Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. PAOLO MENGOZZI
présentées le 12 janvier 2012 [1]

Affaire C-415/10

Galina Meister
contre
Speech Design Carrier Systems GmbH

[demande de décision préjudicielle formée par le Bundesarbeitsgericht (Allemagne)]

«Politique sociale — Égalité de traitement en matière d'emploi et de travail — Charge de la preuve — Droit d'une personne dont la candidature à un emploi dans une entreprise privée n'a pas été retenue de recevoir toutes les informations relatives à la procédure de sélection afin de pouvoir prouver une éventuelle discrimination — Fait permettant de présumer l'existence d'une discrimination — Conséquences juridiques attachées à l'absence d'informations de la part de l'employeur»

1. La preuve de la discrimination a la réputation d'être particulièrement difficile à apporter. Ce constat est encore plus vrai dans les cas de discrimination à l'embauche. Conscient de cet écueil, le législateur de l'Union a adopté des mesures visant à faciliter la tâche des demandeurs lorsqu'ils se prétendent victimes d'une discrimination notamment fondée sur le sexe, l'âge ou l'origine. Il a ainsi permis un aménagement de la charge de la preuve, sans aller toutefois jusqu'à consacrer un renversement total puisque, en effet, il ne pouvait être fait totalement abstraction de la liberté dont jouit traditionnellement l'employeur de recruter les personnes de son choix.

2. Le présent renvoi préjudiciel, en provenance d'Allemagne, confronte aujourd'hui la Cour à l'épineuse question de savoir comment un candidat à l'embauche peut faire valoir, à son égard, le respect du principe de l'égalité de traitement quand sa candidature à un emploi a été rejetée par l'employeur sans que celui-ci fournisse le moindre motif de rejet ou la moindre information relative à la procédure de sélection et à son issue.

I – Le cadre juridique

A – *Le droit de l'Union*

3. La directive 2000/43/CE du Conseil, du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique [2], a pour objet la lutte contre les discriminations fondées sur la race ou l'origine ethnique.

1 — Langue originale: le français.
2 — JO L 180, p. 22.

4. L'article 8 de la directive 2000/43 est consacré à la charge de la preuve. Il énonce, à son paragraphe 1, que «[l]es 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».

5. 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 [3], a pour objet d'établir un cadre général pour lutter contre les discriminations fondées sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, en ce qui concerne l'emploi et le travail en vue de mettre en œuvre, dans les États membres, le principe de l'égalité de traitement.

6. L'article 10 de la directive 2000/78 est consacré à la charge de la preuve. Il reproduit littéralement, à son paragraphe 1, le contenu de l'article 8, paragraphe 1, de la directive 2000/43.

7. La directive 2006/54/CE 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 [4], prévoit, à son article 19, paragraphe 1, consacré à la charge de la preuve, que «[l]es États membres, conformément à leur système judiciaire, prennent 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 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».

B – *Le droit allemand*

8. La loi générale sur l'égalité de traitement (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, ci-après l'«AGG») a pour objet, aux termes de son article 1er, d'empêcher que tout travailleur subisse une discrimination, qu'elle soit fondée sur la race ou l'origine ethnique, le sexe, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'identité sexuelle. Sont explicitement considérées comme travailleurs, au sens de cette loi, les personnes qui sont candidates à un emploi [5]. Par ailleurs, l'article 22 de l'AGG prévoit, en matière de charge de la preuve, que, «[l]orsque, en cas de litige, une partie produit des indices permettant de présumer l'existence d'une discrimination fondée sur un des motifs visés à l'article 1er, il incombe à la partie adverse de prouver qu'il n'y a pas eu violation des dispositions pour la protection contre les discriminations».

II – Le litige au principal et les questions préjudicielles

9. Mme Meister est née en 1961 et est d'origine russe. Elle est titulaire d'un diplôme russe d'ingénieur système dont l'équivalence avec un diplôme délivré en Allemagne par un institut universitaire de technologie («Fachhoschule») a été reconnue par le Land de Schleswig-Hosltein.

3 — JO L 303, p. 16.

4 — JO L 204, p. 23.

5 — Article 6 de l'AGG.

10. Speech Design Carrier Systems GmbH (ci-après la «société Speech Design») a fait paraître en 2006 une annonce dans la presse en vue du recrutement d'un «développeur de logiciels expérimenté H/F». Le 5 octobre 2006, M^me^ Meister a posé sa candidature, laquelle a été rejetée par la société Speech Design par un courrier en date du 11 octobre 2006. Ladite société a publié, peu de temps après, une annonce au contenu similaire sur Internet. Le 19 octobre 2006, M^me^ Meister s'est à nouveau portée candidate, mais la société Speech Design a rejeté une seconde fois sa candidature, sans l'avoir convoquée à un entretien ni lui avoir fourni une quelconque indication quant au rejet de sa candidature.

11. Pensant avoir été discriminée à la fois en raison de son sexe, de son origine et de son âge, M^me^ Meister a introduit une action en justice et réclamait, sur le fondement de l'article 15 de l'AGG, une indemnisation pécuniaire. Elle demandait également à ce que la société Speech Design produise le dossier du candidat recruté à la suite de l'annonce afin de clarifier les faits.

12. Ayant retenu qu'elle n'avait pas établi des indices suffisants, au sens de l'article 22 de l'AGG, permettant de présumer l'existence d'une discrimination, tant le juge de première instance que le juge d'appel ont rejeté la demande d'indemnisation que M^me^ Meister leur avait présentée. M^me^ Meister a donc introduit un recours en «Revision» devant le Bundesarbeitsgericht (Allemagne). La société Speech Design a, pour sa part, conclu au rejet dudit recours en raison du fait qu'il est insuffisamment étayé, la requérante n'ayant pas présenté d'éléments suffisants pour présumer l'existence d'une discrimination.

13. La juridiction de renvoi concède, pour sa part, que la requérante au principal a manifestement subi, au sens du droit national, un traitement moins favorable que d'autres personnes placées dans une situation comparable puisqu'elle n'a pas été convoquée à un entretien par l'employeur, contrairement à d'autres personnes ayant également soumis leur candidature à la société Speech Design. Cependant, elle note également que M^me^ Meister n'a pas été en mesure d'établir que ce traitement moins favorable lui aurait été infligé en raison de son sexe, de son âge ou de son origine ethnique. Or, elle ajoute que le droit allemand exige que la partie demanderesse qui se plaint d'une discrimination établisse des faits, produise des indices permettant de présumer l'existence de ladite discrimination et ne se contente pas seulement de simples allégations. C'est notamment le cas lorsque les faits invoqués permettent de conclure objectivement, avec une très grande probabilité, que la discrimination est due à l'une des raisons susmentionnées.

14. En application des dispositions pertinentes de l'AGG, et notamment de l'article 22 dont l'objet était de transposer, en droit allemand, l'article 8 de la directive 2000/43 et l'article 10 de la directive 2000/78, la juridiction de renvoi indique qu'un candidat qui estime avoir été discriminé en raison de son sexe, de son âge et/ou de son origine ethnique ne satisfait pas à son obligation d'alléguer en affirmant simplement s'être porté candidat, avoir été écarté et correspondre au profil recherché tout en se contentant de préciser son sexe, son âge ou son origine. M^me^ Meister devrait ainsi faire valoir d'autres éléments capables d'établir avec une grande probabilité les raisons de la discrimination, la non-convocation à l'entretien d'embauche pouvant s'expliquer par beaucoup d'autres facteurs. Elle est ainsi tenue, en vertu de l'article 22 de l'AGG, d'alléguer des faits. Toutefois, l'absence d'indications fournies par l'employeur au moment du rejet de ses candidatures ne lui a précisément pas permis de remplir cette exigence. C'est la raison pour laquelle la juridiction de renvoi s'interroge sur le fait de savoir s'il découle des directives 2000/43, 2000/78 et 2006/54 un droit à l'information qui permettrait à la candidate à l'embauche malheureuse d'exiger de l'employeur qu'il lui dise qui il a recruté et quelles ont été les raisons qui ont déterminé son choix.

15. Se trouvant ainsi confronté à une difficulté liée à l'interprétation du droit de l'Union, le Bundesarbeitsgericht a décidé de surseoir à statuer et, par décision de renvoi parvenue au greffe de la Cour le 20 août 2010, de saisir cette dernière, sur le fondement de l'article 267 TFUE, des 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[, l]a 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?»

III – La procédure devant la Cour

16. La requérante au principal, la société Speech Design, le gouvernement allemand ainsi que la Commission européenne ont déposé des observations écrites devant la Cour.

17. Lors de l'audience qui s'est tenue le 30 novembre 2011, ont formulé oralement leurs observations la défenderesse au principal, le gouvernement allemand ainsi que la Commission.

IV – Analyse juridique

A – *Sur la première question préjudicielle*

18. Par sa première question, la juridiction de renvoi cherche à savoir si un candidat à l'emploi qui allègue de façon plausible qu'il correspond au profil recherché dans l'annonce publiée par l'employeur peut exiger de ce dernier, lorsque sa candidature a été rejetée sans qu'il ait été convoqué à un entretien d'embauche, qu'il l'informe sur le recrutement auquel il a finalement procédé et notamment sur les critères qui ont guidé son choix.

19. Dans la mesure où la requérante au principal prétend avoir subi une discrimination en raison de son sexe, de son âge ou de son origine, cette première question vise les dispositions pertinentes des directives 2000/43, 2000/78 et 2006/54[6] dont le champ d'application s'étend aux conditions d'accès à l'emploi[7]. L'article 8, paragraphe 1, de la directive 2000/43, l'article 10, paragraphe 1, de la directive 2000/78 ainsi que l'article 19, paragraphe 1, de la directive 2006/54 ont un libellé quasi identique et soumettent les cas de discrimination au même régime juridique en ce qui concerne la charge de la preuve.

6 — Sur l'invocation de cette dernière directive, il est vrai que les faits au principal se sont déroulés sous l'empire 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). La directive 2006/54 s'est substituée à la directive 97/80 au cours de la procédure au principal. Ceci étant, la directive 2006/54 n'a introduit aucun changement quant à la charge de la preuve.

7 — Voir article 3, paragraphe 1, sous a), de la directive 2000/43, article 3, paragraphe 1, sous a), de la directive 2000/78 ainsi que articles 1, paragraphe 2, sous a), et 14, paragraphe 1, sous a), de la directive 2006/54.

20. Il faut également noter que ces articles ont un libellé quasi identique [8], voire identique [9], à l'article 4, paragraphe 1, de la directive 97/80. Or, la Cour a déjà été amenée à se prononcer sur l'interprétation de ce dernier article dans l'arrêt Kelly [10]. Dans cette affaire, M. Kelly avait demandé à intégrer un master en sciences sociales organisé par une université irlandaise. Sa candidature avait été rejetée. M. Kelly avait prétendu être victime d'une discrimination fondée sur le sexe prohibée au sens de l'article 4, paragraphe 1, de la directive 97/80 et exigé de ladite université qu'elle fournît des copies des formulaires d'inscription, des documents annexés auxdits formulaires et des feuilles de score des autres candidats à la formation. La Cour a alors jugé pour droit que ledit article «doit être interprété en ce sens qu'il ne prévoit pas le droit pour un candidat à une formation professionnelle, qui estime que l'accès à celle-ci lui a été refusé en raison du non-respect du principe d'égalité de traitement, d'accéder à des informations détenues par l'organisateur de cette formation concernant les qualifications des autres candidats à cette même formation, afin qu'il soit en mesure d'établir des 'faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte', conformément à ladite disposition» [11].

21. Force est de constater que rien dans le libellé ou l'esprit des 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 ne permet d'infirmer cette solution. En effet, leur libellé ne fait à aucun moment explicitement référence à un droit d'accès aux informations détenues par la personne «soupçonnée» d'avoir discriminé. Les parties intéressées ayant déposé des observations écrites ont, pour la plupart, relevé que, si la Commission a été à l'origine d'une proposition visant à consacrer un droit à l'information au profit des victimes de discrimination [12], une telle proposition n'a jamais été retenue dans les textes finaux. Dans ces conditions, l'absence de référence explicite à un droit à l'information dans les dispositions susvisées doit être interprétée non pas comme un oubli du législateur, mais, au contraire, comme une manifestation de sa volonté de ne pas consacrer un tel droit.

22. Il ressort également de l'économie générale desdites dispositions que le choix du législateur s'est clairement porté vers une solution maintenant l'équilibre entre la victime de discrimination et l'employeur, lorsqu'il est à l'origine de la discrimination. En effet, les trois directives ont, en ce qui concerne la charge de la preuve, opté pour un mécanisme qui permet d'alléger, sans la supprimer, ladite charge pour la victime. Autrement dit, comme la Cour l'a déjà affirmé dans l'arrêt Kelly [13], le mécanisme mis en place se déroule en deux temps. D'abord, la victime doit alléguer, à suffisance, des faits permettant de présumer l'existence d'une discrimination. En d'autres termes, elle doit établir une apparence de discrimination. Ensuite, lorsque cette présomption est établie, la conséquence immédiate est de déplacer la charge de la preuve sur la partie défenderesse. Au cœur 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 sur la victime. 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 attraite devant les juridictions sur la seule base des affirmations de la victime.

8 — La rédaction des articles 8, paragraphe 1, de la directive 2000/43 et 10, paragraphe 1, de la directive 2000/78 ne diffère, par rapport à celle de l'article 4 de la directive 97/80, que par la position dans la phrase de la locution «conformément à leur système judiciaire».

9 — Article 19, paragraphe 1, de la directive 2006/54.

10 — Arrêt du 21 juillet 2011 (C-104/10, Rec. p. I-6813).

11 — Arrêt Kelly, précité (point 38).

12 — Voir article 4, sous b), de 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 le 27 mai 1988 (JO C 176, p. 5). Cette proposition a été retirée par la Commission en 1998 (JO 1998 C 40, p. 7).

13 — Précité (point 30).

23. La rupture de cet équilibre entre la personne prétendant avoir été victime d'une discrimination et la partie défenderesse ne serait pas le seul risque encouru si un droit à l'information au profit de la victime devait être reconnu [14]. Dans un tel cas, en effet, se poserait également la question des droits des tiers qui sont éventuellement mentionnés dans les documents ou informations communiqués [15].

24. Pour l'ensemble des raisons qui précèdent, je suggère de répondre à la première question en ce sens que ni l'article 8, paragraphe 1, de la directive 2000/43, ni l'article 10, paragraphe 1, de la directive 2000/78, ni l'article 19, paragraphe 1, de la directive 2006/54 ne doivent être interprétés en ce sens qu'un candidat à l'emploi doit, s'il n'a pas été retenu, pouvoir exiger de l'employeur qu'il lui dise si et sur la base de quels critères il a recruté un autre candidat, même s'il s'avère que ledit candidat allègue de façon plausible qu'il remplit les conditions de l'avis de recrutement publié par l'employeur.

B – *Sur la seconde question préjudicielle*

1. Remarques liminaires

25. Il ressort de la demande de décision préjudicielle que les questions posées sont libellées de telle sorte que la Cour n'est invitée à répondre à la seconde question qu'en cas de réponse affirmative à la première. Or, comme je viens de l'exposer, je suggère à la Cour de répondre par la négative à cette première question.

26. Toutefois, si la Cour devait s'en tenir au libellé des questions, les conséquences qui en découleraient seraient les suivantes, à savoir que M[me] Meister ne pourrait invoquer aucun droit à l'information sur le fondement des trois directives qui sont au cœur du présent renvoi préjudiciel. Privée des informations dont l'employeur est le seul détenteur, elle ne serait pas en mesure de fournir à la juridiction de renvoi des faits permettant de présumer l'existence d'une discrimination et ne pourrait, du reste, jamais le faire, ne bénéficiant d'aucun droit à l'information. Si la Cour ne poursuivait pas plus loin l'analyse, c'est l'effet utile des directives luttant contre les discriminations dans le contexte d'une procédure d'embauche qui risquerait d'être réduit à néant.

27. Il pourrait cependant être objecté qu'il appartient aux seules juridictions de renvoi d'apprécier si un fait allégué par une victime suffit pour présumer la discrimination [16]. Néanmoins, je note que la Cour a, dans le passé, déjà procédé à une telle qualification [17] et que, au surplus, elle est, dans le cas présent, explicitement invitée par la juridiction de renvoi à déterminer si le silence de l'employeur constitue un fait permettant de présumer l'existence de la discrimination alléguée par le travailleur. Il ressort, par ailleurs, de l'esprit qui anime la procédure préjudicielle que la Cour doit fournir à la juridiction

14 — Il faut noter que le législateur a admis que cet équilibre soit rompu, mais seulement au bénéfice de la partie demanderesse, puisque ces trois directives autorisent les États membres à mettre en œuvre un régime probatoire plus favorable aux plaignants (voir article 8, paragraphe 2, de la directive 2000/43, article 10, paragraphe 2, de la directive 2000/78 ainsi que article 19, paragraphe 2, de la directive 2006/54). Néanmoins, cette rupture de l'équilibre ne relève que de la seule volonté des États membres. Il ressort du dossier que la République fédérale d'Allemagne n'a pas mis en œuvre de régime probatoire plus favorable aux plaignants lorsqu'elle a transposé les trois directives concernées par le présent renvoi préjudiciel.

15 — La Cour a d'ailleurs reconnu que, dans le cas où un candidat à une formation professionnelle pourrait invoquer la directive 97/80 afin d'accéder à des informations détenues par l'organisateur de cette formation concernant les qualifications des autres candidats à celle-ci, ce droit d'accès peut être affecté par des règles du droit de l'Union en matière de confidentialité (arrêt Kelly, précité, point 56).

16 — Voir quinzième considérant de la directive 2000/43, quinzième considérant de la directive 2000/78 ainsi que trentième considérant de la directive 2006/54. Voir, également, arrêt du 26 juin 2001, Brunnhofer (C-381/99, Rec. p. I-4961, point 49).

17 — Voir notamment, sur la question de savoir si des déclarations publiques d'un employeur qui prévient qu'il n'embauchera pas de travailleurs ayant une certaine origine ethnique ou raciale constituent un fait au sens de l'article 8, paragraphe 1, de la directive 2000/43, arrêt du 10 juillet 2008, Feryn (C-54/07, Rec. p. I-5187, points 30 et 34).

nationale qui la saisit toutes les informations utiles afin de trancher le litige au principal et qu'elle est également «compétente pour lui donner des indications tirées du dossier de l'affaire au principal ainsi que des observations écrites et orales qui lui ont été soumises, de nature à permettre à cette juridiction de statuer dans le litige concret dont elle est saisie» [18].

28. C'est également en raison de cet esprit de coopération dont la Cour doit témoigner à l'égard de la juridiction nationale que je propose de reformuler la seconde question comme visant à déterminer si le fait que l'employeur ne communique pas au candidat à l'emploi les informations que ce dernier lui a demandées doit être, dans tous les cas, considéré comme non pertinent lorsqu'il s'agit de présumer l'existence d'une discrimination au sens de l'article 8, paragraphe 1, de la directive 2000/43, de l'article 10, paragraphe 1, de la directive 2000/78 et de l'article 19, paragraphe 1, de la directive 2006/54.

29. Je suggère ainsi à la Cour de pousser plus avant la réflexion sur les conséquences juridiques attachées au silence de l'employeur dans un cas tel que celui au principal.

2. Appréciation

30. La seconde question vise donc à interroger la Cour sur la méthode à suivre, par la juridiction de renvoi, pour l'évaluation, au regard des trois directives qui sont au cœur du présent renvoi préjudiciel, de l'attitude d'un employeur qui ne répond pas à la demande d'informations émanant d'un candidat à l'emploi. À cet égard, la Cour, dans l'arrêt Kelly, précité, après avoir refusé de consacrer l'existence d'un droit à l'information, a néanmoins affirmé qu'«il ne saurait être exclu qu'un refus d'information de la part [de l'employeur], dans le cadre de l'établissement de [faits permettant de présumer l'existence d'une discrimination] puisse risquer de compromettre la réalisation de l'objectif poursuivi» [19] par les directives relatives à l'égalité de traitement et notamment priver leurs dispositions relatives à la charge de la preuve de leur effet utile.

31. En statuant ainsi, la Cour a, de manière non équivoque, indiqué qu'il faut, du point de vue méthodologique, évaluer l'attitude de l'employeur non pas en ne se limitant pas à considérer la seule absence de réponse de sa part, mais, au contraire, en plaçant celle-ci dans le contexte factuel plus large dans lequel elle se situe. Dans le cadre du présent renvoi préjudiciel, la Cour est précisément invitée à aider le juge de renvoi à déterminer quels types d'éléments pourraient être pris en compte afin de procéder à l'évaluation requise par le cas d'espèce.

32. À cet égard, le juge de renvoi ne peut pas négliger le fait que, étant donné que l'employeur a refusé de communiquer ces informations, il existe une probabilité non négligeable que ledit employeur puisse, de la sorte, rendre inattaquables ses décisions. En d'autres termes, l'employeur continue ainsi à garder en sa seule possession des éléments importants dont dépendent, au final, le bien-fondé, et donc les chances de réussite, d'une action en justice qui serait engagée par le candidat malheureux. Dans le contexte d'une procédure de recrutement, il faut également garder à l'esprit que la position du candidat — 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 [20]. Le candidat à l'emploi est

18 — Arrêt du 14 juillet 2011, Henfling e.a. (C-464/10, Rec. p. I-6219, point 41 et jurisprudence citée).

19 — Point 39.

20 — Même dans un tel cas, la preuve de la discrimination peut être difficile à apporter. Il ressort toutefois d'une jurisprudence constante que, si une entreprise applique un système de rémunération caractérisé par un manque total de transparence, qui rend donc la tâche de la partie demanderesse plus difficile, l'employeur a la charge de prouver que sa pratique salariale n'est pas discriminatoire dès lors que le travailleur féminin qui se prétend victime d'une discrimination établit, par rapport à un nombre relativement important de salariés, que la rémunération moyenne des travailleurs féminins est inférieure à celle des travailleurs masculins (voir, parmi une jurisprudence abondante, arrêt Brunnhofer, précité, point 54 et jurisprudence citée).

donc généralement totalement soumis au bon vouloir de l'employeur en ce qui concerne l'obtention d'éléments d'information susceptibles de constituer des faits permettant de présumer l'existence d'une discrimination, lesquels sont pourtant indispensables afin de déclencher l'allègement de la charge de la preuve, et peut éprouver de réelles difficultés objectives à se procurer lesdits éléments d'information. À cet égard, je relève que les solutions suggérées par le gouvernement allemand lors de l'audience pour que ledit candidat obtienne, de sa propre initiative, des éléments d'information, sont apparues peu convaincantes. En effet, exiger du candidat qu'il contacte directement le comité d'entreprise de l'employeur ou encore qu'il se rende, au moment de l'entrée en service, sur le lieu de travail afin d'y comptabiliser, par «catégorie», les employés présents se révélerait particulièrement hypothétique et, au final, peu raisonnable dans la mesure où, d'une part, tous les employeurs ne sont pas dotés d'un comité d'entreprise et, d'autre part, toutes les caractéristiques pouvant servir de fondement à un des motifs de discrimination ne sont pas forcément identifiables par la seule force de l'observation.

33. Ainsi donc, dans l'hypothèse où le candidat à l'emploi apparaît totalement soumis au bon vouloir de l'employeur en ce qui concerne l'obtention d'éléments d'information susceptibles de constituer des faits permettant de présumer l'existence d'une discrimination, l'équilibre entre la liberté de l'employeur et les droits du candidat à l'emploi, auquel le législateur de l'Union a accordé une importance significative, pourrait apparaître rompu.

34. Confrontées à un tel cas de figure, dans la perspective de rétablir cet équilibre, les juridictions nationales doivent, de manière générale, adopter un niveau d'exigence moins élevé par rapport, par exemple, à celui qui serait requis pour la détermination d'une très grande probabilité telle qu'évoquée dans la motivation de la décision de renvoi, relativement à la qualification des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination, au sens des trois directives visées par le présent renvoi préjudiciel, notamment afin que les droits que les ressortissants tirent du droit de l'Union puissent être effectivement garantis et reçoivent une protection juridictionnelle effective. Un refus d'information de la part de l'employeur peut, en effet, dans le contexte particulier dans lequel il se situe, risquer de compromettre la réalisation de l'objectif poursuivi par lesdites directives [21] qui réside dans une mise en œuvre effective du principe de l'égalité de traitement.

35. En vue de l'évaluation à laquelle il doit être procédé et afin de suivre la méthode suggérée par l'arrêt Kelly, précité, le juge de renvoi ne devra pas négliger des éléments importants du type de ceux qui sont constitués dans le cas d'espèce par, d'une part, le fait qu'il ressort du dossier que l'adéquation entre les qualifications de la candidate à l'emploi et le poste à pourvoir n'est pas contestée par l'employeur alors même que ce dernier n'a pas souhaité convoquer M^me^ Meister à un entretien d'embauche, bien qu'il ait convoqué d'autres candidats à un tel entretien, et par, d'autre part, le fait que ladite candidate a répondu à une offre d'emploi et n'a pas postulé de manière spontanée. Pour être tout à fait clair, l'absence de réaction d'un employeur aux demandes d'informations d'un candidat devrait être appréciée différemment, au regard de l'article 8, paragraphe 1, de la directive 2000/43, de l'article 10, paragraphe 1, de la directive 2000/78 et de l'article 19, paragraphe 1, de la directive 2006/54, dans l'hypothèse où le candidat ne correspond manifestement pas au profil recherché, a été convoqué à un entretien d'embauche ou s'est porté candidat à l'emploi de manière spontanée.

36. Un troisième élément pourrait également être considéré. La demande de décision préjudicielle fait état du fait que, premièrement, la partie défenderesse au principal a rejeté la candidature de la requérante par courrier du 11 octobre 2006 et, deuxièmement, après que ladite défenderesse eut publié sur Internet une nouvelle annonce de recrutement de la même teneur, la requérante a présenté une nouvelle fois sa candidature le 19 octobre 2006, candidature qui a été à nouveau rejetée sans que la requérante ait été convoquée à un entretien. Interrogée lors de l'audience sur les raisons de la publication de cette seconde annonce, la représentante de la défenderesse au principal n'a toutefois pas été en mesure d'expliquer concrètement la chronologie de la procédure de recrutement. Il appartiendra

21 — Voir, par analogie, arrêt Kelly, précité (point 34).

à la juridiction de renvoi de vérifier si la publication de la seconde annonce est due au fait que l'employeur n'avait pas trouvé satisfaisants les candidats convoqués à la suite de la première annonce et si, nonobstant cela, il a persisté à rejeter la candidature, à nouveau sans la convoquer à un entretien, alors même qu'il ne conteste pas l'adéquation de ses qualifications avec le poste en question.

37. En droite ligne avec la méthodologie qu'elle a suggérée dans son arrêt Kelly, précité, je suggère à la Cour de répondre à la seconde question en ce sens que, aux termes de l'article 8, paragraphe 1, de la directive 2000/43, de l'article 10, paragraphe 1, de la directive 2000/78 ainsi que de l'article 19, paragraphe 1, de la directive 2006/54, la juridiction de renvoi doit évaluer l'attitude d'un employeur, consistant en un refus de fournir les informations demandées par un candidat à l'emploi malheureux sur l'issue du recrutement et sur les critères que l'employeur a suivis en procédant au recrutement de l'un des candidats audit emploi, en ne se limitant pas à considérer la seule absence de réponse de la part de l'employeur, mais en plaçant, au contraire, celle-ci dans le contexte factuel plus large dans lequel elle se situe. À cet égard, la juridiction de renvoi peut prendre en compte des éléments tels que l'adéquation manifeste du niveau de qualification du candidat à l'emploi, l'absence de convocation à un entretien et la persistance éventuelle de l'employeur à ne pas convoquer ce même candidat dans l'hypothèse où il aurait procédé à une seconde sélection de candidats pour un même poste.

V – Conclusion

38. Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, je suggère à la Cour de répondre comme suit aux deux questions préjudicielles posées par le Bundesarbeitsgericht:

«1) Ni l'article 8, paragraphe 1, de la directive 2000/43/CE du Conseil, du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, ni l'article 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, ni l'article 19, paragraphe 1, de la directive 2006/54/CE 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, ne doivent être interprétés en ce sens qu'un candidat à l'emploi doit, s'il n'a pas été retenu, pouvoir exiger de l'employeur qu'il lui dise si et sur la base de quels critères il a recruté un autre candidat, même s'il s'avère que ledit candidat allègue de façon plausible qu'il remplit les conditions de l'avis de recrutement lancé par l'employeur.

2) Aux termes de l'article 8, paragraphe 1, de la directive 2000/43, de l'article 10, paragraphe 1, de la directive 2000/78 ainsi que de l'article 19, paragraphe 1, de la directive 2006/54, la juridiction de renvoi doit évaluer l'attitude d'un employeur, consistant en un refus de fournir les informations demandées par un candidat à l'emploi malheureux sur l'issue du recrutement et sur les critères que l'employeur a suivis en procédant au recrutement de l'un des candidats audit emploi, en ne se limitant pas à considérer la seule absence de réponse de la part de l'employeur, mais en plaçant, au contraire, celle-ci dans le contexte factuel plus large dans lequel elle se situe. À cet égard, la juridiction de renvoi peut prendre en compte des éléments tels que l'adéquation manifeste du niveau de qualification du candidat à l'emploi, l'absence de convocation à un entretien et la persistance éventuelle de l'employeur à ne pas convoquer ce même candidat dans l'hypothèse où il aurait procédé à une seconde sélection de candidats pour un même poste.»