base de la nationalité ou de l'origine nationale.

(181) *Avis* n° 32.967/2, donné le 4 février 2002 sur un projet de loi devenu la loi précitée du 25 février 2003 ; *avis* n° 42.399/1 du 13 mars 2007 sur les projets d'amendements n° 3 au projet de loi « modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie », n° 1 au projet de loi « tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes », n° 1 au projet de loi « tendant à lutter contre certaines formes de discrimination ».

(182) *Avis* n° 42.399/1 du 13 mars 2007, *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n° 51-2720/008, p.10: « Les éléments proposés par les paragraphes 2 et 3 des dispositions proposées pour établir les faits constitutifs de la présomption de l'existence d'une discrimination ne sont énumérés qu'à titre exemplatif. En outre, les notions comme celles de ' certaine récurrence de traitement défavorable ' ; de ' différents signalements ' ; de ' personne de référence ' ; de ' statistiques générales ' ; de ' faits de connaissance générale ' ou de ' matériel statistique élémentaire ' doivent être explicitées dans le texte même. En réponse, le rapport de la commission rappelle qu'il n'est pas dérogé au principe de la preuve libre qui peut être administrée par toute voie de droit et que la régularité et la force probante des éléments produits doivent être appréciés en final par le juge. Il a aussi été répondu qu'un « encadrement légal excessif, au travers d'une liste limitative de 'faits' susceptibles de susciter la présomption, et d'une définition trop précise desdits 'faits', risquerait de placer la Belgique en contravention avec les directives communautaires, qui imposent l'intervention de la présomption de discrimination dans des circonstances et selon des termes particulièrement larges », *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n° 51-2720/9, p. 88.

dans les lois de 2007, même si les tests de situation n'y sont plus expressément envisagés⁽¹⁸³⁾.

Le Conseil d'État a aussi mis en doute la possibilité d'une transposition à tous les motifs de discrimination prohibés de la jurisprudence de la Cour de justice intervenue en matière de discriminations fondées sur le sexe. Ainsi, par exemple, il ne lui semblait pas évident qu'en dehors de la question de l'égalité salariale, une présomption de discrimination pourrait intervenir sur base uniquement d'une comparabilité entre une situation donnée et une situation plus favorable⁽¹⁸⁴⁾.

39. Face à de telles critiques, les réactions de la Cour constitutionnelle étaient attendues avec un intérêt évident. Pour l'essentiel, la Cour a validé le dispositif mis en place tout en mettant très largement l'accent sur les obligations qui restent à charge de la personne qui s'estime victime d'une discrimination.

Lors de l'examen de la demande d'annulation de la loi du 25 février 2003, la Cour a ainsi rappelé que le renversement de la charge de la preuve n'est pas automatique et que « *la personne qui prétend être victime d'une discrimination doit en effet apporter d'abord suffisamment d'éléments faisant apparaître une possible discrimination* » et que si, à cette fin, la partie demanderesse peut invoquer par exemple un test de situation, « *le juge doit ensuite apprécier si ce test permet de conclure à une discrimination* »⁽¹⁸⁵⁾.

Dans le cadre des recours introduits contre les lois du 10 mai 2007, la Cour a confirmé la pertinence du partage de la preuve comme moyen de garantir une protection efficace contre la discrimination. Pour en admettre le caractère non disproportionné et en confirmer la conformité avec les exigences du procès équitable, elle a toutefois largement insisté sur les balises destinées à en assurer le caractère équilibré⁽¹⁸⁶⁾.

(183) Avis n° 42.399/1 du 13 mars 2007, *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n° 51-2720/008, p.10 : « Si le recours aux tests de situation n'est plus prévu dans les dispositions proposées par les amendements et qu'en conséquence il [le Conseil d'État] peut à première vue être satisfait de constater que l'habilitation faite au Roi quant aux modalités qui leur sont relatives se trouve omise, on ne peut toutefois exclure, sous réserve de ce qui vient d'être observé, que le recours à ce procédé entre dans certaines des formules générales des paragraphes 2 et 3. Ceci ne paraît pas pouvoir être admis, compte tenu du principe de légalité prérappelé : l'appréciation de la validité des procédés utilisés ne serait en effet plus encadrée, comme il conviendrait qu'elle le soit par le législateur lui-même. Il en va d'autant plus ainsi que les notions utilisées sont encore bien moins précises que la notion de test de situation ».

(184) Avis n° 42.399/1 du 13 mars 2007, *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n° 51-2720/008, p.12 : « Dans le cas où deux travailleurs effectuent un travail de valeur égale, on peut en effet raisonnablement escompter qu'ils reçoivent une rémunération identique. Si tel n'est pas le cas, une discrimination peut raisonnablement être présumée. Dans d'autres cas, notamment celui où il convient d'opérer un choix entre différentes personnes concernées, comme par exemple lors d'un recrutement, d'une promotion, d'un licenciement ou lors de la vente et de la location d'un bien, il n'est pas raisonnable de déduire une présomption de discrimination de la simple différence de traitement. En effet, dans un certain nombre de cas, l'employeur, le vendeur, le bailleur, etc., est inévitablement amené à procéder à une distinction en raison de la nature de l'acte même ».

(185) C.C., arrêt n° 157/2004 du 6 octobre 2004, point 83.

(186) Voy. l'arrêt n° 17/2009 du 12 février 2009, point B.93.3. (une motivation identique est reprise dans les arrêts n° 39/2009 et 40/2009 du 11 mars 2009) : « *il apparaît de ce qui précède que les dispositions attaquées ont réalisé un juste équilibre entre les parties au procès, d'une part, en tenant compte de la situation de départ défavorable, quant à la procédure, dans laquelle se trouve la victime et, d'autre part, en soumettant les situations dans lesquelles la charge de la preuve peut être déplacée vers le défendeur à une*

C'est ainsi qu'elle a rappelé que la victime doit démontrer que le défendeur a commis des actes ou a donné des instructions qui pourraient, de prime abord, être discriminatoires de sorte que la charge de la preuve incombe en premier lieu à la victime. Elle a également précisé ⁽¹⁸⁷⁾ que les faits avancés doivent être suffisamment graves et pertinents et qu'il ne suffit pas qu'une personne prouve qu'elle a fait l'objet d'un traitement qui lui est défavorable dans la mesure où elle doit également prouver les faits qui semblent indiquer que « *ce traitement défavorable a été dicté par des motifs illicites* » ⁽¹⁸⁸⁾.

La Cour a aussi insisté sur la circonstance que les faits ne peuvent avoir un caractère général, mais doivent pouvoir être imputés spécifiquement à l'auteur de la distinction : si « *les éléments qui révèlent une certaine récurrence de traitement défavorable à l'égard de personnes partageant un critère protégé* » font naître une présomption de discrimination directe, cette récurrence doit exister dans le chef de ces personnes. Enfin, en matière de discrimination indirecte, la Cour a estimé qu'il ne suffit pas « *de démontrer sur la base de statistiques qu'un motif apparemment neutre lèse des personnes caractérisées par un motif (protégé)* ». Il faudrait en outre – ce qui paraît aller au-delà de ce qu'exige la Cour de justice – « *démontrer que le défendeur était conscient de cette situation* ».

La Cour a ainsi procédé à un certain recadrage du mécanisme du partage de la preuve et ce bien qu'en définitive, elle n'ait formulé aucune réserve d'interprétation ⁽¹⁸⁹⁾.

TROISIÈME PARTIE : LA JURISPRUDENCE DES JUGES DU FOND

A. LE PARTAGE DE LA PREUVE EN MATIÈRE DE DISCRIMINATION

40. En matière de discrimination, la jurisprudence des juridictions du travail est relativement peu abondante. On ne pourra donc faire état que de quelques décisions ayant précisé le mécanisme du partage de la preuve ou ayant précisé ce qu'il faut entendre par « faits permettant de présumer une discrimination ». On évoquera aussi,

série de conditions, de sorte qu'il n'apparaît pas que le législateur aurait porté une atteinte discriminatoire au droit à un procès équitable ».

(187) Arrêt n° 17/2009 du 12 février 2009, point B.93.3. ; une motivation identique est reprise dans les arrêts n° 39/2009 et 40/2009 du 11 mars 2009.

(188) Si la Cour a entendu préciser que la différence de traitement doit reposer sur un motif protégé, cette précision serait certainement conforme au droit européen ; si par contre, elle a entendu préciser que la preuve d'une intention de discriminer doit être rapportée, cette conformité pourrait nettement prêter à discussion dès lors que les sanctions civiles d'une discrimination dépendent d'un résultat et ne sont pas subordonnées à une intention de discriminer, voy. C. BAYART et C. DEITEREN, « Direct en indirect onderscheid », in *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten*, la Charte/die Keure, 2008, p. 216.

(189) Dans l'arrêt n° 157/2004 du 6 octobre 2004 portant sur la loi du 25 février 2003, la Cour avait formulé une réserve d'interprétation à propos de l'incidence du partage de la preuve sur une procédure pénale ultérieure, en précisant « dans l'hypothèse où le renversement de la charge de la preuve, appliqué dans une affaire civile, pourrait influencer ultérieurement la preuve dans une affaire pénale, (...), le juge pénal serait néanmoins tenu d'apprécier concrètement les éléments de preuve et de respecter la présomption d'innocence du prévenu ». Cette observation a été reprise au point 100.2. de l'arrêt n° 40/2009 du 11 mars 2009, sans toutefois que la Cour en fasse une réserve d'interprétation.

de manière incidente, certaines questions que les juridictions du travail pourraient, à l'avenir, être amenées à trancher.

Comme en matière de harcèlement, la doctrine confirme que le régime probatoire institué par les lois du 10 mai 2007 repose sur un partage de la charge de la preuve et non sur un renversement de celle-ci.

Ainsi, selon, P. Doyen, « *il s'agit, en d'autres mots, d'un 'partage de la charge de la preuve'. Au plaignant, il appartiendra 'simplement' de produire des faits ou tout autre élément de preuve susceptible de faire naître une présomption de discrimination. Dès ce moment, il appartiendra à l'autre partie de renverser cette présomption. À elle de prouver qu'il n'y a pas eu de discrimination, une preuve négative qu'il ne sera jamais aisé à rapporter* »⁽¹⁹⁰⁾. F. Crabeels, D. Sesaive et P. Malderez soulignent, dans le même sens : « *Ces dispositions n'impliquent pas tant un renversement qu'une répartition de la charge de la preuve, dans la mesure où il appartient d'abord à la victime d'établir des présomptions de discrimination avant que le défendeur soit tenu de démontrer que cette discrimination n'existe pas* »⁽¹⁹¹⁾.

1. Précisions concernant le champ d'application

41. En ce qui concerne l'application dans le temps de la directive 97/80 et l'inapplication du mécanisme du partage de la preuve en présence d'une disposition plus favorable, on pourra se référer à l'arrêt de la cour du travail de Bruxelles du 19 octobre 2004⁽¹⁹²⁾.

Bien que saisie de faits antérieurs à la directive 97/80, la cour du travail a fait application de la jurisprudence de la Cour de justice qui précédait cette directive.

La cour du travail a aussi clairement mis en lumière la distinction entre le partage de la charge de la preuve et le renversement de celle-ci, qui s'applique aux protections contre le licenciement et, notamment, à la protection contre le licenciement dont bénéficiait déjà à l'époque le travailleur ayant introduit une action sur la base du principe de l'égalité de rémunération. Dans ce cas, le partage de la preuve ne s'applique pas puisque l'employeur doit apporter la preuve du motif étranger à l'action introduite (ce qu'il n'a pas fait en l'espèce).

42. Nous avons évoqué brièvement les matières ainsi que les motifs prohibés de distinction couverts par les législations prévoyant un mécanisme de partage de la preuve.

(190) P. DOYEN, « Les nouvelles lois anti-discrimination (I) », *Forum de l'Assurance*, 2007, n° 76, p. 124.

(191) F. CRABEELS, D. SESAIVE et P. MALDEREZ, « Du neuf en matière de lutte contre les discriminations : les lois du 10 mai 2007 », in M. DUMONT (dir.), *Le droit du travail dans tous ses secteurs*, Commission Université-Palais, Université de Liège, CUP-Anthemis, 2008, p. 104.

(192) C. trav. Bruxelles, 19 octobre 2004, *Chron. D. S.*, 2005, p.16 et obs. J. JACQMAIN.

La Cour constitutionnelle a validé l'option d'une liste fermée de critères, sous la seule réserve que la conviction syndicale doit aussi figurer parmi les critères protégés ⁽¹⁹³⁾.

Elle a toutefois ajouté que le fait qu'un motif de discrimination ne figure pas dans la liste ne signifie pas que les victimes d'une discrimination fondée sur un tel motif sont privées de toute protection juridique : « *en effet, tout traitement inégal dans les rapports entre les citoyens auquel aucune justification ne peut être donnée constitue une discrimination et, dès lors, un comportement fautif qui peut donner lieu à une sanction civile* » ^{(194) (195)}.

La jurisprudence ne s'est pas prononcée sur la question de savoir si, dans le cadre d'une telle action, le fardeau de la preuve doit être partagé.

Même en dehors du domaine de la loi et du droit européen, un tel partage ne devrait pas nécessairement être exclu.

On pourrait en effet se référer à différents arrêts la Cour de cassation française dans lesquels a procédé à l'aménagement de la charge de la preuve avant même toute intervention législative en la matière. Dans deux décisions rendues en 1999 et 2000, relatives à des affaires de discrimination syndicale, la chambre sociale de la Cour a ainsi jugé « *qu'il appartient au salarié syndicaliste qui se prétend lésé par une mesure discriminatoire de soumettre au juge des éléments de faits susceptibles de caractériser une atteinte au principe d'égalité de traitement et qu'il incombe à l'employeur, s'il conteste le caractère discriminatoire du traitement réservé au syndicaliste, d'établir que la disparité de situation constatée est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination fondée sur l'appartenance à un syndicat* » ⁽¹⁹⁶⁾.

43. Le régime probatoire institué par les lois anti-discrimination s'applique dans toutes les procédures tendant à la mise en œuvre desdites lois, à l'exception des procédures pénales ⁽¹⁹⁷⁾.

Conformément aux articles 15, 16 et 17 de la loi du 10 mai 2007 adaptant le Code judiciaire à la législation tendant à lutter contre les discriminations et réprimant certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, le ministère public ou, selon la nature de l'acte, l'auditorat du travail, peut ester en justice dans les litiges civils auxquels les lois anti-discrimination du 10 mai 2007 donneraient lieu.

(193) C.C., arrêt n° 64/2009 du 2 avril 2009.

(194) C.C., arrêt n° 41/2009 du 11 mars 2009, B.11.

(195) Voy. toutefois Cass., 29 mars 2010, S.08.0147.N : « Le principe de l'égalité consacré à l'article 10 de la Constitution et le principe de la non-discrimination consacré à l'article 11 de la Constitution régissent les relations de droit public entre les pouvoirs publics et les citoyens. Ils n'impliquent aucune obligation directe entre les citoyens et ne sont pas directement applicables aux relations de travail entre une institution publique et ses travailleurs » ; J. JACQMAIN, « License to discriminate ? » *Chron. D. S.*, 2011, p. 44.

(196) Cass. (fr.), 23 novembre 1999, *Bull.*, 1999, V, n° 447, p. 329 ; Cass. (fr.), 28 mars 2000, *Bull.*, 2000, V, n° 126, p. 95 ; voy. aussi L. CLUZEL-MÉTAYER, *op. cit.*, p. 283.

(197) Voy. F. CRABEELS, D. SESAIVE et P. MALDEREZ, *op. cit.*, p. 105.

Selon les professeurs Van Drooghenbroeck et Closset-Marchal ⁽¹⁹⁸⁾, le partage de la preuve ne profite pas au ministère public dans la mesure où le texte légal ne le prévoit qu'en faveur de la victime, du Centre pour l'égalité des chances ou de l'un des groupements d'intérêts autorisés à agir au nom de la victime.

La question n'a, à notre connaissance, pas été soumise aux tribunaux ⁽¹⁹⁹⁾. Il ne nous paraît pas certain que le droit européen, en quête d'effectivité dans la lutte contre les discriminations, puisse se satisfaire de la solution consistant à priver le ministère public du bénéfice du partage de la preuve lorsqu'il agit au civil, en cessation par exemple.

44. Le partage de la preuve s'applique à l'action en cessation organisée par les lois du 10 mai 2007 ⁽²⁰⁰⁾.

L'ordre de cessation a, en principe, autorité *erga omnes*. On admet toutefois ⁽²⁰¹⁾ – au vu en particulier de la réserve d'interprétation formulée par la Cour constitutionnelle dans son arrêt n° 157/2004 du 6 octobre 2004 ⁽²⁰²⁾ – qu'en cas d'action pénale introduite à la suite d'un ordre de cessation, le juge pénal ne sera pas entièrement lié par l'appréciation qui a été faite dans le cadre de l'action en cessation et qu'il devra respecter la présomption d'innocence.

Le tribunal correctionnel de Bruxelles a statué dans ce sens en matière de harcèlement ⁽²⁰³⁾.

(198) G. CLOSSET-MARCHAL et J.F. VAN DROOGHENBROECK, « L'action en cessation en matière de discrimination », in *Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, la Charte/die Keure, 2008, p. 397 ; F. BOUQUELLE et A. FRY, « Les actions en cessation en droit social », in *Actions orphelines et voies de recours en droit social*, Anthémis, 2012, p. 73.

(199) Il nous semble, par contre, que le partage de la preuve ne pourrait être d'application en cas d'action civile de l'auditorat en vue de faire constater une infraction en matière de discrimination (ou de harcèlement) : en effet, dans la mesure où dans le cadre de cette action, le tribunal du travail a vocation à constater une infraction par une décision qui éteint l'action publique, cette décision ne peut résulter que de l'application des règles de preuve en matière pénale. M. DE RUE, « Questions pratiques en relation avec l'action de l'auditeur du travail visée à l'article 138bis du Code judiciaire », in *Actions orphelines et voies de recours en droit social*, Anthémis, 2012, p. 184 ; A. DE NAUW, « De nieuwe class action van de arbeidsauditeur : naar een verdere depenalisering van het sociaal strafrecht », *N.C.* 2007, p. 390.

(200) Sur l'action en cessation, voy. F. BOUQUELLE et A. FRY, « Les actions en cessation en droit social », in *Actions orphelines et voies de recours en droit social*, Anthémis, 2012, p. 13 et s.

(201) G. CLOSSET-MARCHAL et J.F. VAN DROOGHENBROECK, « L'action en cessation en matière de discrimination », in *Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, la Charte/die Keure, 2008, p. 410-413.

(202) « Dans l'hypothèse où le renversement de la charge de la preuve, appliqué dans une affaire civile, pourrait influencer ultérieurement la preuve dans une affaire pénale, (...), le juge pénal serait néanmoins tenu d'apprécier concrètement les éléments de preuve et de respecter la présomption d'innocence du prévenu ».

(203) Corr. Bruxelles, 16 décembre 2009, *Chron. D. S.*, 2010, p. 270.

2. Précisions données quant à la technique du partage de la preuve

45. Nous avons déjà eu l'occasion de préciser que l'une des spécificités des lois de 2007 est de contenir une liste exemplative de faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Il est acquis que « *ces listes ne sont pas exhaustives et [que] d'autres éléments de preuve 'de toute nature' susceptibles de faire naître la présomption de discrimination sont admis* »⁽²⁰⁴⁾.

Les lois de 2007 précisent que la victime doit *invoquer* des faits qui peuvent permettre de présumer une discrimination. Il ne fait pas de doute que, malgré l'ambiguïté du terme « invoquer », la victime doit *prouver* les faits qu'elle avance. En effet, « *le fait invoqué doit permettre de présumer l'existence d'une discrimination. Or, des présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu (article 1348 du Code civil). Une présomption a (donc) pour point de départ un fait connu, c'est-à-dire un fait établi, et non simplement allégué* »⁽²⁰⁵⁾.

46. La question de savoir si le partage de la preuve peut intervenir sur la base de faits collectés dans le cadre d'un test de situation a fait couler beaucoup d'encre.

On sait qu'en 2003, le législateur avait, malgré les observations du Conseil d'État⁽²⁰⁶⁾, prévu la possibilité de tests de situation mais que l'arrêté devant les organiser n'a pas été pris. La disposition relative aux tests de situation ne figure plus dans les lois de 2007. La doctrine considère néanmoins que le test de situation reste possible, sa régularité devant *in fine* être appréciée par le juge⁽²⁰⁷⁾.

Se prononçant sur l'exécution de la loi de 2003, la Cour d'appel de Bruxelles a abordé la question sous l'angle de la responsabilité du législateur, en considérant que l'absence d'arrêté d'exécution endéans un délai de quatre ans dépassait les limites du raisonnable et était constitutive d'une faute ayant causé un dommage au justiciable qui, en l'absence d'arrêté royal, n'a pu faire valoir ses droits en démontrant la discrimination⁽²⁰⁸⁾.

47. En ce qui concerne la demande d'accès au dossier de la personne de référence et la prise en compte d'un éventuel refus de donner suite à cette demande comme élément permettant de présumer une discrimination, les tribunaux belges ne semblent pas encore avoir eu l'occasion de faire application de la jurisprudence Kelly et Meister (*cfr* ci-dessus n° 27).

(204) F. CRABEELS, D. SESAIVE et P. MALDEREZ, *op. cit.*, p. 105, qui citent *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord., 2006-2007, n° 2.722/001, p. 35.

(205) F. BOUQUELLE et A. FRY, « Les actions en cessation en droit social », in *Actions orphelines et voies de recours en droit social*, Anthémis, 2012, p. 72.

(206) Avis n° 32.967/2 du 4 février 2002.

(207) Voy. B. RENAULD, *La lutte contre le racisme*, coll. Pratique du droit, p. 146 ; I. RORIVE et V. VAN DER PLANCKE, « Quelles dispositions pour prouver la discrimination ? », in *Les nouvelles lois luttant contre les discriminations*, la Charte/die Keure, 2008, p. 443 ; N. BERNARD, « Les lois anti-discrimination et le secteur du logement (privé et social) », in *Les nouvelles lois luttant contre les discriminations*, la Charte/die Keure, 2008, p. 822.

(208) Bruxelles, 14 octobre 2010, *T.V.R.*, 2011, p. 15.

J. Jacqmain⁽²⁰⁹⁾ relève toutefois que la tension entre la protection des données personnelles de la personne de référence et le droit à l'information du candidat évincé a déjà été soumise à la Cour constitutionnelle. Cette dernière a annulé, dans son arrêt n° 17/97 du 15 mars 1997, la disposition d'un décret⁽²¹⁰⁾ qui interdisait toute communication du dossier individuel d'un membre du personnel sauf à lui-même, parce qu'en empêchant la vérification de la comparaison des mérites des candidats, elle entravait l'application du principe d'égalité inscrit aux articles 10 et 10bis de la Constitution, combinés avec le droit d'accès aux documents administratifs garanti par l'article 32 de la Constitution⁽²¹¹⁾. Ce précédent ne concerne toutefois que le secteur public.

3. Précisions données quant aux faits qui permettent de présumer la discrimination

48. S'agissant de l'appréciation particulière des « faits qui permettent de présumer une discrimination », on relèvera les décisions suivantes.

Dans une décision du 26 mars 2007, le tribunal du travail de Gand a estimé qu'il existe une présomption de discrimination sur la base des origines nationales et ethniques et que la candidature a été rejetée pour ces seuls motifs, lorsqu'un candidat à l'emploi se voit refuser celui-ci par un courriel libellé comme suit : « *un étranger qui vendrait de la sécurité, ça je n'ai jamais vu* »⁽²¹²⁾.

Dans un arrêt du 25 juin 2008⁽²¹³⁾, la cour du travail d'Anvers a fait droit à la demande d'un candidat à l'emploi qui s'était entendu dire lors d'un entretien téléphonique que le poste qu'il convoitait n'était plus libre après qu'il ait révélé son nom (ethniquement connoté) alors que l'entreprise avait par la suite accordé un rendez-vous à une autre personne qui avait appelé pour le même poste en se présentant avec un nom et un accent flamands. La cour a estimé que de simples conversations téléphoniques, dont la teneur est confirmée, d'une part, par un tiers (sous serment) dont la crédibilité n'est pas mise en doute et, d'autre part, par les données provenant de la facture téléphonique du plaignant sont suffisamment sérieuses et pertinentes pour être considérées comme des faits établissant un comportement qui, *prima facie*, est discriminatoire,

(209) J. JACQMAIN, « Preuve de la discrimination : Il faut qu'une porte soit ouverte et fermée », *Chron. D.S.*, 2012, p. 54.

(210) Article 3 du décret de la Communauté flamande du 13 juin 1996 modifiant le décret du 23 octobre 1991 relatif à la publicité des documents administratifs dans les services et établissements du gouvernement flamand. Selon cet article (article 9bis du décret du 23 octobre 1991), « le demandeur qui souhaite exercer le droit défini à l'article 9, alinéa 1^{er}, ne doit pas démontrer un intérêt, à moins qu'il ne demande la publicité de documents à caractère personnel. En ce cas, seule la personne faisant l'objet du document ou les personnes dont l'intervention est indispensable à la rédaction, au traitement, à la gestion administrative, au dépôt, à l'exploitation, au contrôle de qualité, à l'interprétation et à l'analyse de ces documents justifient d'un intérêt quelconque ». La seconde phrase a été annulée.

(211) « Chacun a le droit de consulter chaque document administratif et de s'en faire remettre copie, sauf dans les cas et conditions fixés par la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 ».

(212) T. trav. Gand, 26 mars 2007, *Chron. D.S.*, 2008, n° 1, p. 28.

(213) C. trav. Anvers, 25 juin 2008, Réf. n° 54470, cité in E. BRIBOSIA et I. RORIVE, *Report on Measures to Combat Discrimination. Country Report 2010*, European Network of Legal Experts in the Non-discrimination Field, pp. 27-28, accessible via : <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/4ed650e52.pdf>.

c'est-à-dire comme des éléments qui enclenchent le glissement de la charge de la preuve vers le défendeur⁽²¹⁴⁾.

Le tribunal du travail de Malines a jugé le contraire à propos d'une demande introduite par un demandeur d'emploi d'origine marocaine qui aurait, après avoir dit son nom, eu comme réponse que l'emploi qu'il visait était déjà occupé, alors que son ami aurait, par la suite, immédiatement reçu un rendez-vous pour un entretien d'embauche après avoir annoncé un nom belge au téléphone⁽²¹⁵⁾. Le tribunal a estimé en effet que de simples conversations téléphoniques – dont la réalité ainsi que la date sont pourtant attestées par les extraits de la facture téléphonique du demandeur et dont la teneur est confirmée par l'accompagnateur en matière de recherche d'emploi en présence duquel elles se sont déroulées – ainsi que la confirmation du VDAB qu'à la date des conversations téléphoniques en question, l'emploi était vacant, ne permettent pas de présumer à suffisance une discrimination pour donner lieu au glissement de la charge de la preuve vers le défendeur.

La cour du travail de Bruxelles⁽²¹⁶⁾ a considéré que la décision de la Commission européenne, prise à l'occasion du licenciement d'une quarantaine de professeurs de langue, de faire prêter le préavis aux professeurs qui se situent à moins de deux ans de l'âge de la pension alors que les autres professeurs percevraient une indemnité compensatoire de préavis, permet de présumer une discrimination sur la base de l'âge et du sexe dès lors que l'une des deux employées concernées par cette mesure établit qu'un professeur plus jeune (ne se trouvant pas à moins de deux ans de l'âge de la pension légale) n'a pas dû prêter son préavis et qu'un travailleur masculin ayant le même âge qu'elle n'a pas été contraint de prêter son préavis (vu la différence d'âge légal de la pension).

La cour du travail de Bruxelles⁽²¹⁷⁾ a conclu à une apparence suffisante de discrimination directe à l'égard des employés locaux d'une ambassade en se fondant sur la constatation d'une différence de rémunération brute d'environ 30 % par rapport à celle des travailleurs belges, « *cette différence de traitement ressortant effectivement de la comparaison des rémunérations brutes payées aux différentes catégories comparables de travailleurs (même fonction exercée, même ancienneté), selon qu'ils ont ou non la nationalité belge* ».

Dans son arrêt déjà cité du 19 octobre 2004⁽²¹⁸⁾, la cour du travail de Bruxelles a analysé scrupuleusement la situation d'une série d'autres travailleurs pour conclure que l'employeur avait engagé des travailleurs qui peuvent être considérés comme s'étant trouvés dans une situation comparable à celle de la demanderesse. Dans les circons-

(214) S'agissant, de la justification de l'employeur selon laquelle plusieurs personnes d'origine étrangère travaillaient au sein de l'entreprise, la cour considéra qu'elle n'était pas suffisante pour prouver qu'en d'autres occasions, l'employeur ne s'est pas rendu coupable de discrimination envers des candidats en raison de leur nationalité ou de leur origine et qu'elle était, dès lors, insuffisante comme preuve d'absence de discrimination à l'égard du demandeur (on rapprochera cette considération de celle avancée par la cour du travail de Bruxelles dans son arrêt du 16 juin 2009, cité ci-dessous, en matière de maternité).

(215) T. trav. Malines, 16 mars 2006, Rép. n° 702, <http://www.juridat.be>.

(216) C. trav. Bruxelles, 13 novembre 2012, R.G. n° 2011/AB/613.

(217) C. trav. Bruxelles, 1^{er} octobre 2009, Réf. n° 315.

(218) C. trav. Bruxelles, 19 octobre 2004, *Chron. D. S.*, 2005, p.16 et obs. J. JACQMAIN.

tances de l'espèce, elle a toutefois conclu à l'absence de discrimination en ce qui concerne la rémunération à l'embauche ; elle a considéré que « *la comparaison fait apparaître des anomalies, mais l'intéressée ne prouve pas qu'elles existaient au préjudice des femmes* ». Cet arrêt permet de rappeler que le travailleur doit établir la comparabilité mais aussi la différence de traitement (*cf* ci-dessus n° 25).

Dans une affaire dans laquelle la travailleuse alléguait avoir été licenciée en raison d'une fausse couche récente, la cour du travail de Bruxelles a rappelé que « *la travailleuse qui invoque une inégalité de traitement ne doit pas apporter une preuve complète de la discrimination : il lui suffit d'apporter la preuve des faits permettant de présumer l'existence d'une telle discrimination* »⁽²¹⁹⁾. La cour a, dans cette affaire, retenu comme éléments permettant de présumer la discrimination, le fait que le licenciement est intervenu moins de deux mois après la fausse couche, alors que l'employeur était au courant de cette fausse couche et qu'il est établi par un certificat médical que quelques jours avant son licenciement, l'employée était toujours traitée pour sa fausse couche⁽²²⁰⁾.

Sur la question de la discrimination indirecte fondée sur le sexe découlant de ce qu'au sein des services publics fédéraux, seuls les membres du personnel occupés à temps plein avaient droit aux augmentations salariales intercalaires, la cour du travail de Bruxelles⁽²²¹⁾ a conclu à une apparence de discrimination sur base de statistiques établissant que le personnel occupé à temps partiel comptait 16 % d'hommes et 84 % de femmes, alors que, globalement, les ministères occupaient 73 % d'hommes et 27 % de femmes.

On relèvera enfin que certaines décisions concluent à l'absence de discrimination, sans laisser apparaître qu'en ce qui concerne la charge de la preuve, la partie demanderesse ne doit rapporter qu'une apparence de discrimination. On pourra se rapporter, à cet égard, à l'arrêt de la cour du travail de Liège du 9 février 2011⁽²²²⁾ et au commentaire critique dont il a été l'objet⁽²²³⁾.

(219) C. trav. Bruxelles, 16 juin 2009, R.G. n° 49.687, *R.R.D.*, 2008, n° 128, p. 409.

(220) En ce qui concerne le renversement de la présomption, la décision précise : « Il appartient à la société de renverser la présomption, ce qu'elle ne fait pas. La société n'apporte pas la preuve que l'absence de Madame F. a désorganisé ses services. Avant la clôture des débats, elle n'a déposé aucune pièce en lien direct avec l'organisation de ses services. Les considérations qu'elle émet, dans ses conclusions après avis du ministère public, sur base de son organigramme, quant au fait que son personnel administratif est majoritairement féminin et que certaines employées ont eu des enfants alors qu'elles étaient déjà à son service, ne constituent pas des éléments concrets permettant de démontrer qu'en l'espèce, le licenciement n'est pas intervenu essentiellement en raison de la fausse couche, des incapacités de travail qui l'ont directement suivies et de la possibilité qu'à bref délai, Madame F. soit effectivement enceinte. De même, dès lors que la société était au courant de la fausse couche, la présomption n'est pas renversée par la circonstance qu'elle n'aurait pas été au courant de tout le parcours gynécologique de l'intéressée ».

(221) C. trav. Bruxelles, 17 décembre 2010, *Chron. D.S.*, 2012, p. 29 et obs. J. JACQMAIN, « *Instead of the cross, the Albatross/About my neck was hung* (S.T. Coleridge) ».

(222) C. trav. Liège, 9 février 2011, *Chron. D.S.*, 2011, p. 422.

(223) C. LARDIN, « Écart salarial entre femme et homme : les outils sont là ... reste à s'en servir correctement – Commentaire de Cour trav. Liège, 9 février 2011 », *Chron. D.S.*, 2011, p. 380-383.

B. LE PARTAGE DE LA PREUVE EN MATIÈRE DE HARCÈLEMENT

49. Comme l'a rappelé la cour du travail de Bruxelles, le partage de la preuve prévu par l'article 32*undecies* de la loi du 4 août 1996 sur le bien-être au travail s'inspire du mécanisme existant en matière de discrimination. Il vise à garantir l'effectivité de la protection de la victime et à éviter que cette dernière doive rapporter la preuve d'un fait négatif, à savoir l'absence de raison autre que le harcèlement au traitement défavorable dont elle est l'objet. Il réalise donc un équilibre qui tient compte du fait que, face à des indices de harcèlement, l'employeur a une meilleure disposition à prouver le motif réel de sa décision ⁽²²⁴⁾.

Les tribunaux ont ainsi été amenés à se prononcer sur le champ d'application de l'article 32*undecies* de la loi du 4 août 1996, sur le fonctionnement du mécanisme du partage de la preuve ainsi que sur les éléments permettant, dans le cadre de ce mécanisme, de présumer l'existence du harcèlement.

1. Précisions concernant le champ d'application

50. Le partage de la charge de la preuve institué par l'article 32*undecies* s'applique à toutes les procédures civiles dans lesquelles des faits de violence ou de harcèlement moral ou sexuel au travail au sens de la loi du 11 juin 2002 doivent être rapportés ⁽²²⁵⁾.

51. Dans le cadre des procédures civiles dans lesquelles des faits de violence ou de harcèlement sont invoqués, le partage de la preuve s'applique à toutes les demandes fondées sur ces faits et pas uniquement à celles expressément prévues par la loi de 2002. Autrement dit, « *cette règle de preuve dans l'établissement des faits de violence ou de harcèlement s'applique non seulement lorsqu'une personne demande une mesure prévue par cette loi, mais également lorsqu'elle demande l'application d'une sanction civile susceptible de s'attacher à la faute que constitue le harcèlement ou la violence au travail* » ⁽²²⁶⁾. C'est le cas par exemple lorsqu'une partie demande la résolution judiciaire du contrat de travail ou l'octroi de dommages et intérêts en raison du harcèlement qu'elle prétend avoir subi ⁽²²⁷⁾.

(224) C. trav. Bruxelles, 24 octobre 2012, R.G. n° 2011/AB/10, <http://www.juridat.be>.

(225) Voy. Trib. trav. Bruxelles, 10 novembre 2004, *J.T.T.*, 2005, p. 202.

(226) J.P. CORDIER et P. BRASSEUR, *op. cit.*, p. 251. Dans le même sens, voy. S. GILSON, K. ROSIER et E. DERMINE, « La preuve en droit du travail », in F. KUTY et D. MOUGENOT (dir.), *La preuve - Questions spéciales*, Anthemis, 2008, p. 208 ; *La loi relative à la protection contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail. Deux années d'application*. Actes de l'après-midi d'étude organisé le 18 février 2005 par la Conférence du Jeune barreau de Charleroi, Études pratiques de droit social, Kluwer, 2005, p. 55 ; Trib. trav. Bruxelles, 20 décembre 2004, R.G. n° 67965/03, cité in A. GIELEN, M. SIMON, B. VANSCHOEBEKE et A. WITTERS, *Kroniek Ontslagrecht - Overzicht van rechtspraak 2002-2005*, De Boek & Larcier, 2006, p. 331 ; Trib. trav. Bruxelles, 20 juin 2006, R.G. n° 50.918/03 ; Trib. trav. Mons, 18 décembre 2006, R.G. n° 13.767/05/M ; Trib. trav. Bruxelles, 24 juin 2008, R.G. n° 5347/07 ; Trib. trav. Bruxelles, 3 juillet 2008, R.G. n° 14232/07 ; Trib. trav. Bruxelles, 28 septembre 2004, R.G. n° 59224/03 ; Trib. trav. Bruxelles, 10 novembre 2004, R.G. n° 51.946/03 ; Trib. trav. Charleroi, 24 juin 2005, R.G. n° 167274 ; Trib. trav. Anvers, 25 avril 2006, R.G. n° 370.470 ; Trib. trav. Bruxelles, 22 novembre 2006, R.G. n° 289/05 ; Trib. trav. Bruxelles, 8 janvier 2007, R.G. n° 13852-53/05 (cités à l'adresse suivante : <http://www.emploi.belgique.be/WorkArea/DownloadAsset.aspx?id=21270>).

(227) Trib. trav. Bruxelles, 10 novembre 2004, *J.T.T.*, 2005, p. 202.

52. Par contre, conformément au deuxième alinéa de l'article 32*undecies*, le partage de la preuve ne s'applique pas aux procédures pénales, « dans lesquelles la partie poursuivante et la partie civile supportent le fardeau intégral de la preuve de tous les éléments constitutifs de l'infraction dont elles demandent la sanction et la réparation »⁽²²⁸⁾. Cette exclusion des procédures pénales a déjà été largement évoquée. On rappellera simplement que la non-applicabilité du mécanisme du partage de la preuve devant les juridictions pénales se justifie, notamment, par la nécessité de garantir la présomption d'innocence dans le chef du harceleur allégué (cfr n° 21).

À l'inverse, ainsi que le souligne, à juste titre, la cour du travail de Liège, on ne pourrait déduire de ce que les faits de harcèlement au travail sont susceptibles de constituer une infraction pénale que les règles de preuve de l'action pénale trouveraient également à s'appliquer à l'action civile fondée sur ces faits : « suivre ce raisonnement équivaudrait en effet à vider de sa substance le régime dérogatoire qu'a institué le législateur pour régir le mécanisme probatoire de l'action civile en réparation [ou en cessation] de faits de harcèlement au travail »⁽²²⁹⁾.

53. Le deuxième alinéa de l'article 32*undecies* précise également que le partage de la preuve ne porte pas atteinte à d'autres dispositions légales plus favorables en matière de charge de la preuve. Selon la doctrine⁽²³⁰⁾, sont ainsi visées les règles de preuve applicables en matière de licenciement pour motif grave, de licenciement abusif des ouvriers et de rupture irrégulière du contrat des travailleuses enceintes (et plus généralement, selon nous, chaque fois que la protection contre le licenciement débouche sur un renversement de la charge de la preuve).

Le tribunal du travail de Nivelles a ainsi décidé, dans un jugement du 19 septembre 2003, que le partage de la preuve ne trouve pas à s'appliquer en matière de licenciement pour motif grave, l'article 35 de la loi sur le contrat de travail devant, selon le tribunal, « être rangé dans la catégorie des autres dispositions légales plus favorables en matière de charge de la preuve »⁽²³¹⁾. En effet, dès lors qu'en vertu de l'article 35 de la loi du 3 juillet 1978, la charge de la preuve des motifs graves susceptibles de justifier le licenciement sans préavis ni indemnité incombe à l'employeur, celui-ci ne peut se prévaloir du mécanisme institué par l'article 32*undecies* de la loi sur le bien-être au seul motif qu'il allègue des faits de harcèlement à l'appui du congé. Il ne suffit pas, autrement dit, que l'employeur apporte des indices d'un comportement de harcèlement de la part d'un travailleur licencié pour motif grave pour que le fardeau de la preuve se reporte sur ce dernier.

(228) C. trav. Liège, 10 septembre 2010, *op. cit.*

(229) C. trav. Liège, 10 septembre 2010, *op. cit.*

(230) Voy. J.P. CORDIER et P. BRASSEUR, *op. cit.*, p. 251 ; J.P. CORDIER et P. BRASSEUR, *La loi sur la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail - deux années d'application*, Études pratiques de droit social, Bruxelles, Kluwer, 2005, pp. 55-56 ; J. JACQMAIN, « La loi relative à la protection contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail », *Chron. D.S.*, 2003, liv. 2, p. 61 ; O. MORENO, « Chronique de jurisprudence 2002-2004 - Harcèlement moral au travail », *Orientations*, 2005, n° 2, p. 3.

(231) Trib. trav. Nivelles, 19 septembre 2003, *Chron. D.S.*, 2004, p. 480 ; Voy. aussi Trib. trav. Nivelles, 20 juin 2003 et 19 septembre 2003, *Chron. D.S.*, 2004, p. 280 ; C. trav. Bruxelles, 15 janvier 2007, R.G. n° 18.702/06, <http://www.terralaboris.be> ; C. trav. Mons, 26 septembre 2008, inédit, R.G. n° 19179, cité in J.P. CORDIER et P. BRASSEUR, *op. cit.*, p. 253.

54. Certains auteurs ont mis en doute le fait que le renversement de la charge de la preuve soit d'application dans les procédures en référé.

Selon J.P. Cordier et P. Brasseur, « *il n'est pas certain que le partage de la charge de la preuve puisse s'appliquer aux procédures en référé. Les dispositions protectrices de la loi – et notamment celles qui concernent le partage de la charge de la preuve – se réfèrent, en effet, à un jugement et donc à une action au fond. De plus, la procédure en référé obéit à des règles différentes de celles qui s'appliquent au fond, dans la mesure où la juridiction n'ordonne que des mesures provisoires sur la base d'une apparence de droit. Le mécanisme du partage de la preuve repose, au contraire, sur un processus d'établissement définitif des faits (qui relève du fond de l'affaire)* »⁽²³²⁾.

Force est toutefois de constater que cette restriction ne résulte pas du texte légal et que, en pratique, la règle inscrite à l'article 32*undecies* est appliquée par les présidents des tribunaux du travail statuant en référé⁽²³³⁾.

55. Il a été souligné que l'article 32*undecies* s'applique également devant le Conseil d'État, dans la mesure où il n'est pas incompatible avec les lois coordonnées sur le Conseil d'État⁽²³⁴⁾. L'aménagement de la charge de la preuve vaut donc également devant le juge administratif.

Toutefois, comme le relève J. Jacqmain, le partage de la preuve « *aura sans doute une utilité limitée devant la juridiction administrative, vu les obligations de motivation des actes administratifs qui pèsent sur la partie adverse* »⁽²³⁵⁾.

2. Précisions données quant à la technique du partage de la preuve

56. Nous avons déjà signalé que l'article 32*undecies* organise un partage⁽²³⁶⁾ et non un renversement de la charge de la preuve⁽²³⁷⁾.

(232) J.P. CORDIER et P. BRASSEUR, *op. cit.*, p. 252.

(233) Voy. p. ex. Trib. trav. Mons, 1^{er} décembre 2011, Réf. n° 11/06/C, <http://www.juridat.be>; Trib. trav. Bruxelles, 10 janvier 2008, R.G. n° 53/07, <http://www.juridat.be>; Trib. trav. Bruxelles, 10 janvier 2008, R.G. n° 45/07, <http://www.juridat.be>; Trib. trav. Bruxelles, 18 juillet 2003, R.G. n° 35/2003, <http://www.juridat.be>.

(234) Voy. J.P. CORDIER et P. BRASSEUR, *op. cit.*, p. 252.

(235) J. JACQMAIN, *op. cit.*, *Chron. D.S.*, 2003, p. 62.

(236) Voy. not. C. VISART DE BOCARMÉ, « La spécificité du droit social », *Dr. pén. entr.*, 2009, n° 3, p. 217; C. VISART DE BOCARMÉ, « La spécificité du droit social – Le harcèlement moral au travail », *R.R.D.*, 2008, n° 128, p. 335; S. VAN WASSENHOVE et P. BRASSEUR, « De nouvelles mesures contre le harcèlement et la violence au travail », *J.T.*, 2002, n° 6075, p. 810; J.P. CORDIER et P. BRASSEUR, *Le bien-être psychosocial au travail : harcèlement moral, harcèlement sexuel, violence, stress, conflits ...*, Kluwer, 2009, p. 251; J.P. CORDIER, « La loi du 11 juin 2002 relative à la protection contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail », *J.T.T.*, 2002, n° 23, p. 392; J.P. CORDIER et S. BECHET, « La preuve du motif grave et les règles relatives à la protection de la vie privée : conflit de droits ? », in S. GILSON (coord.), *Quelques propos sur la rupture du contrat de travail. Hommage à Pierre Blondiau*, Anthemis, 2008, p. 74; Trib. trav. Bruxelles, 10 janvier 2008, *J.T.*, 2008, p. 142; C. trav. Bruxelles (2^e ch.), 19 août 2010, *J.T.*, 2008, p. 586; C. trav. Liège (13^e ch.), sect. Namur, 3 mai 2011, R.G. n° 2010/AN/89, <http://www.juridat.be>; C. trav. Liège (6^e ch.), 10 septembre 2010, RG n° 36.380/09, <http://www.juridat.be>; C. trav. Liège (15^e ch.), 12 mars 2009, R.G. n° 034757, <http://www.juridat.be>; Trib. trav. Liège, 15 décembre 2010, R.G. n° 390.882, <http://www.juridat.be>.

(237) J.P. CORDIER et P. BRASSEUR, *op. cit.*, pp. 249-250; S. VAN WASSENHOVE et P. BRASSEUR, *op. cit.*, p. 810; selon ces auteurs, l'article 32*undecies* « *ne consacre [...] pas le renversement de la charge*

Il est donc certain que, dans un premier temps, c'est à la victime d'« *établir des faits qui constituent un commencement de preuve* »⁽²³⁸⁾ des griefs de harcèlement qu'elle allègue, et, dans un second temps, « *une fois établis par le plaignant les faits qu'il invoque au titre du harcèlement [...], c'est à la partie à laquelle ces faits sont imputés qu'il incombe de renverser, par la preuve contraire, le caractère de harcèlement moral qu'ils sont présumés revêtir* »⁽²³⁹⁾.

Le tribunal du travail de Bruxelles, dans une décision du 1^{er} juin 2006, insistait sur ce point : « *D'aucuns ont interprété cette disposition, mais à tort, comme ayant opéré un renversement de la charge de la preuve par l'établissement d'une présomption de harcèlement à partir du moment où une plainte motivée en ce sens avait été déposée par celui qui s'en estimait victime. Cette interprétation a pour effet de passer sous silence le fait qu'il incombe aux plaignants, comme le précise la disposition légale citée ci-dessus, d'établir des faits 'permettant de présumer l'existence de violence ou de harcèlement moral ou sexuel au travail' c'est-à-dire à tout le moins un commencement de preuve des griefs invoqués. Plutôt qu'un renversement de la charge de la preuve, il convient de parler d'un partage de celle-ci* »⁽²⁴⁰⁾.

57. La doctrine et la jurisprudence semblent considérer que la preuve qui doit être apportée dans un second temps est une preuve négative, ce qui pourrait justifier qu'elle soit appréciée de manière moins rigoureuse.

Il a ainsi été suggéré que lorsque la victime aura établi des faits qui permettent de présumer un harcèlement au travail, la charge de la preuve qu'il n'y a pas eu de harcèlement incombera à la partie défenderesse, qui devra « *apporter des éléments de même valeur probante que le plaignant* »⁽²⁴¹⁾ mais ne devra pas « *apporter une preuve complète de l'absence des faits reprochés – tâche particulièrement ardue puisqu'il s'agit de la preuve de faits négatifs – mais bien des éléments permettant de présumer l'absence de violence ou de harcèlement* »⁽²⁴²⁾.

Nous renvoyons aux observations générales faites en l'introduction à propos de la preuve d'un fait négatif.

58. La doctrine insiste sur l'importance de la procédure interne. La jurisprudence y a parfois vu une condition du partage de la preuve.

J.P. Cordier relève ainsi : « *Étrangement, le législateur n'a pas pris le soin de définir ce qu'il entendait par 'des faits qui permettent de présumer l'existence de violence ou de harcèlement'. Les travaux préparatoires ne sont pas plus explicites. Des discussions qui eurent lieu en commission des affaires sociales, on peut néanmoins déduire que [l]es éléments qui permettront de présumer l'existence de violence ou de harcèlement au travail sont notamment les rapports, pour autant qu'il y en ait eu, du conseiller en prévention, de l'inspection*

de la preuve », mais « *vise seulement à faciliter la tâche de la victime qui, tant psychologiquement que juridiquement, se retrouve en état d'infériorité* ».

(238) S. VAN WASSEHOVE et P. BRASSEUR, *op. cit.*, p. 810 ; C. trav. Liège (15^e ch.), 12 mars 2009, *op. cit.*

(239) C. trav. Liège, 10 septembre 2010, *op. cit.*

(240) Trib. trav. Bruxelles (16^e ch.), 1^{er} juin 2006, R.G. n° 73566.04, <http://www.juridat.be>.

(241) C. trav. Liège, 19 août 2010, *op. cit.*

(242) J.P. CORDIER et P. BRASSEUR, *op. cit.*, p. 250.

médicale, ainsi que des différents intervenants qui auront tenté de résoudre le problème au sein de l'entreprise (Doc. parl., Chambre, 2001-2002, 1583/005, pp. 35 et 54) », d'où « l'utilité [...] pour la victime [d'utiliser par priorité la procédure interne. Celle-ci lui permettra en effet de reconstituer les éléments nécessaires et suffisants qui permettront de présumer l'existence des faits de violence ou de harcèlement au travail] »⁽²⁴³⁾.

Commentant différents arrêts de la cour du travail de Liège, C. Visart de Bocarmé relève : « Dans chaque affaire examinée, la procédure judiciaire fut précédée d'une procédure menée par le conseiller en prévention à la suite d'une plainte motivée déposée en application de l'article 32nonies de la loi du 4 août 1996. Dans un cas, cette plainte fut elle-même précédée d'une tentative de médiation interne et dans un autre cas d'une enquête interne à la demande de l'employeur. Les rapports qui émanent de ces initiatives et de la mission du conseiller en prévention sont importants puisqu'ils pourront alléger la charge probatoire de la victime prétendue du harcèlement. En effet, même si le législateur n'a pas défini ce que sont ' des faits qui permettent de présumer l'existence de violence ou de harcèlement ' dont la preuve doit être rapportée par la partie demanderesse, il est permis de déduire des travaux préparatoires de la loi que les éléments qui permettront de présumer l'existence du comportement visé sont notamment les rapports du conseiller en prévention, de l'inspection médicale, ainsi que de différents intervenants qui auront tenté de résoudre le problème au sein de l'entreprise. »⁽²⁴⁴⁾.

Il précise néanmoins : « comme la cour l'a constaté dans deux cas, ces rapports sont parfois imprécis et insuffisants pour lui permettre de prendre position, notamment lorsque le conseiller en prévention relève sur base de témoignages recueillis, des écarts de langage d'un directeur d'établissement scolaire à l'encontre d'un membre du personnel, mais sans citer quels sont ces écarts de langage. La cour considère dès lors que sur cette seule base elle ne dispose pas d'éléments suffisants pour considérer établie l'existence de faits permettant de présumer un harcèlement moral au travail (C. trav. Liège (11^e ch.), 13 mai 2009, R.G. n° 4058/08). Il en est de même lorsque le rapport du conseiller en prévention est lacunaire en raison de son manque d'impartialité et de l'absence d'initiatives en vue de proposer une médiation (C. trav. Liège (6^e ch.), 29 mai 2009, R.G. n° 35 459/2008) »⁽²⁴⁵⁾.

Selon d'aucuns, le recours à la procédure interne, lorsqu'elle a été organisée et qu'elle est praticable, est une condition *sine qua non* du partage de la charge de la preuve : « Lors de l'élaboration de la loi du 11 juin 2002, la ministre considérait que le fait de suivre la procédure interne et d'épuiser les possibilités de conciliation constituait une exigence minimale pour obtenir cet aménagement en matière probatoire. Nous pensons que cette exigence est justifiée lorsque cette procédure existe et peut être appliquée légalement »⁽²⁴⁶⁾.

Dans une ordonnance du 18 juillet 2003, le président du tribunal du travail de Bruxelles a estimé que « si le recours à la procédure interne n'est pas un préalable obligatoire au recours en justice, l'intention claire, tant des partenaires sociaux que du gouvernement et du législateur, est que l'intéressé l'ait au préalable menée, dans toute la mesure du possible,

(243) J.P. CORDIER, *op. cit.*, p. 392. ; voy. aussi S. VAN WASSENHOVE et P. BRASSEUR, « De nouvelles mesures contre le harcèlement et la violence au travail », *J.T.*, 2002, p. 810 ; O. MORENO, *op. cit.*, p. 15.

(244) C. VISART DE BOCARMÉ, *R.R.D.*, *op. cit.*, p. 336.

(245) C. VISART DE BOCARMÉ, *R.R.D.*, *op. cit.*, p. 336.

(246) J.P. CORDIER et P. BRASSEUR, *op. cit.*, p. 251.

[[]le recours direct au tribunal du travail ne [pouvant] se justifier que dans des cas 'd'une extrême gravité' »⁽²⁴⁷⁾.

Comme la jurisprudence majoritaire, qui estime que « *celui qui soutient être harcelé a le choix de cumuler le recours interne et le recours judiciaire, soit d'en choisir l'un des deux* »⁽²⁴⁸⁾, nous sommes d'avis que ce serait ajouter à la loi que de considérer que l'article 32*undecies* ne s'appliquera pas si le travailleur n'a pas recouru aux mécanismes internes qui lui étaient ouverts.

Nous partageons ainsi l'opinion de J. Jacquain, pour qui, « *même si l'utilisation préalable des procédures internes peut grandement aider le travailleur ou la travailleuse dans une action judiciaire, [...] rien ne l'empêche de se tourner simultanément, voire exclusivement, vers le volet externe* »⁽²⁴⁹⁾.

59. Le partage de la preuve a parfois fait naître une crainte d'abus, dans la mesure où il faciliterait les accusations formulées à la légère.

Avec S. Van Wassenhove et P. Brasseur, on rappellera toutefois que les éventuels abus « *peuvent être sanctionnés sur la base du droit disciplinaire (d'où l'importance de rédiger correctement le règlement de travail), sur la base du droit judiciaire (lorsque l'action est téméraire et vexatoire) voire sur la base des dispositions du droit pénal réprimant la calomnie et la diffamation s'il y a intention de nuire (l'article 6, al. 2, 7° nouveau, de la loi sur le bien-être énonce notamment parmi les obligations des travailleurs celui de 's'abstenir de tout usage abusif de la procédure de la plainte')* »⁽²⁵⁰⁾.

3. Précisions données quant aux éléments qui permettent de présumer le harcèlement

60. Palliant le manque de précision des travaux préparatoires de la loi du 11 juin 2002, la jurisprudence a été amenée à apprécier concrètement les éléments susceptibles de susciter un déplacement de la charge de la preuve.

Il est acquis que le demandeur doit *prouver* des faits. La cour du travail de Bruxelles a ainsi indiqué, dans un arrêt du 16 janvier 2012 : « *L'application de la règle de preuve requiert que la personne qui l'invoque établisse, c'est-à-dire qu'elle apporte la preuve, des faits qui permettent de présumer l'existence de violence ou de harcèlement au travail. Il ne suffit pas d'alléguer l'existence de tels faits, encore faut-il les prouver. Une fois prouvée l'existence de tels faits qui constituent des indices, l'existence de la violence ou du*

(247) Trib. trav. Bruxelles, 18 juillet 2003, R.G. n° 35/2003, <http://www.juridat.be>.

(248) C. trav. Liège (15^e ch.), 12 mars 2009, *op. cit.* (citant C. trav. Bruxelles, 16 octobre 2003, <http://www.juridat.be> et C. trav. Anvers, 7 juin 2004, <http://www.juridat.be>) ; voy. aussi Trib. trav. Bruxelles, 20 octobre 2006, R.G. n° 68282/03 ; Trib. trav. Bruxelles, 22 novembre 2006, R.G. n° 289/05 (cités à l'adresse suivante : <http://www.emploi.belgique.be/WorkArea/DownloadAsset.aspx?id=21270>).

(249) J. JACQMAIN, *op. cit.*, *Chron. D.S.*, 2003, p. 60.

(250) S. VAN WASSENHOVE et E. BRASSEUR, *op. cit.*, p. 810.

harcèlement au travail est présumée et c'est à l'autre partie qu'il incombe de prouver le contraire »⁽²⁵¹⁾.

Selon certains, l'article 32*undecies* serait plus contraignant que les différentes lois du 10 mai 2007 tendant à lutter contre les discriminations, qui prévoient seulement que le demandeur doit invoquer des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination (cfr *supra*)⁽²⁵²⁾. Nous ne partageons pas ce point de vue : l'origine commune des textes et la volonté certaine du législateur de se référer, en 2002, au mécanisme existant depuis la loi du 7 mai 1999 en matière de discriminations fondées sur le sexe nous semblent au contraire démontrer que, par-delà d'éventuelles différences de terminologie, les mécanismes sont identiques.

L'article 32*undecies* exigeant du plaignant qu'il rapporte des « faits », sont exclues les rumeurs, allégations, impressions et perceptions personnelles qui ne présentent pas un caractère objectif et ne sont pas de nature à être prouvées⁽²⁵³⁾. Ainsi, sont par exemple exclus des échanges de correspondances avec le syndicat dans lesquelles le plaignant expose son mal-être dans toute sa subjectivité⁽²⁵⁴⁾.

Les faits doivent en outre être suffisamment décrits quant au moment et au lieu de leur occurrence et se rapporter à des personnes identifiables⁽²⁵⁵⁾, à défaut de quoi

(251) C. trav., 6^e ch., 16 janvier 2012, R.G. n° 2008/AB/51597, <http://www.terralaboris.be> ; voy. aussi C. trav. Bruxelles, 27 novembre 2007, *J.T.T.*, 2008, p. 198.

(252) Voy. Trib. trav. Tournai, 28 janvier 2009, Rép. 09/443 (*idem*).

(253) Voy. J.P. CORDIER et P. BRASSEUR, *op. cit.*, p. 251 ; *La loi relative à la protection contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail*, *op. cit.*, p. 56 ; Trib. trav. Anvers, 25 avril 2006, R.G. n° 370.470 ; Trib. trav. Charleroi, 24 novembre 2006, R.G. n° 175.867/A ; Trib. trav. Dinant, 24 avril 2007, R.G. n° 67898 ; Trib. trav. Tongres, 2 mai 2007, R.G. n° 2357/2005 ; Trib. trav. Mons, 21 mai 2007, R.G. n° 396/04/M ; Trib. trav. Bruxelles, 29 mai 2007, R.G. n° 04522/06 ; Trib. trav. Namur, 18 février 2008, R.G. n° 07/131.781/A ; Trib. trav. Liège, 16 décembre 2004, R.G. n° 335.560 ; Trib. trav. Bruxelles, 11 mars 2008, R.G. n° 62.548/03 (cités à l'adresse suivante : <http://www.emploi.belgique.be/WorkArea/DownloadAsset.aspx?id=21270>).

(254) Trib. trav. Bruxelles, 30 novembre 2004, R.G. n° 65675/2003 (*idem*).

(255) Voy. J.P. CORDIER et P. BRASSEUR, *op. cit.*, p. 251 ; Trib. trav. Turnhout, 10 juillet 2003, R.G. n° 26021 ; C. trav. Anvers, 22 juin 2004, Rép. 582 ; Trib. trav. Hasselt, 25 octobre 2004, R.G. n° 2031748 ; Trib. trav. Bruxelles, 10 novembre 2004, R.G. n° 946/03 ; Trib. trav. Bruxelles, 30 novembre 2004, R.G. n° 65675/2003 ; Trib. trav. Anvers, 20 décembre 2004, R.G. n° 367.413 ; Trib. trav. Tongres, 1^{er} juin 2005, R.G. n° 2964/04 ; Trib. trav. Charleroi, 24 juin 2005, R.G. n° 167274 ; Trib. trav. Gand, 23 septembre 2005, R.G. n° 165.559/04 ; Trib. trav. Tongres, 5 octobre 2005, R.G. n° 1048/2004 ; Trib. trav. Bruxelles, 7 novembre 2005, R.G. n° 75.480/04 ; C. trav. Anvers, 21 décembre 2005, R.G. n° 2050067 ; Trib. trav. Louvain, 5 janvier 2006, R.G. n° 1794/04 ; Trib. trav. Bruxelles, 10 janvier 2006, R.G. n° 71780/04 ; Trib. trav. Bruxelles, 10 février 2006, R.G. n° 79396/04 ; Trib. trav. Anvers, 25 avril 2006, R.G. n° 370/470 ; Trib. trav. Oudenaarde, 9 mai 2006, R.G. n° 265710/II ; Trib. trav. Nivelles, 18 mai 2006, R.G. n° 2056/N/2003 et 858/N/2004 ; Trib. trav. Bruxelles, 2 juin 2006, R.G. n° 63761/03 ; Trib. trav. Bruxelles, 17 novembre 2006, R.G. n° 3653/05 ; Trib. trav. Charleroi, 24 novembre 2006, R.G. n° 175.867/A ; Trib. trav. Mons, 18 décembre 2006, R.G. n° 13.767/05/M ; Trib. trav. Bruxelles, 29 janvier 2007, R.G. n° 04423/05 ; Trib. trav. Tongres, 2 mai 2007, R.G. n° 2357/2005 ; Trib. trav. Mons, 21 mai 2007, R.G. n° 11.396/04/M ; Trib. trav. Hasselt, 15 octobre 2007, R.G. n° 2062208 ; Trib. trav. Liège, 30 octobre 2007, R.G. n° 365.551 ; C. trav. Anvers, 18 décembre 2007, Rép. 918 ; Trib. trav. Anvers, 21 mai 2008, R.G. n° 06/396788 ; Trib. trav. Oudenaarde, 14 octobre 2008, R.G. n° 08/163/A ; Trib. trav. Anvers, 17 mai 2005, R.G. n° 360.767 ; Trib. trav. Bruxelles, 24 février 2009, R.G. n° 81897/04 (cités à l'adresse suivante : <http://www.emploi.belgique.be/WorkArea/DownloadAsset.aspx?id=21270>).

ils sont invérifiables et le défendeur ne peut en apporter la preuve contraire⁽²⁵⁶⁾. Par exemple, mentionner la persistance d'une campagne de ragots, sans indiquer qui y est impliqué ni quand et quelles déclarations ont été faites, est insuffisant pour présumer l'existence de harcèlement⁽²⁵⁷⁾.

Le demandeur ne peut pas se contenter de citer ou d'évoquer des faits. Le tribunal du travail de Bruxelles a estimé, à cet égard, que la seule plainte motivée ne saurait établir à elle seule la réalité des griefs allégués⁽²⁵⁸⁾.

61. Comme l'a souligné la cour du travail de Liège dans un arrêt du 12 mars 2009, les faits permettant de présumer l'existence de harcèlement au travail peuvent être prouvés par toute voie de droit⁽²⁵⁹⁾. Il peut s'agir, par exemple :

- du *rapport du conseiller en prévention*⁽²⁶⁰⁾ (le juge n'est toutefois pas lié par cet avis⁽²⁶¹⁾);
- du *rapport du comité d'accompagnement*⁽²⁶²⁾;
- de *procès-verbaux d'audition établis par un agent de police* qui a entendu les plaignants et leurs témoins (jugé à cet égard que le témoignage fait à la police revêt une force probante plus grande que les attestations établies sur papier libre)⁽²⁶³⁾;
- de *l'enregistrement* des propos tenus par l'auteur allégué du harcèlement⁽²⁶⁴⁾;
- de *certificats médicaux* constatant l'incapacité définitive de la victime, rédigés par son médecin traitant et les médecins du travail⁽²⁶⁵⁾ ou de *certificats médicaux* attestant des plaintes émises par le travailleur et du fait que la dépression sévère dont il souffre est susceptible d'avoir pour cause un harcèlement au travail⁽²⁶⁶⁾ (certaines juridictions relèvent cependant que des attestations médicales ne permettent pas de démontrer les faits (de harcèlement, le cas échéant) à l'origine de l'état du patient⁽²⁶⁷⁾);

(256) Trib. trav. Bruxelles, 12 février 2008, R.G. n° 21864/05-3598/07 ; Trib. trav. Anvers, 21 mai 2008, R.G. n° 06/396788 (*idem*).

(257) Trib. trav. Hasselt, 10 juillet 2003, inéd., R.G. n° 26 021, cité in *La loi relative à la protection contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail*, *op. cit.*, p. 56.

(258) Trib. trav. Bruxelles, 11 décembre 2008, R.G. n° 15822/07 (cité à l'adresse suivante : <http://www.emploi.belgique.be/WorkArea/DownloadAsset.aspx?id=21270>). Dans le même sens, voy. Trib. trav. Bruxelles, 1^{er} juin 2006, *op. cit.*

(259) C. trav. Liège (15^e ch.), 12 mars 2009, *op. cit.*

(260) C. trav. Bruxelles (2^e ch.), 19 août 2008, <http://www.juridat.be>.

(261) Trib. trav. Anvers, 2 avril 2009, R.G. n° 08/2344/A (cité à l'adresse suivante : <http://www.emploi.belgique.be/WorkArea/DownloadAsset.aspx?id=21270>).

(262) *Idem*.

(263) *Idem*.

(264) C. trav. Liège, 10 septembre 2010, *op. cit.* Reste alors à apprécier les règles relatives à la licéité de la preuve (Voyez not. à ce sujet : S. GILSON et K. ROSIER « La preuve en droit du travail », *Orientations*, avril 2007, pp. 1 à 17 ; S. GILSON, K. ROSIER et E. DERMINE, « La preuve en droit social », in *La preuve, questions spéciales*, CUP, F. KUTY et D. MOUGENOT (dir.), Anthémis, 2008, pp. 179 et s. ; S. GILSON, K. ROSIER, A. FRANKART et M. GLORIEUX, « La preuve du motif grave », in S. GILSON (dir.), *Le congé pour motif grave. Notions, évolutions, questions spéciales*, Anthémis, 2011, p. 169.

(265) C. trav. Mons (1^{er} ch.), 27 octobre 2006, R.G. n° 19541, <http://www.juridat.be>.

(266) Trib. trav. Bruxelles, 29 janvier 2009, Rép. 09/002031 (cité à l'adresse suivante : <http://www.emploi.belgique.be/WorkArea/DownloadAsset.aspx?id=21270>).

(267) Trib. trav. Bruxelles, 30 novembre 2004, R.G. n° 65675/2003 ; Trib. trav. Bruxelles, 3 novembre 2008, R.G. n° 158-06 ; Trib. trav. Charleroi, 14 novembre 2008, R.G. n°07/17586/A ; Trib. trav. Bruxelles, 1^{er} décembre 2008, R.G. n° 17625/07 ; Trib. trav. Bruxelles, 24 février 2009, R.G. n° 81897/04 ; Trib. trav.

- du dossier répressif constitué par le procureur du Roi suite à la plainte de la victime, peu importe que celui-ci ait fait l'objet d'un classement sans suite ⁽²⁶⁸⁾ (ce dossier comportant en l'espèce des *photographies* et des *cartes postales* ainsi que des *dépositions du personnel et de la personne de confiance au sein de l'entreprise*) ⁽²⁶⁹⁾ ;
- des *déclarations de la victime* ⁽²⁷⁰⁾ ;
- de l'*information judiciaire diligentée par l'Auditeur du travail* (comportant en l'espèce plusieurs *auditions d'autres membres du personnel*) ⁽²⁷¹⁾ ;
- du *témoignage d'anciens travailleurs* ⁽²⁷²⁾ ;
- d'une *enquête autorisée* par le juge conformément à l'article 915 du Code judiciaire ⁽²⁷³⁾.

N'ont en revanche pas été considérés comme permettant de présumer à suffisance l'existence de harcèlement, par exemple :

- le rapport de procédure interne qui renvoie à des déclarations de témoins qui évoquent des faits qui ne sont pas démontrables et concrets ⁽²⁷⁴⁾ ;
- le rapport du conseiller en prévention qui n'a pas été établi de manière impartiale dès lors qu'il n'en ressort pas que le conseiller aurait invité le défendeur à faire entendre d'autres personnes que celles souhaitées par le demandeur ⁽²⁷⁵⁾ ;
- l'attestation rédigée par le demandeur lui-même et signée par plusieurs tiers ⁽²⁷⁶⁾ ;
- les déclarations dans lesquelles les témoins n'évoquent pas les faits dont le demandeur se plaint à titre personnel ⁽²⁷⁷⁾ ;
- les déclarations de témoins (partiellement) subjectives ⁽²⁷⁸⁾ ;
- la seule déclaration de la plaignante (corroborée par celle de son compagnon, qui n'a pas lui-même constaté les faits dont elle se plaint) ⁽²⁷⁹⁾.

Bruxelles, 13 octobre 2009, R.G. n° 06/6291 ; Trib. trav. Bruxelles, 26 avril 2010, R.G. n° 05/14728 ; Trib. trav. Bruxelles, 6 mai 2010, réf. 10/1856/A (*idem*).

(268) « *Un classement sans suite par l'office du procureur du Roi ne signifie pas nécessairement l'absence d'indice probant à l'appui des allégations du plaignant dès lors que la décision de classement sans suite relève de l'appréciation du procureur du Roi eu égard notamment à des considérations d'opportunité* ».

(269) C. trav. Mons, 27 octobre 2006, *op. cit.*

(270) Trib. trav. Huy (5^e ch.), 22 novembre 2010, R.G. n° 09/494/A et 09/1131/A, <http://www.juridat.be>. Cet élément purement unilatéral doit, nous semble-t-il, être corroboré par d'autres modes de preuve, le cas échéant pour constituer un faisceau d'indice dans le cadre d'une présomption.

(271) *Idem*.

(272) Trib. trav. Tournai, 28 janvier 2009, Rép. 09/443 (cité à l'adresse suivante : <http://www.emploi.belgique.be/WorkArea/DownloadAsset.aspx?id=21270>).

(273) C. trav. Liège, 5^e ch., 28 août 2007, R.G. n° 33.958/06, <http://www.juridat.be>.

(274) Trib. trav. Gand, 23 septembre 2005, R.G. n° 165.559/04 (cité à l'adresse suivante : <http://www.emploi.belgique.be/WorkArea/DownloadAsset.aspx?id=21270>).

(275) Trib. trav. Bruxelles, 23 octobre 2007, R.G. n° 11.278/06 (*idem*).

(276) Trib. trav. Bruxelles, 12 février 2008, R.G. n° 21864/05-3598/07 (*idem*).

(277) Trib. trav. Anvers, 21 mai 2008, R.G. n° 06/396788 ; Trib. trav. Bruxelles, 15 mars 2010, R.G. n° 46928/02 ; C. trav. Mons, 22 mai 2008, R.G. n° 21458-21475-21485 ; Trib. trav. Bruxelles, 13 octobre 2009, R.G. n° 06/6291 (*idem*).

(278) Trib. trav. Hasselt, 29 janvier 2007, R.G. n° 2060916 (*idem*).

(279) Trib. trav. Bruxelles, 13 octobre 2009, R.G. n° 06/6291 (*idem*).

CONCLUSION

62. La question étudiée révèle quelques contrastes et paradoxes.

C'est ainsi qu'en matière de discrimination, le volontarisme du législateur (à propos des tests de situation, en 2003, ou à propos de la liste exemplative des faits qui permettent de présumer une discrimination, en 2007) contraste avec l'accueil plus que réservé du Conseil d'État, de la Cour constitutionnelle et, dans une moindre mesure, des juridictions du travail.

De même, bien que le partage de la preuve ait, pour la partie défenderesse, des effets moins radicaux que le renversement pur et simple de cette charge ou les présomptions légales auxquelles le législateur social recourt abondamment, il suscite plus de réticences.

Enfin, alors que les lois en matière de discrimination contiennent des outils destinés à faciliter le travail du juge, – qui pourrait par exemple s'appuyer sur des travaux préparatoires particulièrement élaborés –, c'est dans le domaine du harcèlement, où la loi et les travaux préparatoires sont presque muets, que la jurisprudence semble avoir le mieux perçu l'intérêt du partage de la preuve pour la victime.

On peut suggérer que ces paradoxes trouvent leur origine dans des causes multiples, parmi lesquelles une carence de réceptivité des acteurs (y compris judiciaires) à l'égard des questions de discrimination. Il est assez clair que les instruments mis à disposition de ces acteurs sont sous-utilisés, voire utilisés de manière incorrecte ⁽²⁸⁰⁾.

L'implication des partenaires sociaux qu'appelle de ses vœux la loi du 22 avril 2012 visant à lutter contre l'écart entre hommes et femmes pourrait être porteuse de changements, en particulier quant à la perception des phénomènes discriminatoires.

63. Ceci étant, pour rester sur le terrain qui est le nôtre, on ne peut exclure que certaines réticences manifestées à l'égard du partage de la preuve tiennent au fait qu'il est perçu comme largement étranger à notre culture juridique.

Mécanisme d'origine européenne, suspecté, comme le droit de la non-discrimination en général, d'avoir une connotation anglo-saxonne prédominante, le partage de la preuve suscite en effet diverses craintes : il mettrait à charge du défendeur une preuve négative, il déséquilibrerait le procès et menacerait le droit au procès équitable, il s'appuierait sur des concepts trop flous ... bref, il nous serait à ce point peu familier qu'il ne devrait, au final, être adopté que dans la stricte mesure de ce qui est nécessaire pour se conformer aux exigences de « l'Europe ».

Nous pensons pouvoir nuancer les craintes parfois exprimées.

Il nous semble en particulier que, si on veut bien admettre que l'article 1315 du Code civil n'est pas totalement étranger à la théorie dite de « la meilleure aptitude à la

(280) C. LARDIN, « Écart salarial entre femme et homme: les outils sont là ... reste à s'en servir correctement – Commentaire de cour trav. Liège, 9 février 2011 », *Chron. D.S.*, 2011, p. 380.

preuve »⁽²⁸¹⁾, le partage de la preuve n'est pas aussi éloigné de notre ordre juridique qu'on semble parfois l'envisager. Par-delà son fondement européen, il pourrait en effet être analysé comme s'inspirant de cette théorie. Il retrouverait ainsi un ancrage belge qui semble parfois lui manquer.

64. La théorie dite de « la meilleure aptitude à la preuve » part du principe « *qu'il est inéquitable d'imposer la charge de la preuve de manière automatique à une partie déterminée* »⁽²⁸²⁾. Ainsi, dans les hypothèses où les moyens de preuve seraient concentrés en une seule main, il serait, selon cette théorie, équitable de faire reposer la charge de la preuve sur la partie qui a la meilleure aptitude à apporter celle-ci.

Cette théorie, qui peut apparaître très subjective, peut contribuer à rendre compte du fondement de l'article 1315 du Code civil, lequel, s'il impose au demandeur de prouver l'existence de son droit, ne lui impose pas par contre de prouver l'absence de cause de libération du défendeur, celui-ci étant censé s'être réservé une preuve de cette libération. Cette théorie de « la meilleure aptitude à la preuve » peut également trouver un écho dans les pouvoirs quasi inquisitoires du juge au niveau du rapport de la preuve. Sans entrer dans l'analyse approfondie qu'a menée D. Mougenot⁽²⁸³⁾ ni relever les risques impliqués par cette théorie – qui doit sans doute conserver un caractère subsidiaire (il nous semble ainsi que c'est à juste titre que cet auteur estime que « *la doctrine de la meilleure aptitude à la preuve verse dans une confusion entre charge de la preuve et administration de la preuve* ») – on peut en effet la mettre en rapport avec une conception moderne de la contribution à l'administration de la preuve.

Ainsi, dans certains litiges classiques de droit social⁽²⁸⁴⁾, même si le risque lié à la preuve doit finalement demeurer à charge du demandeur, le tribunal peut être enclin à tenir compte des difficultés probatoires concrètes pour faire participer activement le défendeur à l'administration de la preuve et, à défaut pour lui de s'y conformer, d'en tirer les conséquences qui s'imposent. De la sorte, par une extension du devoir de collaboration des parties à l'administration de la preuve, la théorie de la meilleure aptitude à la preuve peut recevoir une consécration partielle fort utile en droit social et en parfaite cohérence avec ses finalités.

Si on admet que le partage de la preuve apparaît comme une autre application de la théorie de la meilleure aptitude à la preuve, plus complète que dans les litiges classiques où cette théorie ne concerne que l'administration de la preuve, mais néanmoins toujours partielle puisque contraignant, encore et toujours, le travailleur à rapporter une partie de la preuve, l'écart entre le mécanisme du partage de la preuve et le droit commun n'a-t-il pas tendance à se réduire ?

(281) Voyez à ce sujet : S. GILSON et K. ROSIER « La preuve en droit du travail », *Orientations*, avril 2007, pp. 1 à 17 ; S. GILSON, K. ROSIER et E. DERMINE, « La preuve en droit social », in *La preuve, questions spéciales*, CUP, F. KUTY et D. MOUGENOT (dir.), Anthemis, 2008, pp. 179 et s.

(282) D. MOUGENOT, *op. cit.*, 2004, p. 124.

(283) D. MOUGENOT, *op. cit.*, 2004, p. 124.

(284) On pense à l'hypothèse du travailleur qui à la suite de son licenciement, doit apporter la preuve des heures supplémentaires : soit il a conservé par devers lui des documents ou des copies de documents, ce qu'on lui reproche parfois, soit il les a laissés chez l'employeur et, du jour où il est licencié, il n'y a plus accès. On relève encore le sort du représentant de commerce qui, après son licenciement, réclame des commissions sur des commandes apportées pour lesquelles il ne dispose pas ou plus des documents utiles.