Principe de non-discrimination dans l'emploi (directive n° 2000/78)

Maintien du régime probatoire de l'arrêt Perreux malgré l'entrée en vigueur de la loi du 27 mai 2008

Principe de non-discrimination dans l'emploi (directive n° 2000/78)

Serge Slama

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/3714>

DOI : 10.4000/revdh.3714

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Serge Slama, « Maintien du régime probatoire de l'arrêt Perreux malgré l'entrée en vigueur de la loi du 27 mai 2008 », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 13 janvier 2011, consulté le 04 mai 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/3714> ; DOI : 10.4000/revdh.3714

Ce document a été généré automatiquement le 4 mai 2019.

Tous droits réservés

Principe de non-discrimination dans l'emploi (directive n° 2000/78)

Maintien du régime probatoire de l'arrêt Perreux malgré l'entrée en vigueur de la loi du 27 mai 2008

Principe de non-discrimination dans l'emploi (directive n° 2000/78)

Serge Slama

- 1 Appliquant le régime probatoire de l'arrêt *Perreux* (CE, Ass., 30 octobre 2009, n° 298 348, ADL du 2 novembre 2009 et CPDH du 2 novembre 2009) pour des faits postérieurs à la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, le Conseil d'Etat maintient le même régime probatoire mais aboutit à une solution différente en reconnaissant la discrimination syndicale commise par la Garde des Sceaux à l'encontre d'une magistrate judiciaire. En l'espèce la requérante avait sollicité, le 1^{er} juillet 2008, un détachement sur un poste de chargé de formation à l'ENM. Dans un premier temps, la ministre de la Justice fit savoir le 3 septembre 2008 qu'elle était favorable au détachement de l'intéressée sous réserve de l'avis du Conseil supérieur de la magistrature ; entre temps, elle procéda à la nomination de l'intéressée, par décret du 15 juillet 2008, en qualité de vice-présidente au TGI de Bobigny, conformément à son vœu antérieur et, compte tenu de l'urgence, la requérante fut autorisé à exercer ses nouvelles fonctions à l'ENM école à compter du 15 septembre. Elle suivait en cela la proposition du directeur de cette école et l'avis du comité qui l'avait auditionnée, comme cela avait déjà été le cas pour 3 autres magistrates membres du Syndicat de la magistrature, dont Mme Perreux (Halde, délib. N° 2008-186, N° 2008-187, N° 2008-188 du 15 septembre 2008). Toutefois, dans un second temps, le 6 octobre 2008, la ministre fit savoir que compte tenu du projet d'avis défavorable du CSM, elle décidait de maintenir l'intéressée dans ses fonctions juridictionnelles. Par décision du 5 décembre 2008, elle fit connaître à l'intéressée qu'à la suite de l'avis émis par le CSM du 23 octobre 2008, elle refusait son détachement auprès de l'ENM. C'est cette décision qu'elle contesta devant le Conseil d'Etat.
- 2 Précisons que le détachement d'un magistrat est prononcé par décret du Président de la République sur proposition du Garde des Sceaux et après avis de la formation du CSM

compétente (articles 67 et 68 de l'ordonnance du 22 décembre 1958). Cet avis porte sur le respect du 3ème alinéa de l'article 12 (prohibition du détachement lorsque le magistrat n'a pas accompli quatre années de services effectifs dans le corps judiciaire depuis son entrée dans la magistrature) et de l'article 4 (principe d'inamovibilité). La nomination aux emplois de formateur à l'ENM est arrêtée, quant à elle, par le Garde des sceaux, après avis du directeur de l'Ecole (articles 10 et 12 du décret du 21 décembre 1999).

- 3 A la différence de l'arrêt *Perreux*, le juge administratif n'avait pas à envisager une application directe de la directive n° 2000/78 du Conseil du 27 novembre 2000 « *emploi* » dans la mesure où la décision opposée à la requérante est postérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 27 mai 2008 qui a achevé de transposer cette directive. On se rappelle que, suivant les conclusions de Mattias Guyomar, l'Assemblée avait écarté l'application directe de l'article 10 de la directive en estimant que cette disposition n'était pas « *inconditionnelle* » car le cinquième paragraphe de cette disposition laisse aux Etats membres la possibilité de déroger au régime d'aménagement de la charge de la preuve pour les procédures dans lesquelles l'instruction des faits incombe à la juridiction et, pour le Conseil d'Etat, « *tel est l'office du juge administratif en droit public français* ». Mais ce régime dérogatoire aurait dû cesser pour le juge administratif avec l'entrée en vigueur de la loi du 27 mai 2008 puisque son article 4 n'écarter l'application du régime de partage de charge de la preuve que pour le juge pénal (afin de respecter le principe constitutionnel de présomption d'innocence – Cons. constit. n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002) et non pour le juge administratif. Il résulte d'ailleurs clairement des travaux parlementaires des lois du 30 décembre 2004 et 27 mai 2008 que le législateur a entendu appliquer ce régime puisqu'il a écarté un amendement visant à exonérer le juge administratif de ce procédé probatoire. Pourtant, le Conseil d'Etat ignore totalement cette difficulté. En effet, il reproduit à l'identique le considérant de principe de l'arrêt *Perreux* en considérant que, même en application de l'article 4 de la loi de 2008 transposant l'article 10 de la directive 2000/78, « *il appartient [de manière générale] au juge administratif, dans la conduite de la procédure inquisitoire, de demander aux parties de lui fournir tous les éléments d'appréciation de nature à établir sa conviction* » et que « *cette responsabilité doit, dès lors qu'il est soutenu qu'une mesure a pu être empreinte de discrimination, s'exercer en tenant compte des difficultés propres à l'administration de la preuve en ce domaine et des exigences qui s'attachent aux principes à valeur constitutionnelle des droits de la défense et de l'égalité de traitement des personnes* ».
- 4 A cette fin, le procédé probatoire se déroule en trois temps :
- 5 - il appartient dans un premier temps au requérant qui s'estime discriminé par une mesure de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de faire présumer une atteinte au principe d'égalité ;
- 6 - il incombe dans un second temps au défendeur de produire tous les éléments permettant d'établir que la décision attaquée repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ;
- 7 - et, enfin, dans un dernier temps, spécifique au juge administratif, la conviction du juge, à qui il revient d'apprécier si la décision contestée devant lui a été ou non prise pour des motifs entachés de discrimination, se détermine au vu de ces échanges contradictoires et en cas de doute, il lui appartient de compléter ces échanges en ordonnant toute mesure d'instruction utile (v. pour une illustration ; CAA Versailles, 29 décembre 2009, *Mme D.*, N° 08VE00296 : *AJDA* 2010, p. 742, concl. S. Davesne – ADL du 13 avril 2010).

- 8 Comme nous l'avions déjà souligné (CE, Ass., 30 octobre 2009, n° 298 348, ADL du 2 novembre 2009), un tel régime probatoire en trois temps, qui est une reproduction de celui de l'arrêt *Barel* (CE Ass. 28 mai 1954), peut sembler contraire à la jurisprudence de la Cour de Luxembourg qui instaure un régime de présomption de discrimination au bénéfice de la victime (v. CJCE, 27 octobre 1993, *Enderby*, C-127/92 ; CJCE, 10 juillet 2008, *Feryn*, C-54/07). En l'espèce, et contrairement à l'affaire *Perreux* dans laquelle cela s'était avéré défavorable à la requérante et avait amené le juge administratif à comparer les candidatures (v. déjà CE 10 avril 2009, *El Haddioui* n° 311888 et le commentaire critique à *AJDA* 2009, p. 1386 de G. Calvès ainsi que sa note critique sur l'arrêt *Perreux*, *D.* 2010, p. 553), cela ne défavorise par la requérante – faute pour le ministre d'avoir apporté des motifs convaincants expliquant son revirement de position. En défense, la ministre se borne à indiquer que l'administration « a fait prévaloir les intérêts de la continuité du service public de la justice au tribunal de grande instance de Bobigny » sans fournir « aucune précision sur les fonctions occupées par l'intéressée dans ce tribunal et sur la nécessité de la maintenir à son poste alors que le ministre avait dans un premier temps donné un avis favorable à son détachement ». Or, il résulte « des pièces du dossier », notamment d'une mesure d'instruction prononcée par le Conseil d'Etat le 16 octobre 2010 auprès de la formation compétente du CSM, qu'aucune indication « de nature à expliciter [les] motifs de la décision » ou « à contredire les faits et considérations présentés par la requérante » n'a été fournie et ce alors même que pendant plusieurs mois le poste à l'ENM est resté vacant. Ne reposant pas sur « des éléments objectifs étrangers à toute discrimination », la décision de la Garde des Sceaux, Rachida Dati, est donc, une nouvelle fois, annulée pour erreur de droit (v. déjà : CE, Sect., 1er octobre 2010, *Nadège T.*, n° 311938, au recueil CE - ADL du 6 octobre 2010 ; CE, Sect. 30 décembre 2010, *Marc Robert*, No 329513 et 329515 – ADL du 4 janvier 2011).

*

CE, 6ème et 1ère SSR, 10 janvier 2011, Mme Karen Lévêque, N° 325268, au recueil Lebon

AUTEUR

SERGE SLAMA

Serge Slama est actuellement professeur de droit public à l'Université de Grenoble.