CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. M. POIARES MADURO
présentées le 12 mars 2008 [1]

1. À l'inverse de ce que prétend la sagesse traditionnelle, les mots peuvent blesser. Mais peuvent-ils aussi être constitutifs de discrimination? Voilà, en substance, la question principale dans cette affaire. L'arbeidshof Brussel (cour du travail de Bruxelles) (Belgique) a saisi la Cour d'une demande de décision préjudicielle à propos de l'interprétation 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 [2]. L'arbeidshof souhaite être éclairé sur certaines questions qui ont été soulevées dans le cadre d'une procédure opposant un organisme de promotion de l'égalité de traitement et un employeur qui aurait déclaré ne pas recruter de personnes d'origine marocaine.

I — Les faits et le renvoi préjudiciel

2. La NV Firma Feryn (ci-après «Feryn») est une société spécialisée dans la vente et l'installation de portes basculantes et sectionnelles. Au début de l'année 2005, Feryn cherchait à engager des monteurs pour l'installation de portes basculantes chez ses clients. À cette fin, elle avait placé un grand panneau signalant les vacances d'emploi sur les terrains de l'entreprise situés le long de l'autoroute reliant Bruxelles et Anvers.

3. Le 28 avril 2005, le quotidien *De Standaard* a publié une interview avec M. Feryn, un des directeurs de la société, sous l'intitulé «Les clients ne veulent pas de Marocains». M. Feryn aurait déclaré que sa société ne recrutait pas de personnes d'origine marocaine:

«À l'exception de ces Marocains, personne d'autre n'a réagi à notre appel […] mais nous ne cherchons pas de Marocains. Nos clients n'en veulent pas. Ils doivent installer des portes basculantes dans des maisons privées, souvent des villas, et les clients ne veulent pas les voir entrer chez eux.»

Des articles similaires ont paru dans les quotidiens *Het Nieuwsblad* et *Het Volk*.

M. Feryn conteste la relation faite par ces quotidiens.

1 — Langue originale: l'anglais.
2 — JO L 180, p. 22.

4. Le soir de ce 28 avril 2005, M. Feryn a participé à une interview à la télévision belge nationale au cours de laquelle il a déclaré:

«[B]eaucoup de nos représentants se présentent chez nos clients […] Tout le monde fait placer un système d'alarme et a actuellement très peur. Ce ne sont pas les immigrés qui cambriolent. Je ne vais pas prétendre cela, je ne suis pas raciste. Ce sont tout autant des Belges qui font des cambriolages. Mais les gens ont apparemment peur. Donc on dit souvent: pas d'immigrés […] Je dois répondre aux exigences de mes clients. Si vous me dites 'je veux tel produit ou je veux ceci ou cela', et que je vous dis 'je ne le fais pas, je fais venir ces gens', vous me répondrez 'je ne veux pas de votre porte'. J'en viendrais à mettre la clé sous la porte. Nous devons répondre aux exigences des clients. Ce n'est pas mon affaire. Ce n'est pas moi qui ai créé ce problème en Belgique. Je veux faire tourner ma société et qu'à la fin de l'année, le chiffre d'affaires soit atteint et comment j'y parviens […] Je dois l'obtenir en me conformant aux désirs du client!»

5. Le Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding (centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, ci-après le «CGKR») est un organisme de promotion de l'égalité de traitement qui a été établi par la loi du 15 février 1993. Cette loi a ensuite été amendée par la loi du 25 février 2003 (ci-après la «loi contre la discrimination») qui transposait en droit belge la directive 2000/43.

6. Le 31 mars 2006, après une série d'échanges avec Feryn, le CGKR a engagé une procédure contre Feryn devant le président de l'arbeidsrechtbank Brussel (tribunal du travail de Bruxelles) en lui demandant, entre autres, de constater que Feryn avait enfreint la loi contre la discrimination et de lui ordonner de mettre fin à sa politique discriminatoire de recrutement. Le président de l'arbeidsrechtbank a cependant constaté que les déclarations publiques en cause ne constituaient pas des actes de discrimination; il s'agirait plutôt de simples preuves de discrimination potentielle en ce qu'elles indiquent que les personnes d'une origine ethnique déterminée ne seraient pas recrutées par Feryn au cas où elles décideraient de poser leur candidature. Le CGKR n'a ni prétendu ni prouvé que Feryn avait réellement écarté une demande d'emploi au motif de l'origine ethnique du candidat. Sur la base de cette motivation, le CGKR a été débouté de son action par ordonnance du 26 juin 2006. Le CGKR a formé un recours contre cette ordonnance devant l'arbeidshof Brussel, juridiction qui a saisi la Cour de justice de la présente demande de décision préjudicielle.

7. L'arbeidshof Brussel pose plusieurs questions très précises concernant la directive 2000/43 et les circonstances spécifiques en cause dans la procédure au fond [3]. Ces questions concernent principalement le concept de discrimination directe (première et deuxième questions), la charge de la preuve (troisième à cinquième questions) et la question des mesures correctives appropriées (sixième question). J'aborderai ces questions sans oublier que, au titre de l'article 234 CE, la Cour n'a pas compétence pour appliquer des règles de droit communautaire à un cas d'espèce; elle peut seulement fournir à la

3 — JO 2007, C 82, p. 21.

juridiction nationale des éclaircissements sur l'interprétation du droit communautaire, éclaircissements susceptibles d'être utiles pour apprécier les effets d'une disposition de droit national.

II — Appréciation

La notion de discrimination directe

8. L'objectif poursuivi par la directive 2000/43 est «d'établir un cadre pour lutter contre la discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique, en vue de mettre en œuvre, dans les États membres, le principe de l'égalité de traitement» [4]. Cette directive s'applique tant au secteur public qu'au secteur privé notamment en ce qui concerne «les conditions d'accès à l'emploi [...] y compris les critères de sélection et les conditions de recrutement, quelle que soit la branche d'activité et à tous les niveaux de la hiérarchie professionnelle» [5].

En vertu de l'article 2, paragraphe 1, de ladite directive, «on entend par 'principe de l'égalité de traitement', l'absence de toute discrimination directe ou indirecte fondée sur la race ou l'origine ethnique». L'article 2, paragraphe 2, sous a), énonce qu'«une discrimination directe se produit lorsque, pour des raisons de race ou d'origine ethnique, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable».

9. La première question à laquelle la Cour doit répondre est, en substance, la suivante: aux fins de la directive 2000/43, y a-t-il discrimination directe lorsqu'un employeur déclare publiquement, dans le contexte d'une procédure de recrutement, que les candidatures posées par les personnes d'une origine ethnique déterminée seront écartées?

10. La juridiction nationale saisie de l'affaire en première instance a considéré que, tant qu'un employeur n'agit pas selon ses propres déclarations discriminatoires, la discrimination est purement hypothétique et ne tombe pas sous le coup de la directive 2000/43. Le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et l'Irlande ont déposé des observations dans le même sens. Ils font valoir que, en l'absence d'un plaignant identifiable, qui a été victime de discrimination, ladite directive n'est pas applicable. Par conséquent, des organismes comme le CGKR ne peuvent pas, en de telles circonstances, porter l'affaire devant les juridictions nationales en alléguant l'existence d'une discrimination directe au sens de cette directive.

11. Le CGKR défend le point de vue opposé et soutient que l'interdiction de discrimination directe porte sur le processus de

4 — Article 1er de ladite directive.

5 — Article 3, paragraphe 1, sous a), de ladite directive.

recrutement comme sur la décision éventuelle d'embauche. Selon le CGKR, le champ d'application matériel de la directive 2000/43 doit être déterminé indépendamment de la question de savoir qui a le droit de saisir les juridictions. En d'autres termes, la question du locus standi du CGKR n'a pas d'incidence sur la question de l'existence d'une discrimination directe. La Commission des Communautés européennes et le gouvernement belge partagent le point de vue du CGKR.

12. Le rapport entre le concept de discrimination directe et la question de savoir si un organisme d'intérêt public a le droit d'obtenir une réparation judiciaire en cas de violation du principe de l'égalité de traitement semble revêtir une certaine confusion. Comme l'ont souligné le Royaume-Uni et l'Irlande, la directive 2000/43 n'était pas censée permettre, dans le cadre des législations nationales, aux organismes d'intérêt public de former une action de la nature d'une *actio popularis*. Ils renvoient, à ce propos, à l'article 7 de ladite directive. Cette disposition demande aux États membres de veiller à ce que des procédures judiciaires soient accessibles «à toutes les personnes qui s'estiment lésées par le non-respect *à leur égard* du principe de l'égalité de traitement» [6] et aux organismes d'intérêt public agissant en justice «*pour le compte ou à l'appui du plaignant*» [7].

13. Cette disposition n'a toutefois pas pour effet d'interdire aux États membres d'accorder des possibilités supplémentaires d'exécution ou de réparation judiciaires. Au contraire, la directive 2000/43 stipule expressément que «[l]es États membres peuvent adopter ou maintenir des dispositions plus favorables à la protection du principe de l'égalité de traitement que celles prévues dans la présente directive» [8] et que «[l]a mise en œuvre de la présente directive ne peut en aucun cas constituer un motif d'abaissement du niveau de protection contre la discrimination déjà accordé par les États membres dans les domaines régis par la présente directive» [9]. La question de savoir si un organisme chargé de faire respecter l'égalité de traitement, comme le CGKR, peut engager une action en justice s'il n'agit pas au nom d'un plaignant déterminé relève donc en principe du droit national. La directive 2000/43 autorise les États membres à choisir des méthodes différentes d'exécution pourvu que des procédures judiciaires et administratives appropriées soient accessibles aux personnes prétendant avoir fait l'objet de discrimination, comme aux organismes d'intérêt public représentant les plaignants victimes. À cet égard, je rejoins le Royaume-Uni et l'Irlande pour faire valoir que la directive n'*exige* pas que les États membres garantissent qu'un locus standi pour intenter une action judiciaire soit reconnu aux organismes d'intérêt public en l'absence de plaignant soutenant avoir été victime de discrimination.

14. Cela ne signifie pas pour autant que la portée de la directive 2000/43 soit limitée aux affaires dans lesquelles il existe des plaignants victimes identifiables. Les formes de discrimination couvertes par cette directive doivent être essentiellement induites de son libellé et de son objectif, non des voies de recours que les États membres sont tenus, au

6 — Article 7, paragraphe 1, de ladite directive (souligné par nous).

7 — Article 7, paragraphe 2, de ladite directive (souligné par nous).

8 — Article 6, paragraphe 1, de ladite directive.

9 — Article 6, paragraphe 2, de ladite directive.

minimum, de garantir. La gamme de comportements discriminatoires interdits par ladite directive est une chose; la série des mécanismes d'exécution et des voies de recours imposés spécifiquement par cette directive en est une autre. La directive 2000/43 doit en effet être comprise dans le cadre d'une politique plus large insistant sur la «nécessité de promouvoir un marché du travail favorable à l'insertion sociale» [10], «[p]our assurer le développement de sociétés démocratiques et tolérantes permettant la participation de tous les individus quelle que soit leur race ou leur origine ethnique» [11]. En outre, comme je l'ai fait valoir dans de récentes conclusions présentées dans l'affaire Coleman, lorsqu'une directive est adoptée sur la base de l'article 13 CE, elle doit être interprétée à la lumière des valeurs plus larges qui sous-tendent cet article [12]. La directive, il est vrai, arrête des mesures minimales mais il ne faut pas pour autant interpréter sa portée de manière plus étroite qu'une lecture à la lumière de ces valeurs ne le justifierait. Un standard minimum de protection n'est pas la même chose qu'un standard *minimal* de protection. Les règles communautaires de protection contre la discrimination peuvent laisser la faculté aux États membres d'organiser une protection supérieure, mais on ne peut pas en conclure que le niveau de protection garanti par les règles communautaires soit le niveau le plus bas que l'on puisse admettre [13].

15. Dans ce contexte, il me semble qu'une interprétation qui limiterait le champ d'application de la directive 2000/43 aux affaires dans lesquelles des plaignants identifiables ont posé leur candidature pour un emploi déterminé serait de nature à éroder l'efficacité du principe de l'égalité de traitement dans le secteur de l'emploi. Dans tout processus de recrutement, la «sélection» la plus importante se fait entre ceux qui posent leur candidature et ceux qui ne la posent pas. On ne peut raisonnablement pas s'attendre à ce que quelqu'un pose sa candidature à un emploi alors qu'il sait à l'avance que son origine raciale ou ethnique lui ôte toute chance d'être engagé. Par conséquent, une déclaration publique de la part d'un employeur indiquant que les personnes d'une certaine origine raciale ou ethnique ne doivent pas poser leur candidature a un effet qui est loin d'être hypothétique. Ne pas qualifier cette déclaration d'acte de discrimination reviendrait à ignorer la réalité sociale selon laquelle de telles déclarations ont un effet humiliant et démoralisant sur les personnes de cette origine qui veulent participer au marché de l'emploi et, en particulier, sur ceux qui souhaiteraient travailler pour l'employeur en question.

16. Pourtant, dans des affaires comme celle en cause au principal, il peut s'avérer très difficile d'identifier les victimes individuelles étant donné que les personnes préjudiciées n'auront justement même pas posé leur candidature pour le travail en question. Lors de l'audience, le Royaume-Uni et l'Irlande ont concédé que la notion de victime devrait englober les personnes potentiellement intéressées à poser leur candidature et qualifiées pour le travail en question. Ceci résout pourtant à peine le problème, compte tenu de la difficulté d'identifier ces personnes individuellement et de leur motivation très faible à se faire connaître. En déclarant publiquement son intention de ne pas embaucher de

10 — Huitième considérant de la directive 2000/43.

11 — Douzième considérant de la directive 2000/43.

12 — Voir mes conclusions dans l'affaire C-303/06, Coleman, actuellement pendante devant la Cour, points 7 et suiv. Cette affaire concerne 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 (JO L 303, p. 16).

13 — Ibid., point 24.

personnes d'une origine raciale ou ethnique déterminée, l'employeur exclut, en fait, ces personnes du processus de recrutement et de son lieu de travail. Il ne parle pas simplement de discrimination, il *discrimine*. Il ne prononce pas simplement des mots, il met en œuvre un «acte de parole» [14]. Annoncer que les personnes d'une origine raciale ou ethnique déterminée ne sont pas les bienvenues constitue donc en soi une forme de discrimination.

17. Des conséquences fâcheuses résulteraient d'une situation dans laquelle une discrimination de ce type serait, pour quelque raison que ce soit, exclue du champ d'application de la directive 2000/43 au motif que les États membres se verraient implicitement autorisés, dans le cadre de celle-ci, à permettre aux employeurs de différencier très efficacement les candidats sur la base de leur origine raciale ou ethnique, simplement en rendant publique à l'avance et le plus ouvertement possible la nature discriminatoire de leur politique de recrutement. La stratégie de discrimination à l'emploi la plus flagrante pourrait donc s'avérer la plus «payante». Cela nuirait manifestement aux conditions d'un marché du travail favorable à l'insertion sociale, plutôt que de le promouvoir. En bref, l'objectif même de la directive 2000/43 serait ruiné au cas où des déclarations publiques faites par un employeur, dans le contexte d'un processus de recrutement, et visant à écarter les candidatures de personnes d'une origine raciale ou ethnique déterminée, seraient considérées comme ne tombant pas sous le coup de la notion de discrimination directe.

18. L'affirmation de M. Feryn selon laquelle les clients ne seraient pas favorablement disposés à l'égard d'employés d'une origine ethnique déterminée est totalement dénuée de pertinence pour la question de l'application de la directive 2000/43. Même si cette affirmation était correcte, elle ne ferait qu'illustrer que «les marchés ne remédieront pas à la discrimination» [15] et qu'une intervention réglementaire est essentielle. En outre, l'adoption de mesures réglementaires au niveau communautaire aide à résoudre un problème d'action collective pour les employeurs en empêchant toute distorsion de concurrence qui, précisément à cause de ce manquement du marché, pourrait se manifester au cas où différents niveaux de protection contre la discrimination existeraient au niveau national.

19. Par conséquent, je suggère que la Cour réponde comme suit aux première et deuxième questions de la juridiction nationale: la déclaration publique d'un employeur faite dans le cadre d'un processus de recrutement et signifiant que toute candidature émanant de personnes d'une origine ethnique déterminée sera écartée est constitutive de discrimination directe au sens de l'article 2, paragraphe 2, sous a), de la directive 2000/43.

14 — John Searle, *Speech Acts,* Cambridge University Press 1969; John Langshaw Austin, *How to Do Things with Words,* Cambridge (Mass.) 1962.

15 — Sunstein, C., «Why markets don't stop discrimination», *Free markets and social justice,* Oxford University Press, Oxford, 1997, p. 165.

La charge de la preuve

20. La juridiction de renvoi souhaite également obtenir des éclaircissements concernant la charge de la preuve. Ces questions sont pertinentes dans le cadre des allégations faites par le CGKR devant la juridiction de renvoi, allégations selon lesquelles Feryn continue d'appliquer des pratiques de recrutement discriminatoires.

21. La disposition pertinente en la matière est l'article 8 de la directive 2000/43. Selon cette disposition, lorsque des faits ont été établis desquels la discrimination directe ou indirecte peut être présumée, il appartient au défendeur de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement. Par conséquent, en cas de discrimination apparente, il appartient à l'employeur de prouver que ce principe n'a pas été violé.

22. Ce renversement de la charge de la preuve est cohérent avec la législation communautaire et la jurisprudence de la Cour en matière de discrimination fondée sur le sexe. Comme l'a déclaré la Cour, «dans une situation de discrimination apparente, il appartient à l'employeur de démontrer qu'il existe des raisons objectives justifiant la différence de rémunération constatée. En effet, 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» [16]. À cet égard, ce qui est vrai pour les affaires de discrimination fondée sur le sexe est vrai pour les affaires de discrimination fondées sur l'origine ethnique. En effet, l'article 8 de la directive 2000/43 reprend mot pour mot le libellé de l'article 4 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 [17].

23. Il appartient à la juridiction nationale d'appliquer les règles concernant la charge de la preuve aux circonstances spécifiques de l'affaire. Néanmoins, comme la Commission l'a à juste titre souligné, lorsqu'il est établi qu'un employeur a fait des déclarations publiques concernant sa propre politique de recrutement du type de celles en cause dans la procédure au principal, et qu'en outre la pratique d'embauche réellement appliquée par l'employeur reste opaque et qu'aucun travailleur de l'origine ethnique en question n'a été recruté, il existe une présomption de discrimination au sens de l'article 8 de la directive 2000/43. Il appartient à l'employeur de renverser cette présomption.

24. S'agissant de l'appréciation, par la juridiction nationale, des preuves produites par l'employeur pour renverser ladite présomption, il y a lieu de considérer que la juridiction nationale doit appliquer les règles de procédure nationales pertinentes pourvu que, en premier lieu, ces modalités ne soient

16 — Arrêt du 30 mars 2000, JämO (C-236/98, Rec. p. I-2189, point 53). Voir aussi arrêt du 10 mars 2005, Nikoloudi (C-196/02, Rec. p. I-1789, point 74).

17 — JO L 14, p. 6, amendée par la directive 98/52/CE du Conseil, du 13 juillet 1998, étendant au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord la directive 97/80 (JO L 205, p. 66). Voir également article 10, paragraphe 1, de la directive 2000/78.

pas moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne (principe d'équivalence) et, en deuxième lieu, qu'elles ne rendent pas en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire (principe d'effectivité) [18].

25. Par conséquent, j'invite la Cour à répondre comme suit aux troisième à cinquième questions soulevées par la juridiction nationale: une fois la discrimination apparente fondée sur l'origine raciale ou ethnique établie, il appartient au défendeur de prouver l'absence de violation du principe de l'égalité de traitement.

Mesures correctives appropriées

26. Enfin, la juridiction nationale soulève la question des mesures correctives appropriées en cas de discrimination avérée fondée sur l'origine raciale ou ethnique. Plus particulièrement, la juridiction nationale souhaite savoir si une décision établissant l'existence de la discrimination constituerait une mesure corrective appropriée ou si, dans des circonstances comme celles de l'espèce, la juridiction nationale devrait ordonner à l'employeur de cesser sa politique discriminatoire de recrutement.

27. S'agissant des sanctions, l'article 15 de la directive 2000/43 stipule que «[l]es États membres déterminent le régime des sanctions applicables aux violations des dispositions nationales adoptées en application de la présente directive et prennent toute mesure nécessaire pour assurer l'application de celles-ci. Les sanctions ainsi prévues, qui peuvent comprendre le versement d'indemnités à la victime, doivent être effectives, proportionnées et dissuasives». En outre, comme la Cour l'a déclaré dans l'arrêt von Colson et Kamann, les juridictions nationales sont tenues de prendre toutes mesures propres à assurer l'exécution de l'obligation d'atteindre le résultat prévu par la directive [19].

28. Il appartient à la juridiction de renvoi de fixer les mesures correctives appropriées dans les circonstances spécifiques de l'espèce, conformément aux règles pertinentes de droit national. Toutefois, des sanctions purement symboliques ne seront en général pas suffisamment dissuasives pour mettre en œuvre l'interdiction de discrimination [20]. Par conséquent, il semble qu'une ordonnance de la juridiction interdisant le comportement en cause constituerait une mesure corrective plus appropriée.

29. En résumé, si la juridiction nationale estime qu'il y a eu violation du principe de l'égalité de traitement, elle doit ordonner des mesures correctives efficaces, proportionnées et dissuasives.

18 — Arrêts de la Cour du 16 décembre 1976, Rewe-Zentralfinanz et Rewe-Zentral (33/76, Rec. p. 1989); du 14 décembre 1995, van Schijndel et van Veen (C-430/93 et C-431/93, Rec. p. I-4705, point 17), et du 7 juin 2007, van der Weerd e.a. (C-222/05 à C-225/05, Rec. p. I-4233, point 28).

19 — Arrêt du 10 avril 1984 (14/83, Rec. p. 1891, point 26). Voir aussi arrêt du 10 avril 1984, Harz (79/83, Rec. p. 1921, point 26).

20 — Voir, par analogie, arrêt van Colson et Kamann, points 23 et 24.

III — Conclusion

30. Pour toutes les raisons développées ci-dessus, j'estime qu'il faudrait répondre comme suit aux questions déférées par l'arbeidshof Brussel:

«1) La déclaration publique d'un employeur faite dans le cadre d'un processus de recrutement et signifiant que toute candidature émanant de personnes d'une origine ethnique déterminée sera écartée est constitutive de discrimination directe au sens de l'article 2, paragraphe 2, sous a), de la directive 200/43/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) Une fois la discrimination apparente fondée sur l'origine raciale ou ethnique établie, il appartient au défendeur de prouver l'absence de violation du principe de l'égalité de traitement.

3) Lorsqu'une juridiction nationale estime qu'il y a eu violation du principe de l'égalité de traitement, elle doit prononcer des mesures correctives qui sont effectives, proportionnées et dissuasives.»