

Variation sur la charge de la preuve d'une discrimination

Commentaire par Alexandre Barège
maître de conférences à l'université de Lille 2
membre du CRDP-LEREDS

Discrimination

Sommaire

Le droit de l'Union européenne ne prévoit 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.

Toutefois, le refus de tout accès à l'information de la part de l'employeur peut constituer l'un des éléments à prendre en compte dans le cadre de l'établissement des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte.

CJUE, 2e ch., 19 avr. 2012, aff. C-145/10, Galina Meister c/ Speech Design Carrier Systems GmbH

LA COUR – (...)

Sur les questions préjudicielles

Sur la première question

32. – Par sa première question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si les articles 8, paragraphe 1, de la directive 2000/43, 10, paragraphe 1, de la directive 2000/78 et 19, paragraphe 1, de la directive 2006/54 doivent être interprétés en ce sens qu'ils prévoient 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 et, si tel est le cas, sur la base de quels critères.

33. – À titre liminaire, il convient de rappeler qu'il résulte des articles 3, paragraphe 1, sous a), de la directive 2000/43, 3, paragraphe 1, sous a), de la directive 2000/78 ainsi que 1er, deuxième alinéa, sous a), et 14, paragraphe 1, sous a), de la directive 2006/54 que ces directives sont applicables à une personne cherchant à accéder à un emploi, y compris en ce qui concerne les critères de sélection et les conditions de recrutement pour cet emploi.

34. – Ces mêmes directives prévoient, en substance, aux articles 8, paragraphe 1, de la directive 2000/43, 10, paragraphe 1, de la directive 2000/78 et 19, paragraphe 1, de la directive 2006/54, que 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 dudit principe.

35. – Il convient de constater que le libellé de ces dispositions est quasi identique à celui de l'article 4, paragraphe 1, de la directive 97/80/CE du Conseil, du 15 décembre 1997, relative à la charge de la preuve dans les cas de **discrimination** fondée sur le sexe (JO 1998, L 14, p. 6), disposition que la Cour a eu l'occasion

d'interpréter notamment dans son arrêt du 21 juillet 2011, *Kelly (C-104/10, non encore publié au Recueil)*. En effet, cet article 4, paragraphe 1, qui a été abrogé par la directive 2006/54 avec effet au 15 août 2009, ainsi que la directive 97/80 dans sa totalité, soumettait les cas de **discrimination** fondée sur le sexe au même régime juridique, en ce qui concerne la charge de la preuve, que les directives en cause au principal.

36. – En interprétant l'article 4, paragraphe 1, de la directive 97/80, dans son arrêt *Kelly*, précité, la Cour a, au point 30 de celui-ci, jugé que c'est à la personne qui s'estime lésée par le non-respect du principe d'égalité de traitement qu'il incombe, dans un premier temps, d'établir des faits qui permettent de présumer l'existence d'une **discrimination** directe ou indirecte. C'est uniquement dans le cas où cette personne a établi de tels faits qu'il revient à la partie défenderesse, dans un deuxième temps, de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de non-**discrimination**.

37. – La Cour a également jugé qu'il appartient à l'instance juridictionnelle nationale ou à une autre instance compétente d'apprécier, conformément au droit national et/ou aux pratiques nationales, les faits qui permettent de présumer l'existence d'une **discrimination** directe ou indirecte (*arrêt Kelly, précité, pt 31*), comme le prévoient le quinzième considérant des directives 2000/43 et 2000/78 ainsi que le trentième considérant de la directive 2006/54.

38. – La Cour a en outre précisé que la directive 97/80, conformément à son article 1er, visait à garantir que soient rendues plus efficaces les mesures prises par les États membres, en application du principe d'égalité de traitement, qui permettent à toute personne qui s'estime lésée par la non-application à son égard de ce principe, de faire valoir ses droits par voie juridictionnelle après, éventuellement, le recours à d'autres instances compétentes (*arrêt Kelly, précité, pt 33*). À cet égard, il convient de relever que les articles 7, paragraphe 1, de la directive 2000/43, 9, paragraphe 1, de la directive 2000/78 et 17, paragraphe 1, de la directive 2006/54 se réfèrent au même principe.

39. – Dans ces conditions, la Cour, au point 34 de l'arrêt *Kelly*, précité, a conclu que, si l'article 4, paragraphe 1, de la directive 97/80 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, est susceptible de compromettre la réalisation de l'objectif poursuivi par cette directive et, notamment, de priver ladite disposition de son effet utile.

40. – Ainsi qu'il a été rappelé au point 35 du présent arrêt, la directive 97/80 a été abrogée et remplacée par la directive 2006/54. Toutefois, eu égard au libellé ainsi qu'à l'économie des articles faisant l'objet du présent renvoi préjudiciel, aucun élément ne permet de penser que, en adoptant les directives 2000/43, 2000/78 et 2006/54, le législateur de l'Union a entendu modifier le régime relatif à la charge de la preuve instauré par l'article 4, paragraphe 1, de la directive 97/80. Par conséquent, dans le cadre de l'établissement des faits qui permettent de présumer l'existence d'une **discrimination** directe ou indirecte, il y a lieu de s'assurer qu'un refus d'information de la part de la partie défenderesse ne risque pas de compromettre la réalisation des objectifs poursuivis par les directives 2000/43, 2000/78 et 2006/54.

41. – Aux termes respectivement des deuxième et troisième alinéas de l'article 4, paragraphe 3, TUE, les États membres, notamment, « prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union » et « s'abstiennent de toute

mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union », y compris ceux poursuivis par les directives (voir arrêts du 28 avr. 2011, *El Dridj*, C-61/11 PPU, non encore publié au Recueil, pt 56, et *Kelly*, précité, pt 36).

42. – Ainsi, il incombe à la juridiction de renvoi de veiller à ce que le refus d'information de la part de Speech Design, dans le cadre de l'établissement des faits qui permettent de présumer l'existence d'une **discrimination** directe ou indirecte au détriment de Mme Meister, ne risque pas de compromettre la réalisation des objectifs poursuivis par les directives 2000/43, 2000/78 et 2006/54. Il lui appartient, notamment, de prendre en compte toutes les circonstances du litige au principal, afin de déterminer s'il y a suffisamment d'indices pour que les faits permettant de présumer l'existence d'une telle **discrimination** soient considérés comme établis.

43. – À cet égard, il y a lieu de rappeler que, comme il ressort du quinzième considérant des directives 2000/43 et 2000/78 ainsi que du trentième considérant de la directive 2006/54, le droit national ou les pratiques nationales des États membres peuvent prévoir, en particulier, que la **discrimination** indirecte peut être établie par tous moyens, y compris sur la base de données statistiques.

44. – Parmi les éléments pouvant être pris en considération figure, notamment, la circonstance que, à la différence de ce qui était le cas dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Kelly*, précité, l'employeur en cause dans l'affaire au principal semble avoir refusé à Mme Meister tout accès à l'information dont cette dernière sollicite la communication.

45. – En outre, ainsi que l'a relevé M. l'avocat général aux points 35 à 37 de ses conclusions, peuvent également être pris en considération, notamment, le fait que Speech Design ne conteste pas l'adéquation entre le niveau de qualification de Mme Meister et celui mentionné dans l'avis de recrutement ainsi que la double circonstance que, malgré cela, l'employeur ne l'a pas convoquée à un entretien d'embauche et que l'intéressée n'a pas non plus été convoquée dans le cadre de la nouvelle procédure de sélection de candidats pour occuper l'emploi concerné.

46. – Eu égard à ce qui précède, il y a lieu de répondre à la première question que les articles 8, paragraphe 1, de la directive 2000/43, 10, paragraphe 1, de la directive 2000/78 et 19, paragraphe 1, de la directive 2006/54 doivent être interprétés en ce sens qu'ils 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.

47. – Toutefois, 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 présumer l'existence d'une **discrimination** directe ou indirecte. Il incombe à la juridiction de renvoi, en prenant en considération toutes les circonstances du litige dont elle est saisie, de vérifier si tel est le cas dans l'affaire au principal.

(...)

Par ces motifs, (...) dit pour droit :

- Les articles 8, paragraphe 1, de la directive 2000/43/CE du Conseil, du 29 juin 2000, relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, 10, paragraphe 1, de la 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, et 19, paragraphe 1, de la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil, du 5 juillet 2006, relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail,

doivent être interprétés en ce sens qu'ils 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.

- Toutefois, 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 présumer l'existence d'une **discrimination** directe ou indirecte. Il incombe à la juridiction de renvoi, en prenant en considération toutes les circonstances du litige dont elle est saisie, de vérifier si tel est le cas dans l'affaire au principal.

Note :

La question de la **discrimination** à l'embauche est toujours épineuse : comment établir que l'absence de recrutement est discriminatoire ? La question ne soulève pas de difficulté particulière lorsque l'employeur se livre à des déclarations publiques par lesquelles il fait par exemple savoir que, dans le cadre de sa politique de recrutement, il n'embauchera pas de salarié ayant une certaine origine ethnique ou raciale (en ce sens, *CJCE, 10 juill. 2008, aff. C-54/07, Feryn : RJS 2008, n° 1136 ; JCP S 2008, 1520, note J. Cavallini*). La situation est tout autre lorsque l'employeur s'abstient de toute déclaration ou se refuse à communiquer quelque document que ce soit alors même qu'un candidat à l'embauche invoque qu'il n'a pas été recruté pour un motif discriminatoire. Tel était le cas dans la décision commentée.

Les faits se déroulent en Allemagne. Une femme russe âgée de 45 ans s'est portée candidate à une annonce diffusée dans la presse pour occuper un emploi en parfaite adéquation avec ses diplômes et compétences. Sa candidature fut rejetée sans qu'elle ait été convoquée à un entretien d'embauche. Quelque temps plus tard, la même annonce fut diffusée sur Internet. Après avoir renouvelé son offre de service, la candidate à l'embauche recueille en retour la même indifférence. Estimant avoir subi un traitement moins favorable qu'une autre personne dans une situation similaire « en raison de son sexe, de son âge et de son origine ethnique », elle introduit une action pour obtenir, d'une part, une indemnité pour **discrimination** à l'emploi et, d'autre part, la production du dossier du candidat recruté afin qu'elle puisse « démontrer qu'elle (était) plus qualifiée que ce dernier ». Son recours ayant été rejeté, tant devant l'Arbeitsgericht qu'en appel devant le Landesarbeitsgericht, elle saisit d'un recours en révision le Bundesarbeitsgericht qui sursoit à statuer et pose à la CJUE les deux questions préjudicielles suivantes :

1) « L'article 19, paragraphe 1, de la directive 2006/54 [...] et l'article 8, paragraphe 1, de la directive 2000/43 [...] ainsi que l'article 10, paragraphe 1, de la directive 2000/78 [...] doivent-ils être interprétés en ce sens qu'un travailleur alléguant de façon plausible qu'il remplit les conditions d'un avis de recrutement lancé par un employeur doit, s'il n'a pas été retenu, pouvoir exiger de cet employeur qu'il lui dise s'il a recruté un autre candidat et, dans l'affirmative, sur la base de quels critères ? ».

2) « En cas de réponse affirmative à la première question : la circonstance que l'employeur ne communique pas les informations demandées constitue-t-elle un fait permettant de présumer l'existence de la **discrimination** alléguée par le travailleur ? »

Pour la CJUE, le candidat à un emploi ne peut invoquer un droit d'accès à l'information lui permettant de savoir si l'employeur a embauché un autre candidat à l'issue de la procédure de recrutement. Pour autant, les juges européens n'excluent pas que le refus de tout accès à l'information émanant de l'employeur puisse constituer un élément susceptible de faire présumer l'existence d'une **discrimination** directe ou indirecte.

1. Absence de droit à l'information sur l'issue d'une procédure de recrutement

Pour la CJUE, les dispositions du droit européen doivent être interprétées en ce sens qu'elles « 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 ».

La solution doit être approuvée. Elle est en effet en totale cohérence avec les textes dont l'interprétation était demandée, à savoir l'article 8, § 1 de la directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, l'article 10, § 1 de 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, enfin l'article 19, § 1 de la directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail. Les articles visés, tous relatifs à la « charge de la preuve », sont rédigés en des termes strictement similaires : « 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 ». Ces dispositions instaurent donc un partage de la preuve et, partant, un allègement de la charge de la preuve en faveur du candidat à l'embauche ou du salarié. Ce dernier doit, dans un premier temps, présenter des éléments de fait permettant de présumer l'existence d'une **discrimination** directe ou indirecte. C'est uniquement dans le cas où de tels faits ont été établis qu'il revient à la partie défenderesse, dans un deuxième temps, de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de non-**discrimination** (rappelons que si les textes susvisés imposent à l'employeur de prouver qu'il n'y a pas eu « violation du principe de l'égalité de traitement », cela s'explique par le fait que le droit de l'Union européenne voit la prohibition des **discriminations** comme la conséquence du principe d'égalité de traitement, *A. Jeammaud, Du principe d'égalité de traitement des salariés : Dr. soc. 2004, p. 698. – Rapport de la Cour de cassation pour l'année 2009, Les **discriminations** dans la jurisprudence de la Cour de cassation, p. 83*). Cette répartition particulière de la charge de la preuve a pour objet de rééquilibrer la difficulté, pour la victime potentielle d'un traitement discriminatoire, d'en apporter la preuve. Pour autant, si le droit de l'Union européenne a opté pour un mécanisme qui permet d'alléger la charge de la preuve pesant sur le candidat à l'embauche ou le salarié, il ne l'a pas supprimée. Au coeur des articles visés par la première question préjudicielle se trouve donc bien une charge de la preuve qui, bien qu'étant allégée, pèse néanmoins effectivement, dans un premier temps au moins, sur la victime potentielle de la **discrimination**. « Ainsi, un certain équilibre est préservé, permettant à la victime de faire valoir son droit à l'égalité de traitement et à la partie défenderesse de ne pas être atraite devant les juridictions sur la seule base des affirmations de la victime » (*concl. av. gén. M. P. Mengozzi ss CJUE, 12 janv. 2012, aff. C-415/10. – V. égal., CJUE, 19 avr. 2012, aff. C-415/10 : Semaine sociale Lamy 2012, n° 1537, p. 2*). Si un **droit à l'information** sur l'issue de la procédure de recrutement était reconnu à tout candidat à une embauche, cela conduirait à rompre l'équilibre voulu par le droit de l'Union européenne : le candidat à une embauche pourrait se contenter de simples affirmations et l'employeur serait contraint de l'informer sur l'issue de la procédure de recrutement.

La solution n'est par ailleurs pas surprenante. La CJUE a déjà eu l'occasion de statuer dans le même sens dans un arrêt du 21 juillet 2011 (*CJUE, 2e ch., 21 juill. 2011, aff.*

C-104/10, Kelly : Europe 2011, comm. 364, note L. Driguez). En l'espèce, le candidat à une formation professionnelle estimait qu'il s'était vu refuser l'accès à la formation en raison de son sexe. Estimant qu'il était plus qualifié que la candidate de sexe féminin la moins qualifiée retenue, il sollicitait que l'organisateur de la formation soit condamné à communiquer copie des formulaires d'inscription ainsi que les « feuilles de scores » des autres candidats. Pour le candidat à la formation, cette communication devait le mettre en mesure d'établir « des faits qui permettent de présumer l'existence d'une **discrimination** directe ou indirecte ». Saisie d'une question préjudicielle, la CJUE avait alors formulé une règle identique à celle reprise dans la décision commentée en refusant de reconnaître au candidat à la formation un droit d'accès aux informations détenues par l'organisateur de la formation. Cette solution et celle de l'espèce commentée sont d'autant plus pertinentes que toute autre solution soulèverait diverses difficultés, notamment s'agissant de la confidentialité des données concernant les tiers éventuellement mentionnés dans les documents ou informations communiqués (*concl. av. gén. ss CJUE, préc.*).

2. Conséquences du silence de l'employeur sur la preuve des discriminations

La volonté de ne pas rompre l'équilibre voulu par le droit de l'Union européenne a conduit la CJUE à refuser au candidat à une embauche tout droit à l'information sur l'issue de la procédure de recrutement. Ce souci d'équilibre l'a également amenée à tirer des conséquences du silence gardé par l'employeur. Cela ressort expressément de la décision commentée : si le candidat à une embauche ne peut revendiquer un droit d'accès à des informations afin qu'il soit en mesure d'établir des « faits qui permettent de présumer l'existence d'une **discrimination** directe ou indirecte », il n'en demeure pas moins que le refus d'information de la part de l'employeur, dans le cadre de l'établissement de tels faits, est susceptible de compromettre la réalisation de l'objectif tendant à mettre fin aux **discriminations**. L'effet utile des directives luttant contre les **discriminations** serait alors réduit à néant (*arrêt commenté, pt 39*). Face à cette difficulté, les juges européens considèrent que les juridictions nationales doivent pouvoir prendre en considération le refus de l'employeur de communiquer les informations relatives à l'issue de la procédure de recrutement lorsqu'il s'agit d'apprécier si le candidat à l'embauche établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'une **discrimination**. Il faut en effet rappeler que c'est à la juridiction nationale que revient la charge d'apprécier, conformément au droit national ou aux pratiques nationales, les faits permettant de présumer l'existence d'une **discrimination** directe ou indirecte (*Dir. 2000/43, consid. 15. – Dir. 2000/78, consid. 15. – Dir. 2006/54, consid. 30. – Arrêt commenté, pt 37. – CJUE, 2e ch., 21 juill. 2011, aff. C-104/10, Kelly, préc., pt 31*). À ce titre, le juge national peut prendre en compte divers éléments. La CJUE fournit quelques exemples dans l'espèce commentée. Elle rappelle d'abord que la **discrimination** indirecte peut être établie par tous moyens, y compris sur la base de données statistiques. Lorsqu'est en jeu une **discrimination** à l'embauche, peuvent également être pris en considération le fait que l'employeur ne conteste pas l'adéquation entre le niveau de qualification du candidat à l'embauche et celui mentionné dans l'avis de recrutement ainsi que la double circonstance que, malgré cela, l'employeur ne l'a pas convoqué à un entretien d'embauche et que l'intéressé n'a pas non plus été convoqué dans le cadre de la nouvelle procédure de sélection de candidats pour occuper l'emploi concerné (*arrêt commenté, pt 45*). Le fait que l'employeur ait refusé tout accès à l'information sollicitée par le candidat est un autre élément dont le juge peut tenir compte (*arrêt commenté, pt 44*). Ce raisonnement mérite une nouvelle fois l'approbation. Le candidat à une embauche qui n'a pas été recruté, voire qui n'a pas été convoqué au moindre entretien de recrutement, se trouve face à une situation extrêmement délicate lorsqu'il s'agit d'apporter des éléments laissant présumer l'existence d'une **discrimination**. Inviter le juge national à prendre en considération le silence de l'employeur est un moyen d'atténuer cette difficulté.

Discrimination. - Embauche. - Refus de l'employeur de produire le dossier du candidat recruté ou non recruté. - Éléments de preuve laissant présumer une discrimination

Droit social européen. - Discrimination. - Embauche. - Refus de l'employeur de produire le dossier du candidat recruté ou non recruté. - Éléments de preuve laissant présumer une discrimination

Égalité de traitement. - Discrimination. - Embauche. - Refus de l'employeur de produire le dossier du candidat recruté ou non recruté. - Éléments de preuve laissant présumer une discrimination

Textes : Dir. 2000/78/CE, 27 nov. 2000, art. 10. – Dir. 2000/43/CE, 29 juin 2000, art. 8. – Dir. 2006/54/CE, 5 juill. 2006, art. 19

Encyclopédies : Travail Traité, Fasc. 17-11, par Stéphane Brissy