

Colloque

10 ans de droit de la non-discrimination

Octobre 2015



Avant-Propos

Nous sommes heureux de vous présenter les actes du colloque organisé par le Défenseur des droits en collaboration avec la Cour de cassation, le Conseil d'Etat et le Conseil national des barreaux pour marquer les dix années au cours desquelles, la Haute autorité de lutte contre les discriminations, puis le Défenseur des droits, ont su peu à peu contribuer à installer une nouvelle branche du droit.

Les discours introductifs du premier président de la Cour de cassation, Bertrand Louvel, du procureur général près la Cour de cassation, Jean-Claude Marin, et du vice-président du Conseil d'Etat, Jean-Marc Sauvé, ont représenté une somme de réflexions inédites. Pour la première fois en effet, les premiers magistrats des Cours suprêmes françaises se prononçaient sur les enjeux de ce droit nouveau qui vise à renouveler l'approche du principe d'égalité sous l'angle de son effectivité.

La table ronde de la matinée, présidée par le professeur Antoine Lyon-Caen, a été l'occasion pour les juges des cours suprêmes et européennes de présenter un panorama des apports jurisprudentiels en développant la spécificité de l'approche de chacune des juridictions : Jean-Claude Bonichot pour la Cour de justice de l'Union européenne, Françoise Tulkens, au nom de la Cour européenne des droits de l'homme, Bernard Stirn, président de la section du contentieux du Conseil d'Etat, Jean-Yves Frouin et Didier Guérin, respectivement présidents de la chambre sociale et de la chambre criminelle de la Cour de cassation.

La table ronde de l'après-midi a été introduite par le président du Conseil national des barreaux, Maître Pascal Eydoux, et présidée par le premier avocat général près la chambre criminelle de la Cour de cassation, François Cordier. Elle entendait revenir sur cette période de mise en mouvement de l'application en France des différents domaines du droit des discriminations, et donner la parole aux avocats dont la créativité et les savoirs ont joué un rôle déterminant dans l'élaboration des stratégies judiciaires et des leviers de la construction jurisprudentielle.

Ces derniers ont présenté, de leur point de vue de praticiens, les enjeux majeurs contenus dans les dossiers qu'ils ont traités et qui ont permis de faire émerger cet instrument juridique nouveau, dans les domaines aussi divers que les droits économiques et sociaux, les droits des personnes LGBT, le contentieux de l'égalité femme homme en emploi. Les spécificités de l'approche pénale ou la stratégie contentieuse retenue en matière de lutte contre les contrôles d'identité à caractère discriminatoires ont pareillement illustré des échanges qui ont également été tournés vers l'avenir, à travers l'évocation des procédures de recours collectif en matière de discrimination actuellement débattues par le Parlement.

Ces actes réunissent l'opinion particulière des différents acteurs clefs de la construction du droit des discriminations sur le chemin parcouru, ses enjeux et ses apports après 10 ans de mise en œuvre. Ils ne présentent pas une synthèse ou une doctrine, mais la vision libre de chaque orateur, et ce faisant permettent de dessiner les contours d'un paysage.

Jacques Toubon

A handwritten signature in black ink, consisting of a vertical line on the left and a large, sweeping horizontal stroke that curves upwards on the right side.

Index

I. Avancées jurisprudentielles

8 h 30 : Accueil-café

9 h 00 : Allocutions d'ouverture

- M. Bertrand Louvel, premier président de la Cour de cassation
- M. Jean-Claude Marin, procureur général près la Cour de cassation
- M. Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État
Le principe d'égalité et le droit de la non-discrimination
- M. Jacques Toubon, Défenseur des droits

9 h 30 à 12 h 00 : Table ronde

« Les discriminations devant le juge : quel bilan ? »

Propos introductifs

*Présidence : M. Antoine Lyon-Caen, professeur émérite à l'Université de Paris
Ouest Nanterre La Défense*

- Mme Françoise Tulkens, agrégée des facultés de droit, ancienne juge et vice-présidente de la Cour européenne des droits de l'homme
Les évolutions récentes de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Ses moments forts, ses ressorts, ses dynamiques
- M. Bernard Stirn, président de la section du contentieux du Conseil d'État
Le juge administratif et les discriminations
- M. Jean-Yves Frouin, président de la chambre sociale de la Cour de cassation
La lutte contre les discriminations et l'emploi
- M. Didier Guérin, président de la chambre criminelle de la Cour de cassation
- M. Jean-Claude Bonichot, juge à la Cour de justice de l'Union européenne
Les discriminations devant la Cour de justice de l'Union européenne : quel bilan ?

12 h 00 à 13 h 00 : Buffet déjeunatoire

Conclusions du Professeur Lyon-Caen

II. Stratégies contentieuses et perspectives

13 h 30 : Allocution de reprise des débats

- M. Pascal Eydoux, président du Conseil national des barreaux

13 h 45 à 16 h 30 : Table-ronde « Les discriminations aujourd'hui : quelles stratégies contentieuses ? »

Propos introductifs

*Présidence : M. François Cordier, premier avocat général
à la chambre criminelle de la Cour de cassation*

- Maître Patrice Spinosi, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation
Droits civils et économiques et discriminations fondées sur la nationalité
- Maître Yann Pedler, avocat au barreau de Paris
Agir contre les discriminations LGBT en emploi
- Maître Emmanuelle Boussard-Verrecchia, avocate au barreau de Paris
L'émergence du contentieux de l'égalité femme homme en emploi
- Maître Nicolas Demard, avocat au barreau de Paris
La « stratégie contentieuse » en matière pénale
- Maître Félix de Belloy, avocat au barreau de Paris
Un contentieux des contrôles d'identité discriminatoires
- Maître Véronique Tuffal-Nerson,
avocate au barreau de Paris, vice-présidente de la commission égalité
du Conseil national des barreaux
Le recours collectif, prochain enjeu de l'accès au droit en matière de discrimination

16 h 30 : Allocutions de clôture

« L'avenir du droit de la non-discrimination »

- M. Jacques Toubon, Défenseur des droits
- M. Laurent Le Mesle,
premier avocat général doyen à la Cour de cassation

Notes

I. Avancées jurisprudentielles

Allocutions d'ouverture

Monsieur Bertrand Louvel

Premier Président de la Cour de cassation

La lutte contre les discriminations est une longue marche contre les inégalités naturelles, tout comme la lutte pour les droits de la personne humaine est une longue marche contre la force brutale de l'état de nature, tout comme la lutte pour la Justice est une longue marche contre l'iniquité où baigne l'homme à l'état de nature. C'est la longue marche de la civilisation vers la reconnaissance de l'égalité de tout homme en droits, dignité et responsabilité que lui dénie la volonté de puissance et l'esprit de domination animés par le rapport de forces physiques qui est inhérent à l'état de nature.

Sieyès ne disait rien d'autre dans son discours préparatoire à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « *Il existe, il est vrai, de grandes inégalités de moyens parmi les hommes. La nature fait des forts et des faibles; elle répartit aux uns une intelligence qu'elle refuse aux autres. Il suit qu'il y aura entre eux inégalité de travail, inégalité de produit, inégalité de consommation ou de jouissance ; mais il ne suit pas qu'il puisse y avoir inégalité de droits* ».

Il n'est pas indifférent que la loi contemporaine envisage comme des discriminations les comportements sociaux qui procèdent encore de l'archaïsme du rapport de force naturel : la discrimination fondée sur le sexe qui procède de la domination de l'homme sur la femme à l'état de nature ; la discrimination fondée sur la race, la nationalité ou la religion qui réclame la protection des minorités confrontées à la force du groupe majoritaire, tribal ou national ; la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle qui invite à protéger l'homosexuel contre le réflexe primaire le désignant comme paria.

Longtemps, les principes bibliques ont servi de rempart incomplet, fragile, malhabile et contradictoire à la force naturelle encore largement à l'œuvre dans notre pays jusqu'à ce que le relais soit pris par les Lumières allumées en France par la guerre d'indépendance américaine et exprimées aux articles 1 et 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen :

Article 1^{er} : « *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune.* »

Article 6 : « *La Loi [...] doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents.* »

Le périmètre de ces textes est limité au droit public. Le principe d'égalité ne trouve ses limites que dans l'utilité commune, et les distinctions résultant des vertus et des talents, pour l'accès aux emplois publics réservés aux citoyens, c'est-à-dire aux personnes jouissant de la nationalité française.

L'égalité n'est alors envisagée que dans le cadre national. La montée des nationalismes au XIX^e siècle poussa à son paroxysme le rapport de violence entre les peuples au XX^e au point qu'on y voit aujourd'hui rétrospectivement un retour à la barbarie des premiers temps.

La victoire des démocraties créa en réaction un courant ardent en faveur d'une égalité des hommes transcendant les frontières. Cet idéal s'exprima solennellement dans la *Déclaration universelle des droits de l'homme* de 1948 et fut décliné à notre échelon européen dans les principes du Conseil de l'Europe et ceux de l'Union.

Au-delà de la sphère du droit public, le champ des discriminations combattues par la loi s'est lentement étendu aux comportements privés, notamment à ceux relevant du droit du travail, du droit de la consommation, ou du droit de la santé, et la lutte contre la discrimination est devenue aujourd'hui un terrain de l'application de la proportionnalité, qui a envahi notre droit comme vecteur de l'appréciation des atteintes tolérables au principe d'égalité.

Le boycott des produits d'un Etat est-il proportionné à la légitimité des motifs qui le justifient ? Les restrictions à l'embauche sont-elles justifiées par les spécificités de l'emploi et leurs incidences, par exemple sur le physique de la personne (on pense aux maisons de couture et à l'embauche de leurs mannequins) ou sur sa religion (on pense au problème

des exigences vestimentaires posées par la clientèle) ? Peut-on refuser le sang donné par des personnes homosexuelles pour des impératifs de santé publique véritablement légitimes ?

La longue marche se poursuit, faisant face à un phénomène parfois si diffus ou ténu qu'il en devient insaisissable.

Difficulté de la preuve. Difficulté à identifier les causes ou les responsabilités de distinctions toujours plus insidieuses, secrétées par l'état des mœurs ou une opinion encore vulnérable aux préjugés. Difficulté à circonscrire aussi, sans y ajouter, des discriminations dont les critères prohibés par la loi n'ont cessé de recevoir des développements nouveaux, au-delà même des prévisions du législateur.

Pour y faire face, le nombre des dispositions comme des acteurs mobilisés n'a cessé d'augmenter, résonnant comme une mise en garde, en forme quelquefois d'aveu d'impuissance, mais aussi comme une chance qui nous permet tout à la fois de réagir comme de prévenir, de sanctionner, de réparer, mais aussi de mieux comprendre et sensibiliser les consciences, en un mot d'avancer, de progresser vers plus d'humanité et de justice.

C'est là sans doute tout le sens et l'apport essentiel d'une institution telle que la vôtre et celle qui l'a précédée, Monsieur le Défenseur des droits.

Pour aller encore plus loin, le projet de la Justice du XXI^e siècle envisage d'instituer les actions de groupe en matière de discrimination devant le juge judiciaire et le juge administratif.

A chaque fois, l'origine de la démarche est la même : une détermination courageuse pour vaincre les préjugés primaires qui véhiculent une culture adossée à une conception étriquée et sélective du groupe humain.

L'infériorité de la femme, la méfiance de l'étranger, l'exclusion religieuse, le tabou sexuel, le handicap qui diminue l'individu au regard des modèles, toutes causes qui reviennent comme des rengaines à tous les niveaux et dans toutes les applications du phénomène discriminatoire.

C'est pourquoi, la longue marche qui tend à le traquer partout où il se manifeste, est inséparable du progrès général de l'homme vers plus de conscience libre et moins de contraintes sociales.

La longue marche s'identifie à l'idéal de la fin dernière de l'homme : le bannissement de la force physique pour la remplacer par la force de l'esprit, idéal des Nations Unies, notre idéal.

Monsieur Jean-Claude Marin

Procureur général près la Cour de cassation

Je me réjouis d'accueillir aujourd'hui, avec le Premier Président, au sein de la Cour de cassation, les voix de ceux qui combattent, souvent depuis de nombreuses années, les violations au principe essentiel d'égalité.

Cette heureuse initiative a été organisée, en collaboration avec le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, par le Défenseur des droits, que je remercie vivement pour cette initiative.

Faut-il rappeler que les discriminations se caractérisent par une différence de traitement injustifiée fondée sur des raisons aussi variées que l'origine, le sexe, la religion, l'état de santé, le handicap, l'opinion politique, l'appartenance vraie ou supposée à une ethnie, une nation ou une race, ou l'orientation sexuelle.

Clef de voûte de notre démocratie, le principe d'égalité est en effet bien souvent victime d'atteintes quotidiennes, insidieuses ou affirmées, trop souvent minimisées, et pourtant dangereuses pour notre pacte social. Du mouvement initial de lutte contre la discrimination, il est aujourd'hui permis d'envisager une sorte de « droit de la non-discrimination », titre choisi pour ce colloque reflétant cette évolution, même si, *stricto sensu*, un tel droit n'existe pas.

L'article 14 de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* énumère, sans caractère exhaustif, certaines de ces atteintes. Il précise, *in fine*, que la distinction peut aussi reposer sur « toute autre situation ». L'affirmation de cette dernière catégorie, est volontairement ouverte afin d'intégrer toutes les discriminations possibles : l'imagination humaine est tristement débordante lorsqu'il s'agit d'exclure ou de rejeter celui qui paraît différent. De nouveaux motifs d'exclusion, donc de discrimination, peuvent toujours être créés ou réinventés. Notre vigilance doit dès lors être permanente, voire sur le qui-vive, pour éduquer, instruire et, le cas échéant, condamner.

Les instruments juridiques, visant à lutter contre les discriminations, se construisent ainsi sous la plume du législateur, en droit interne et également en droit de l'Union. Ce colloque le rappellera.

La lutte contre les discriminations impose également un travail concerté entre magistrats et avocats.

Aujourd'hui, dans le cadre d'une première table-ronde, les magistrats des ordres administratif et judiciaire, mais également rattachés aux juridictions européennes présenteront, sous le regard attentif du professeur Antoine Lyon-Caen, une analyse précieuse de leurs pratiques contentieuses. A l'occasion d'un second échange, Monsieur le premier avocat général François Cordier recueillera les réflexions d'avocats confrontés dans leur exercice professionnel, aux dossiers de discriminations.

Parmi ces outils juridiques, la sanction pénale constitue un instrument particulièrement important. L'article 225-1 du code pénal réprime tant les discriminations portées à l'encontre des personnes physiques que celles dont seraient victimes les personnes morales en raison, en fait, de traitements discriminatoires visant leurs membres ou leurs dirigeants. Le masque juridique conféré à la personne morale, ne peut donc en aucun cas permettre de dissimuler de nouvelles formes de discriminations.

Toutefois, la sanction n'est pas le seul outil : l'éducation et la prévention, par des politiques publiques ciblées, sont d'autres réponses tout aussi nécessaires.

Au cours de cette journée, le terme de discrimination sera dès lors marqué par la rupture d'égalité qu'il consacre entre les personnes. La quête d'un droit « correcteur » de cette rupture sera ainsi poursuivie et réaffirmée. La discrimination est avant tout un fléau, en ce sens qu'il constitue un acte de division entre des citoyens d'une même nation, entre des salariés d'une même entreprise, tout simplement entre des individus différents.

Je ne doute pas qu'à travers vos échanges, vous saurez faire émerger les lignes saillantes de ce combat mené contre la violation du principe d'égalité affirmé par notre Constitution, ainsi que les avancées particulièrement importantes réalisées depuis une décennie.

Je sais aussi, à travers votre engagement, que vous tracerez de nouvelles pistes pour réduire, sinon annihiler, toute tentative de discrimination dont notre société se fait - hélas ! - régulièrement l'écho.

A cet égard, puisse cette phrase de Saint-Exupéry (*) que je fais mienne, mener vos réflexions de la journée et inspirer, *in fine*, l'avenir de nos sociétés :

« Si tu diffères de moi, mon frère, loin de me léser tu m'enrichis ».

Je vous remercie.

(*) Pilote de Guerre, 1942.

Le principe d'égalité et le droit de la non-discrimination

Monsieur Jean-Marc Sauvé

Vice-président du Conseil d'État¹

Monsieur le Défenseur des droits,

Monsieur le Premier président de la Cour de cassation,

Monsieur le Procureur général,

Monsieur le Président du Conseil national des Barreaux,

Mesdames, Messieurs,

L'égalité n'est pas seulement inscrite au frontispice de toute Constitution démocratique, elle exprime l'une des plus puissantes aspirations des sociétés modernes. « Les peuples démocratiques – souligne Tocqueville – ont un goût naturel pour la liberté. (...) Mais ils ont pour l'égalité une passion ardente, insatiable, éternelle et invincible »². Aux XVIII^{ème} et XIX^{ème} siècles, cette passion trouva sa traduction juridique dans l'égalisation des droits civils et politiques et dans l'affirmation de l'unité du peuple français. Le principe d'égalité a ceci de fondamental, qu'il n'est pas seulement un droit parmi d'autres, mais une exigence tutrice et transversale, qui conditionne l'application des autres droits fondamentaux. Il ne fonde pas seulement un « droit à l'égalité », il est plus profondément un « droit à l'égalité des droits »³. Ce principe rayonne ainsi sur tout notre ordonnancement juridique. En ces temps d'autodénigrement, voire de masochisme national, gardons à l'esprit qu'il inspire la jurisprudence des cours suprêmes françaises bien plus fortement que celle des cours homologues d'autres Etats partageant le même patrimoine de droits que la France, notamment à l'égard des lois et règlements. Ce principe s'énonce, dans sa formule la plus ramassée et la plus féconde, aux articles 1^{er} et 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen⁴ et à l'article 1^{er} de notre Constitution : la République « assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens, sans distinction d'origine, de race ou de religion ». En droit administratif, avant même qu'on ne reconnût à la Déclaration de 1789 une valeur constitutionnelle⁵, le principe d'égalité régissait et régit encore,

en tant que principe général du droit, l'organisation et le fonctionnement des services publics⁶, l'accès à la fonction publique⁷ et le statut des fonctionnaires⁸, la situation des contribuables⁹ et des utilisateurs du domaine public¹⁰, ou encore le régime de responsabilité pour rupture de l'égalité devant les charges publiques¹¹. La consécration concrète du principe d'égalité dans les services publics, en tant que principe général du droit, a été l'une des grandes œuvres du Conseil d'Etat à partir de la III^{ème} République. Pour reprendre les termes du professeur Rivero, la multiplicité de ces applications ne peut pas ne pas frapper : « Le pilier de l'égalité, à son sommet, s'épanouit et se diversifie, tels ces piliers de cathédrales qui évoquent la ligne du palmier, en un bouquet de nervures dont chacune supporte sa part de la voûte »¹².

Principe fondateur et intangible, l'égalité demeure consubstantielle à notre vie démocratique, mais elle voit ses conditions de mise en œuvre et son contenu juridique se transformer. Longtemps cherchée dans la seule généralité de la loi, l'égalité se développe désormais aussi par différenciation, s'intéressant non plus seulement à l'homme abstrait et universel, mais aussi à l'homme incarné et situé, pris dans ses déterminations physiques, sociales et économiques. Si le principe d'égalité impose ainsi de traiter de la même manière des personnes placées dans une même situation, il n'exclut pas des différences de traitement, à condition qu'elles soient justifiées par une différence de situation ou par un motif d'intérêt général¹³ en rapport avec l'objet de la loi qui les établit – elles doivent être objectivement fondées –, que ces différences de traitement soient proportionnées à la cause qui les justifie et que, bien entendu, elles soient étrangères à toute discrimination. Mais le principe d'égalité ne va pas, chez nous du moins, jusqu'à consacrer un droit à la différence¹⁴. Notre droit épouse ainsi les aspérités du réel, non pas contre le principe d'égalité, mais pour mieux le servir. Il en va de même lorsqu'il vise à corriger, voire à compenser des inégalités résultant de pratiques discriminatoires. Le droit à la non-discrimination fournit à cet égard « des solutions opératoires auxquelles l'égalité seule ne pourrait parvenir »¹⁵. Car ce droit offre « une technique de qualification des ruptures d'égalité »¹⁶ ou, pour le dire autrement, il fait « office de 'médiateur' entre le principe général d'égalité et des situations empiriques »¹⁷. Grâce à lui, une dynamique nouvelle s'est inscrite dans notre Constitution¹⁸ et notre loi¹⁹, et elle a pu se diffuser dans la jurisprudence. Pour autant, si le droit à la non-discrimination s'est développé au tournant des années 2000, sous l'impulsion également du droit de l'Union européenne²⁰ et de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme, l'égalité réelle

peine à naître de l'égalité juridique. Comme le soulignait l'exposé des motifs du projet de la loi instituant la première autorité de lutte contre les discriminations, la HALDE²¹, celle-ci devait « répod(re) à la nécessité impérieuse de trouver, dans notre pays, les voies et moyens de lutter efficacement contre les pratiques discriminatoires qui portent atteinte au principe d'égalité et, par là même, à la cohésion sociale ». Depuis plus d'une décennie, s'est ainsi exprimée dans nos institutions, nos pratiques et nos jurisprudences une ambition nouvelle pour la promotion de l'égalité concrète entre les citoyens et les personnes, conduisant à une lutte plus effective contre les discriminations.

Y ont contribué les initiatives de la HALDE, puis du Défenseur des droits, comme les décisions de justice. A cet égard, il est frappant de constater combien les techniques de contrôle se sont renouvelées, à mesure que les chefs de discrimination illicite se sont diversifiés. Le contrôle de proportionnalité s'est en effet approfondi et il s'exerce désormais d'une manière plus concrète, qu'il s'agisse d'examiner les cas de discriminations directes, par exemple liées à l'âge²², au sexe²³ ou au handicap, mais aussi de discriminations indirectes²⁴, en vérifiant que le groupe discriminé bénéficie effectivement de mesures compensatoires adaptées²⁵. La même approche concrète se retrouve, lorsqu'il s'agit d'engager la responsabilité de l'Etat pour rupture de l'égalité devant les charges publiques, par exemple en raison de l'insuffisante accessibilité aux personnes handicapées des bâtiments recevant du public²⁶. Par suite, des éléments essentiels de l'office du juge administratif ont été précisés, eu égard à la spécificité du contentieux des discriminations. C'est le cas notamment de la charge de la preuve, qui a été aménagée pour tenir 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 »²⁷.

Il faut ainsi saluer l'heureuse initiative du Défenseur des droits d'organiser le présent colloque qui permettra de dresser un bilan des avancées jurisprudentielles de la décennie et des nouvelles pratiques contentieuses. Il doit aussi être l'occasion de tracer des perspectives et de formuler des propositions, à l'heure où le Parlement examine la création d'une action de groupe en matière de discrimination au sein du projet de loi sur la « Justice du XXI^{ème} siècle »²⁸. Les réflexions d'aujourd'hui permettront, je l'espère, de ne pas opposer un modèle français, qui serait nécessairement abstrait, ignorant des inégalités réelles et incapable de les résorber, et une approche anglo-saxonne, plus empirique, réactive et donc plus effective. Elles sauront aussi ne pas en rester à une conception

[Retour Index](#)[Notes](#)

mécanique et univoque des relations entre notre ordre juridique et ceux de l'Union européenne comme de la convention européenne des droits de l'Homme, conception selon laquelle il n'y aurait place, entre les Etats et l'Europe, qu'à des alignements, voire des soumissions, ou des rébellions. Il existe en effet un espace de dialogue et des marges d'adaptation et d'appréciation, dans le respect des traditions nationales et des principes fondateurs de l'Union comme de la convention européenne des droits de l'Homme. Les ordres juridiques européens sont, faut-il le rappeler, bâtis sur le principe de subsidiarité²⁹ et c'est une approche non pas cloisonnée, mais intégrée de la lutte contre les discriminations qu'il faut promouvoir. Si des progrès restent nécessaires, notre principe d'égalité n'exclut d'ores et déjà ni la prise en compte des situations concrètes de discrimination, ni l'usage d'outils de prévention, de correction ou de compensation de leurs effets. Sa spécificité tient finalement à la recherche d'un équilibre délicat, mais inévitable que soulignait déjà Jean Rivero : il ne faut ni « perdre de vue la permanence de la personne humaine à travers tous les accidents » ni, à l'inverse, « se confiner dans la seule contemplation de l'essentielle égalité naturelle »³⁰.

Monsieur Jacques Toubon

Défenseur des droits

Monsieur le premier Président,

Monsieur le Procureur général,

Monsieur le Vice-président du Conseil d'État,

Monsieur le Président du Conseil National des Barreaux,

Je voudrais d'abord dire combien nous sommes heureux aujourd'hui de nous retrouver pour ce Colloque dans cette Grand'chambre. Mes premiers mots seront simplement quelques mots de reconnaissance personnelle et sans protocole.

Bien entendu, je voudrais vous remercier tous les quatre qui êtes dans cette affaire nos partenaires principaux, mais aussi dire mes remerciements personnels à certaines personnalités parmi vous tous qui se sont jointes à nous aujourd'hui, Éric Molinié qui a présidé la HALDE, mais je suis aussi sensible à la présence de Mme Champrenault, notre nouveau Procureur général de Paris, qui a pris sur son temps pour être à nos côtés, de Bernard Stirn, le président de la section du contentieux, de Maryvonne de Saint-Pulgent, Présidente de la section des études au Conseil d'État, comme de Hélène Farge, la Présidente de l'Ordre des Avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

Cette liste de remerciements n'est pas exhaustive, mais elle exprime simplement un point de vue personnel et un point de vue du cœur. Je voudrais naturellement remercier les deux animateurs de nos tables rondes, le Professeur Antoine Lyon-Caen, et le premier avocat général François Cordier, qui ce matin et cet après-midi feront avancer nos travaux. Et puis, vous le permettez, je remercierai du fond du cœur ceux qui, chez le Défenseur des Droits, ont assuré l'organisation de ces travaux, naturellement toutes les collaboratrices et tous les collaborateurs du Défenseur qui se sont unis sous la houlette de Sophie Latraverse que je remercie directement.

A mon sens, ce Colloque que nous avons organisé pour les dix ans, n'a pas pour but principal de célébrer un anniversaire. Cela n'aurait aucun intérêt. Je pense qu'il vient à son heure, et il vient à son heure parce qu'après ces

dix années, nous avons incontestablement accompli des progrès dans ce domaine.

Tout à l'heure, le Vice-président du Conseil d'État citait la Constitution. Nous sommes passés de l'égalité devant la loi à l'égalité par la loi et c'est un travail qui se poursuit aujourd'hui dans les instances politiques et parlementaires. Nous allons aujourd'hui voir ce que les juges et les auxiliaires qui les aident à décider ont fait de ces textes, mais il est clair que nous avons avancé. En même temps – et c'est pourquoi l'heure est opportune – nous savons très bien que dans notre société, dans nos sociétés européennes, le sentiment d'injustice, le sentiment de l'inégalité de traitement, et en conséquence, les sentiments de non-appartenance, de non-reconnaissance par la République, sont à l'œuvre.

Vous vous souvenez que lorsque j'ai été amené à expliquer devant les commissions parlementaires qu'elles étaient mes intentions si la fonction de Défenseur des droits m'était conférée, j'ai fortement insisté sur le fait que le Défenseur des droits, à mes yeux, devait essayer de répondre au développement de ces sentiments. Il se passe quelque chose comme si le principe d'égalité n'était plus une réalité pour beaucoup. Et si on prend le mot au sens le plus global, c'est cela la discrimination. C'est effectivement de penser qu'il y a les uns et il y a les autres, et que la République ne nous embrasse pas tous et toutes de la même manière.

Voilà, ce qui, à mon avis, fait qu'aujourd'hui, dans ce Colloque, nous allons non seulement dire beaucoup de tout ce qui a été fait par la justice, judiciaire et administrative, mais aussi que nous allons toucher, je pense, au cœur du malaise – puisque c'est de cela qu'on parle aujourd'hui – de nos sociétés.

Les politiques publiques, naturellement, sont au premier rang pour y répondre et aujourd'hui se prépare un nouveau Comité interministériel égalité et citoyenneté. Mais il est clair que les réponses du droit sont essentielles dans un pays comme le nôtre et de manière générale dans l'Europe de l'état de droit.

Le travail qui a été préparé ne comporte aucune thèse préétablie. Nous allons dire par l'entremise des plus hauts magistrats et des praticiens les plus éminents ce qu'il en est. Pour ma part, cela me paraît une contribution publique essentielle au débat politique et parlementaire et plus modestement, une contribution publique à un accomplissement plus effectif encore de la mission que j'exerce et qui m'oblige.

Table ronde « Les discriminations devant le juge : quel bilan ? »

Présidence :

M. Antoine Lyon-Caen

Professeur émérite à l'Université de Paris Ouest Nanterre La Défense

Propos introductifs

Je vous propose que cette table ronde se déroule sans protocole particulier. L'éminente qualité des participants m'invite à n'en distinguer aucun, à ignorer toute prééminence.

A titre liminaire, je me bornerai à trois observations.

Le seul mérite de l'universitaire ancien que je suis est d'avoir une certaine mémoire des documents et des sujets de recherche. Ces cinquante dernières années ont été le théâtre d'une lente et irrésistible, espérons-le, ascension d'un droit de la non-discrimination. Et il faut attendre 1965 pour que l'Association Capitant adjoigne à l'égalité, à laquelle elle consacre ses journées, la non-discrimination. Cependant dans les rapports, dont celui, remarquable, de Jean Rivero, auquel M le Vice-Président du Conseil d'Etat faisait allusion, l'égalité occupe plus de place que la non-discrimination.

La première thèse importante remonte à 1976. Il s'agit de la thèse publiée en Belgique de M Marc Bossuyt consacrée au principe de non-discrimination en droit européen et en droit international. L'intérêt pour les discriminations croît à la fin des années 1970 et l'on peut aujourd'hui encore consulter, avec profit, les travaux d'un groupe d'études réunissant, à la fin du siècle dernier, universitaires, magistrats, avocats qui préconisaient un changement de la perception et du traitement des discriminations. Ce groupe, auquel Mme Sophie Latraverse apportait son concours précieux reconnaissait que « *changer la loi n'est pas suffisant, puisqu'il s'agit de concepts nouveaux dans le droit français* » et demandait « *qu'existe un lieu nouveau* » une institution « *fonctionnant comme un laboratoire, capitalisant*

les expériences et proposant une lecture des discriminations quelle que soit leur forme, au travers d'une construction conceptuelle qui échappe aux exigences des débats et des conjonctures politiques ».

Ce groupe avait donc réclamé, ou plutôt préconisé la naissance d'une institution destinée à analyser les pratiques discriminatoires, à suggérer des interventions permettant un traitement approprié des discriminations.

La période dont nous allons parler au cours de cette table ronde débute avec le tournant du siècle. C'est en effet alors que leurs réflexions et leurs décisions, des raisonnements qui viennent de la Cour de justice des Communautés européennes, devenue Cour de justice de l'Union européenne. La première décision où se manifeste cette intégration est, sans doute, un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation qui fait mention de la discrimination indirecte. La première décision où, à hauteur de cassation, apparaisse une condamnation pour discrimination indirecte viendra dix ans après.

Ces quelques rapides notations montrent qu'il y a une histoire récente du droit de la non-discrimination, conçu au cours des dernières décennies. Il manque un couronnement, disons une consécration, avec la présence dans les programmes de toutes les universités françaises, et un enseignement de droit de la (non-) discrimination.

Dans l'ascension de ce droit, c'est là ma deuxième observation, le rôle des juridictions a été et reste essentiel. La Cour de justice du Luxembourg a constitué un laboratoire capable d'élaborer de nouveaux raisonnements à partir des deux types de discriminations que considérait initialement le droit communautaire, la discrimination à raison de la nationalité, et la discrimination à raison du sexe, saisie à l'origine seulement par le prisme des rémunérations. La Cour européenne des droits de l'homme ne disposait formellement que de l'article 14 de la Convention qui invitait à une conception plutôt individualiste de la discrimination, parce que discrimination dans la jouissance des droits et libertés consacrés par la Convention. Il a fallu une inventivité importante pour se détacher de cette conception.

La Cour de cassation, pour sa part, n'a pu aborder le droit de la non-discrimination, sans que chacune de ses chambres tienne compte des traits propres aux « *légalités* » dont elle a charge d'assurer le respect. La Chambre criminelle, à raison de la présomption d'innocence et de la structure du droit pénal, est restée aux portes de la discrimination indirecte

et à distance des évolutions du droit de la preuve des discriminations. C'est probablement la Chambre sociale qui a été la première sensible aux raisonnements tenus par la Cour de justice. Quant au Conseil d'Etat, il a, comme son vice-président l'a rappelé, une boussole, le principe d'égalité. Il lui faut donc tisser des liens, entre ce principe et les règles de non-discrimination.

Cette table ronde doit, grâce à la haute représentation de ces juridictions, nous permettre de comprendre au mieux comment chacune d'elles conçoit le droit de la non-discrimination et comment chacune a pu être sensible à l'œuvre des autres, dans ce que le Président Genevois a tôt appelé un « *dialogue des juges* ». Les échanges qui peuvent avoir eu lieu sont moins institutionnels qu'intellectuels. Ces échanges ne sont pas parfaitement libres, car chaque juridiction est contrainte par ses missions propres et les conditions dans lesquelles elle est saisie. Je m'interroge ainsi sur la proclamation par la Cour de justice d'un principe de non-discrimination et sur l'absence de l'expression dans le langage des hautes juridictions françaises.

Dans le troisième temps de cette courte introduction, je formulerai quelques questions qui peuvent nourrir nos réflexions à tous. Dans leur travail sur les règles de non-discrimination, et dans le regard qu'elle a porté sur l'activité des autres juridictions, chacune d'elles a-t-elle évolué ? Peut-on déceler des influences ? Peut-on repérer des moments où des changements se manifestent ? Avec Mme S. Latraverse, je me suis permis de demander à chaque membre de la table ronde d'isoler une ou deux décisions qui lui paraissaient éclairer l'élaboration de la jurisprudence et son orientation. Chacun, bien sûr, est juge de l'échelle pour parler de changement. Chacun nous dira s'il a vu des emprunts, des convergences, des distances maintenues ou accrues. Une belle thèse récente, celle de M. Sweeney, dédiée au dialogue des juges sur l'égalité et la discrimination, fait plutôt apparaître des nuances importantes entre les hautes juridictions notamment sur le rôle de la comparaison et la façon de procéder à une comparaison pour révéler une différence de traitement ou une discrimination. Je ne sais si cette analyse trouvera, dans cette table ronde, confirmation ou infirmation.

Je propose donc à chacun de présenter ses premières réflexions, en donnant la parole successivement à Mme Tulkens, au Président Stirn, au Président Frouin, au Président Guérin, et à M Bonichot.

Les évolutions récentes de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Ses moments forts, ses ressorts, ses dynamiques

Madame Françoise Tulkens

Ancienne juge et vice-présidente de la Cour européenne des droits de l'homme

Professeure émérite de l'Université de Louvain (UCL)

Membre associée de l'Académie Royale de Belgique

Le sujet qui est le mien, celui de l'évolution dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme du principe de non-discrimination³¹ me convient très bien³². Il me permet de développer une hypothèse ou, plus simplement, une intuition. Alors que l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme a eu pendant longtemps une existence assez effacée, au point que certains posaient la question de savoir s'il était vraiment nécessaire³³, il connaît aujourd'hui non seulement une singulière évolution mais peut-être aussi une « profonde mutation »³⁴. Certes, il ne s'agit pas (ou pas encore) de l'élever au rang de norme de *ius cogens* comme le fait la Cour interaméricaine des droits de l'homme³⁵. Néanmoins la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas hésité, notamment dans l'arrêt *Strain et autres c. Roumanie* du 21 juillet 2005, à affirmer que « le droit à la non-discrimination » constitue un « principe fondamental qui sous-tend la Convention »³⁶. Dès lors, on peut à juste titre se demander « si le droit à la non-discrimination n'a pas changé de statut en droit européen des droits de l'homme, si d'un droit subjectif il n'est pas devenu un "principe" – de non-discrimination ou d'égalité – qui ferait office de principe directeur d'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme »³⁷. A cet égard, on peut raisonnablement soutenir que le Protocole n° 12 à la Convention du 4 novembre 2000, entré en vigueur le 1^{er} avril 2005, qui interdit la discrimination dans la jouissance de tout droit prévu par la loi et dans tout acte d'une autorité publique (art. 1), introduit un véritable droit à la non-discrimination³⁸.

Par ailleurs, certains arrêts de la Cour³⁹ montrent bien, comme l'observe S. Van Drooghenbroeck, « que le contentieux de l'égalité et de la non-

discrimination devient le terrain d'élection d'une interprétation évolutive cherchant à indexer la portée de l'article 14 aux conceptions qui prévalent dans une société démocratique »⁴⁰.

Quels sont les traits marquants de l'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ?

1. L'usage et la pratique de l'article 14

Ces dernières années, on constate un usage accru de l'article 14 de la Convention, ce qui traduit la volonté de valoriser cette disposition. Ainsi, par exemple, dans l'arrêt *Chassagnou et autres c. France* du 29 avril 1999, un des premiers arrêts de la « nouvelle » Cour européenne des droits de l'homme, celle-ci examine sous l'angle de l'article 14 deux clauses normatives dont la violation a déjà été constatée⁴¹. D'un droit complémentaire, l'article 14 tend à devenir un droit supplémentaire.

Dans le même registre, on observe aussi un *assouplissement du champ d'application* de l'article 14. D'un côté, la Cour n'hésite pas à privilégier une interprétation dynamique des dispositions de la Convention à travers lesquelles la situation de discrimination doit pouvoir être examinée ou, plus exactement, intégrée. Ainsi, dans l'arrêt *Sidabras et Dziautas c. Lituanie* du 27 juillet 2004, elle a rattaché à l'article 8 de la Convention le libre-choix de l'activité professionnelle⁴². D'un autre côté, la Cour adopte une interprétation plus large du lien de rattachement entre la situation litigieuse et le droit substantiel garanti par la Convention, laquelle débouche sur une forme d'autonomisation de l'article 14. Ainsi, dans la décision *Stec et autres c. Royaume-Uni* du 6 juillet 2005, la Cour estime que « l'interdiction de la discrimination que consacre l'article 14 dépasse (...) la jouissance des droits et libertés que la Convention et ses Protocoles imposent à chaque État de garantir. Elle s'applique également aux droits additionnels, relevant du champ d'application général de tout article de la Convention, que l'État a volontairement décidé de protéger »⁴³. Il s'agit en quelque sorte d'une forme d'émancipation du principe de non-discrimination. Enfin, en conférant à l'article 14 un effet horizontal, la Cour admet que le droit à la non-discrimination trouve également à s'appliquer dans le cadre des relations interindividuelles. Ainsi, par exemple, dans l'arrêt *Membres de la Congrégation des Témoins de Jehovah de Gldani et autres c. Géorgie* du 3 mai 2007, la Cour sanctionne le fait que les autorités nationales n'ont pas pris les mesures nécessaires à la prévention ou à la répression des discriminations commises par des orthodoxes extrémistes⁴⁴.

2. L'élargissement du concept de discrimination

Cet élargissement s'oriente dans différentes directions. Tout d'abord, comme on le sait, le concept de discrimination n'est pas défini dans la Convention européenne des droits de l'homme. Dans ce contexte, l'arrêt *Demir et Baykara c. Turquie* du 12 novembre 2008 est significatif quant à la façon dont la Cour va interpréter l'article 14 de la Convention et appliquer cette disposition en cas de traitement défavorable lié à l'appartenance à un syndicat ou à l'exercice d'une activité syndicale de représentants ou de délégués syndicaux dans le cadre de négociations collectives⁴⁵. Le message le plus important contenu dans l'arrêt *Demir et Baykara* concerne la méthodologie utilisée pour interpréter la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour développe une « méthodologie consolidée » en se référant systématiquement aux normes internationales (du travail) et à la jurisprudence de leurs organes de contrôle respectifs⁴⁶. Elle conclut que, « quand elle définit le sens des termes et des notions figurant dans le texte de la Convention, [elle] peut et doit tenir compte des éléments de droit international autres que la Convention, des interprétations faites de ces éléments par les organes compétents et de la pratique des Etats européens reflétant leurs valeurs communes »⁴⁷. Désormais, la manière dont le concept de discrimination s'entend dans de nombreux instruments internationaux, même de *soft law*, peut devenir un élément pertinent pour la Cour européenne des droits de l'homme⁴⁸.

Ensuite, la Cour a progressivement élargi sinon le concept, en tout cas les formes de la discrimination. De manière classique, l'article 14 de la Convention a toujours interdit les discriminations actives, celles qui frappent des personnes se trouvant dans des situations semblables et qui sont traitées de manière différente⁴⁹. Progressivement, elle a aussi reconnu les discriminations passives, celles qui touchent des personnes qui sont dans des situations différentes et qui sont traitées de manière semblable⁵⁰.

Mais le mouvement ne s'est pas arrêté là. En effet, la recherche de l'égalité substantielle « se nourrit (...) des progrès de la lutte contre les discriminations déguisées »⁵¹. Préparé par la décision *Hoogendijk c. Pays-Bas* du 6 janvier 2005, un pas supplémentaire a été franchi avec l'arrêt *D.H. et autres c. République tchèque* du 13 novembre 2007 où la Cour, dans une affaire qui concernait le placement d'enfants roms dans des écoles spéciales, a consacré l'existence d'une discrimination indirecte⁵². Celle-ci s'observe « lorsqu'une mesure, par l'application de critères neutres, a

priori, envisage des éléments susceptibles de concerner abstraitement l'ensemble des individus mais (...), concrètement, désavantage un groupe qui ne peut être identifié qu'à partir d'un critère interdit (les femmes, les ressortissants étrangers, [les roms,] etc.). Une fois l'effet défavorable établi, l'intérêt du contrôle est de faire peser la charge de la preuve sur le défendeur, c'est-à-dire le plus souvent sur l'autorité publique »⁵³.

En outre, s'agissant de la *preuve* de la discrimination, un des effets de la reconnaissance des discriminations indirectes est un certain détachement du caractère nécessairement intentionnel de la discrimination. Un acte de discrimination peut être commis intentionnellement ou non intentionnellement. L'arrêt *Sampanis et autres c. Grèce* du 9 juin 2008 concernant la non-scolarisation d'enfants roms puis leur scolarisation dans des classes spéciales s'inscrit dans cette voie et ajoute même certains éléments. Ainsi, l'arrêt constate une forte présomption de discrimination car plusieurs incidents de caractère raciste avaient eu lieu dans l'école ; dès lors, la charge de la preuve pèse sur le gouvernement lequel doit démontrer que la différence de traitement résulte de facteurs objectifs non liés à l'origine ethnique des élèves⁵⁴. L'arrêt *Orsus et autres c. Croatie* de la Grande Chambre du 16 mars 2010 concernant le placement d'enfants roms dans des classes composées uniquement de Roms en raison de leur maîtrise insuffisante du croate aboutit en définitive à la même conclusion⁵⁵. Sur le fond, l'intérêt de ces arrêts est de mettre l'accent sur la nécessité d'un enseignement inclusif.

Enfin, même si ce n'est pas entièrement nouveau⁵⁶, dans la foulée de la sanction des discriminations indirectes, la dimension *collective* du droit à la non-discrimination prend une nouvelle ampleur. Ainsi, dans ce même arrêt *D.H. et autres c. République tchèque* que je viens d'évoquer, la Cour sanctionne pour la première fois expressément une discrimination (en l'espèce dans le droit à l'instruction) à l'encontre d'un groupe⁵⁷. Or, les groupes souffrant de discriminations constituent une réalité sociale que la Cour ne peut ignorer même si, disons-le, elle a toujours été timide dans ce domaine. Si certains commentateurs reprochent à la Cour de ne pas développer « un véritable droit des groupes »⁵⁸, d'autres estiment, cependant, que le droit à la non-discrimination comme instrument de protection des groupes susciterait des interrogations au regard de la conception universaliste des droits de l'homme⁵⁹.

3. Des critères suspects

Quel que soit l'angle d'attaque, le « nœud du débat » se situe dans la question de savoir si la différence de traitement constatée a ou non une justification objective et raisonnable⁶⁰. Sur ce point, la jurisprudence de la Cour maintient et confirme ses fondamentaux. Mais, depuis quelques années, la Cour a, pour reprendre l'expression de Heringa⁶¹, introduit l'idée de « critères suspects » : leur utilisation ne peut se concevoir que moyennant des raisons « particulièrement impérieuses » ou encore « des considérations particulièrement graves »⁶². En d'autres termes, certains critères de distinction, explicitement ou implicitement visés par l'article 14, suscitent une suspicion particulière, ce qui introduit l'idée d'une sorte de « hiérarchie des motifs »⁶³, certains ne pouvant être justifiés que par des « considérations très fortes ». Il s'agit, notamment, du sexe et de l'orientation sexuelle, de la nationalité, de la race et, aujourd'hui, de l'état de santé.

Dans l'arrêt *Konstantin Markin c. Russie* du 22 mars 2012 concernant le droit au congé parental, la Cour estime que la différence de traitement opérée en fonction du sexe parmi le personnel militaire emporte violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8. A cet égard, la Cour rappelle que « la progression vers l'égalité des sexes est aujourd'hui un but important des Etats membres du Conseil de l'Europe et que seules des considérations très fortes peuvent amener à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement [fondée sur le sexe] »⁶⁴. En particulier, « des références aux traditions, présupposés d'ordre général ou attitudes sociales majoritaires ayant cours dans un pays donné ne suffisent pas à justifier une telle différence de traitement »⁶⁵.

La nationalité qui, au sein de l'article 14, relève de « toute autre situation »⁶⁶, fait désormais aussi partie de ces critères suspects, traduisant l'idée que « la nationalité aurait perdu l'apparence de légitimité qu'elle pouvait sembler revêtir jadis »⁶⁷. Ainsi, dans l'arrêt *Koua Poirrez c. France* du 30 septembre 2003, qui concernait la différence pour l'obtention d'une allocation d'handicapé entre nationaux et étrangers, la Cour rappelle que « seules des considérations très fortes peuvent l'amener à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement fondée sur la nationalité »⁶⁸. Dans la requête *Andrejeva c. Lettonie*, la requérante invoquait l'article 14 combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1 et se plaignait que l'application des dispositions transitoires de la loi relative aux pensions d'État, en subordonnant à une condition de nationalité la prise en compte de périodes d'emploi effectuées hors de Lettonie, avait entraîné une

discrimination qui l'avait privée de ses droits à pension au titre de dix-sept années de travail⁶⁹. La Cour a fait droit à sa demande en reproduisant la formule des arrêts *Gaygusuz et Koua Poirrez*. Comme l'analyse O. De Schutter, « pratiquement assimilée à une discrimination fondée sur l'origine ethnique ou sur la race, [l'interdiction de la discrimination à raison de la nationalité] semble condamner toute différence de traitement fondée sur le critère de la nationalité ». Les Etats doivent donc, dans leur législation, « épouser les formes de la société multiculturelle : s'interroger toujours sur l'impact qu'ils peuvent avoir sur l'intégration des personnes d'origine étrangère »⁷⁰.

La *race* rentre aussi désormais dans la liste des critères suspects. L'arrêt *Natchova et autres c. Bulgarie* du 6 juillet 2005 est le premier arrêt où la Cour a combiné l'article 2 de la Convention, sous son volet procédural, avec l'article 14, dans le contexte d'un crime de haine⁷¹. Elle affirme de manière générale que « la violence raciale constitue une atteinte particulière à la dignité humaine et, compte tenu de ses conséquences dangereuses, elle exige une vigilance spéciale et une réaction vigoureuse de la part des autorités. C'est pourquoi celles-ci doivent recourir à tous les moyens dont elles disposent pour combattre le racisme et la violence raciste, en renforçant ainsi la conception que la démocratie a de la société, y percevant la diversité non pas comme une menace mais comme une richesse »⁷². La Cour estime dès lors « que tout élément indiquant que des représentants de la loi ont proféré des injures racistes dans le cadre d'une opération impliquant le recours à la force contre des personnes d'une minorité ethnique ou autre revêt une importance particulière lorsqu'il s'agit de déterminer si on est ou non en présence d'actes de violence illégaux inspirés par des sentiments de haine. Lorsque de tels éléments apparaissent au cours de l'enquête, il faut les vérifier et – s'ils sont confirmés – procéder à un examen approfondi de l'ensemble des faits afin de mettre au jour un mobile raciste éventuel »⁷³. En l'espèce, elle estime « que les autorités ont manqué à l'obligation qui leur incombait en vertu de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 2 de prendre toutes les mesures possibles pour rechercher si un comportement discriminatoire avait pu ou non jouer un rôle dans les événements »⁷⁴.

L'état de santé est un motif de discrimination qui est évoqué de plus en plus souvent. Dans l'affaire *I.B. c. Grèce* qui a fait l'objet d'un arrêt du 3 octobre 2013, le requérant, séropositif, fut licencié parce que ses collègues refusaient de travailler avec lui. Il s'agirait apparemment de la première affaire portée devant la Cour sur la question éminemment actuelle de la discrimination pour séropositivité sur le lieu de travail. La Cour de

cassation en Grèce avait jugé que le licenciement était pleinement justifié par les intérêts de l'employeur en ce qu'il servait à rétablir le calme sur le lieu de travail et permettait à la société de fonctionner normalement. La Cour réaffirme sa jurisprudence de principe développée dans l'arrêt *Kiyutin c. Russie* du 10 mars 2011, jugeant que les séropositifs sont un groupe vulnérable victime de préjugés et de stigmatisation et que l'Etat jouit d'une marge d'appréciation étroite s'il choisit de prendre des mesures traitant ce groupe différemment sur la base de la séropositivité⁷⁵. En l'espèce, la Cour conclut que le requérant a été victime d'une discrimination fondée sur son état de santé, contraire à l'article 14 de la Convention en combinaison avec l'article 8. Elle note en particulier qu'il a été licencié parce que son employeur avait cédé aux pressions exercées par ses collègues. Alors que ces derniers avaient été avisés par le médecin du travail qu'il n'y avait aucun risque d'infection, ils ont néanmoins continué d'exprimer leurs réticences à travailler avec le requérant. La Cour estime que les juridictions nationales n'ont pas ménagé un juste équilibre entre l'ensemble des intérêts en cause. En outre, elle relève l'absence de législation ou de jurisprudence constante en Grèce protégeant les séropositifs sur le lieu de travail⁷⁶.

Dans le domaine carcéral, la Cour développe la même jurisprudence, notamment dans l'arrêt *Gulay Cetin c. Turquie* du 5 mars 2013 concernant une différence de traitement injustifiée entre personnes en détention provisoire et personnes condamnées en matière de libération pour raisons de santé⁷⁷, ainsi que dans l'arrêt *Martzaklis et autres c. Grèce* du 9 juillet 2015 concernant les mauvaises conditions matérielles et sanitaires des personnes séropositives détenues à l'hôpital de la prison de Korydallos⁷⁸.

Enfin, la Cour commence à être de plus en plus souvent confrontée à des situations de discrimination fondée sur l'appartenance religieuse, ainsi qu'en témoignent les récents arrêts *Cumhuriyetçi Egitim Ve Kültür Merkezi Vakfı c. Turquie* et *Begheluri et autres c. Géorgie*⁸⁰.

4. Les obligations des États

Comme l'observe Sébastien Van Drooghenbroeck, c'est certainement sur le terrain des obligations positives susceptibles d'être déduites de l'article 14 que la jurisprudence de la Cour a « foncièrement innové ces dernières années »⁸¹.

Des obligations procédurales

L'arrêt *Natchova et autres c. Bulgarie* du 6 juillet 2005 que j'ai évoqué plus haut précise clairement la nature et la portée de ces obligations procédurales : « [L]orsqu'elles enquêtent sur des incidents violents et, en particulier, sur des décès survenus alors que les victimes se trouvaient entre les mains d'agents de l'État, les autorités de l'État ont de surcroît l'obligation de prendre toutes les mesures raisonnables pour découvrir s'il existait une motivation raciste et pour établir si des sentiments de haine ou des préjugés fondés sur l'origine ethnique ont joué un rôle dans les événements. À défaut et si la violence et les brutalités à motivation raciste étaient traitées sur un pied d'égalité avec les affaires sans connotation raciste, cela équivaldrait à fermer les yeux sur la nature spécifique d'actes particulièrement destructeurs des droits fondamentaux. L'absence de distinction dans la façon dont des situations qui sont essentiellement différentes sont gérées peut constituer un traitement injustifié inconciliable avec l'article 14 de la Convention (...). Pour maintenir la confiance du public dans le mécanisme d'application des lois, il s'agit pour les États contractants, dans le cadre d'enquêtes relatives à des incidents impliquant le recours à la force, de veiller à ce qu'une distinction soit établie tant dans le système juridique que dans la pratique entre les affaires où il y a eu recours à une force excessive et celles concernant des meurtres racistes »⁸².

Cette jurisprudence novatrice a été confirmée dans des arrêts plus récents⁸³. Est-elle appelée à se développer et à se diversifier ? Certains le pensent, non sans raison : « Bien que les arrêts *Natchova* [de chambre et de Grande Chambre] ne comportent aucune allusion explicite en ce sens, l'on n'aperçoit pas de motif de cantonner l'obligation procédurale (...) au seul cas de la discrimination raciale et de ne pas l'étendre à d'autres formes de discrimination fondées sur des critères tout aussi suspects »⁸⁴.

Des obligations substantielles

Enfin, l'article 14 peut également être le fondement d'une obligation positive de protection du droit à l'égalité et à la non-discrimination jusque et y compris dans les rapports entre particuliers. « Telle est la conclusion que l'on peut dégager, moyennant une certaine extrapolation, de l'arrêt *Pla et Puncernau c. Andorre* du 13 juillet 2004 »⁸⁵. En l'espèce, la Cour estima contraire à l'article 14 l'interprétation qui avait été donnée par les juridictions andorranes d'une clause testamentaire, en ce que l'interprétation litigieuse avait eu pour effet d'exclure un enfant adoptif de

la qualité de successible. Certes, la Cour rappela qu'il incombe au premier chef aux autorités nationales et, singulièrement, aux cours et tribunaux d'interpréter et d'appliquer le droit interne. « Ce principe, ajoute la Cour, s'applique à plus forte raison dans le cadre de l'interprétation d'un acte éminemment privé tel qu'une clause testamentaire insérée par un particulier dans un testament. Dans un domaine comme celui de l'espèce, les juridictions internes se trouvent à l'évidence mieux placées que le juge international pour évaluer, à la lumière des traditions juridiques locales, le contexte particulier de la controverse juridique qui leur est soumise et les divers droits et intérêts concurrents (...). Appelés à se prononcer dans des litiges de cet ordre, *les autorités nationales et, en particulier, les cours et tribunaux jouissent d'une grande latitude* »⁸⁶. Cela étant, « dans l'exercice du contrôle européen qui lui incombe, la cour ne saurait rester inerte lorsque l'interprétation faite par une juridiction nationale d'un acte juridique (...) apparaît comme étant déraisonnable, arbitraire ou, comme en l'espèce, en flagrante contradiction avec l'interdiction de discrimination établie à l'article 14 et plus largement avec les principes sous-jacents à la Convention »⁸⁷.

Que constate-t-on ? Je reprends ici l'analyse de Sébastien Van Drooghenbroeck. « L'arrêt s'abstient certes d'énoncer explicitement et de manière générale que les États auraient l'obligation positive de combattre les discriminations dans les rapports entre particuliers – obligation qui, au demeurant, est attestée dans le rapport explicatif du Protocole additionnel n° 12. Il sous-entend cependant de manière certaine l'existence d'une telle obligation lorsqu'il impose aux juridictions de privilégier les interprétations “ non discriminantes ” des actes de droit privé. La lecture *a contrario* des critiques adressées à l'arrêt par le juge Garlicki ne laisse pas grand doute sur le fait que, en creux de celui-ci, se trouve bel et bien affirmée l'existence d'une “ applicabilité horizontale indirecte ” de l'article 14 de la Convention »⁸⁸.

Conclusion

Je me limiterai à deux observations.

Tout d'abord, le présent colloque montre bien, comme l'observent E.Emmanuelle Bribosia et Isabelle Rorive, qu'une « approche cloisonnée par ordre juridique ou par juridiction n'est plus suffisante pour saisir les avancées ou les enjeux du droit de la non-discrimination » et elles nous invitent à « privilégier une approche intégrée des instruments et de la jurisprudence des différentes juridictions ou organes de

protection des droits de l'homme au plan européen (Cour de justice de l'Union européenne, Cour européenne des droits de l'homme, Comité européen des droits sociaux, Commission européenne contre le racisme et l'intolérance) et international (Comité des droits de l'homme, Comité pour l'élimination de toute forme de discrimination à l'égard des femmes, Comité pour l'élimination des discriminations raciales, etc.) »⁸⁹.

Ensuite, la discrimination, dont il faut reconnaître qu'elle constitue un véritable fléau et qui se situe au cœur de la dialectique égalité / diversité⁹⁰, débouche en dernière analyse sur un problème de valeurs. Comme le disait déjà Perelman il y a plus de trente ans, la solution ne peut être trouvée que dans la confrontation de la non-discrimination à des déterminants métajuridiques⁹¹. Or, ici, le déterminant essentiel de l'égalité, pour moi c'est tout simplement le concept de justice, c'est tout.

Donc on doit resituer la question de la discrimination dans la dialectique égalité et diversité, mais aussi l'interroger par rapport à ces déterminants métajuridiques.

Propos de transition du professeur Antoine Lyon Caen

Je vous remercie. Une très brève remarque : je m'interroge sur la terminologie de la Cour de Strasbourg qui dans ses décisions, a parlé et parle encore de discrimination masquée, couverte ou déguisée, alors qu'ailleurs l'accent est plutôt mis sur les discriminations dans les effets des règles et pratiques, sur les discriminations structurelles ou encore systémiques. Est-ce l'expression de conceptions différentes ou est-ce, comme l'écume des choses, affaire de pure terminologie ? Je transmets la parole au Président Stirn.

Le juge administratif et les discriminations

Monsieur Bernard Stirn

Président de la section du contentieux du Conseil d'État

Issu de la Déclaration des droits de l'homme, le principe d'égalité est au cœur de l'idéal républicain. Il inspire de longue date la jurisprudence administrative, selon laquelle il se décline en multiples aspects, égalité devant la loi, l'impôt, les charges publiques, le service public, l'accès aux emplois publics. Il « régit le fonctionnement des services publics » selon l'arrêt du Conseil d'État du 9 mars 1951, Société des concerts du conservatoire, qui le qualifie expressément de principe général du droit.

Avec le droit européen, la conception classique de l'égalité évolue vers la non-discrimination. L'article 14 de la convention européenne des droits de l'homme interdit la discrimination, en proclamant que la jouissance des droits et libertés reconnus par la convention doit être assurée « sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ». En des termes voisins, l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne interdit « toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ». Des directives ont précisé les règles, en particulier la directive 2000/43 du 29 juin 2000 relative à l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique et la directive 2000/78 du 27 novembre 2000 sur l'interdiction des discriminations en matière d'accès au travail et à l'emploi. Les deux cours européennes, de Luxembourg et de Strasbourg, font preuve d'une grande vigilance dans la mise en œuvre des impératifs de non-discrimination.

Même imprégné de longue date par le principe d'égalité, le droit national ne pouvait pas ne pas être influencé par les éclairages européens. Il l'a été à la fois sur le plan procédural, au travers d'adaptations des règles de preuve et de recevabilité, et d'un point de vue substantiel, par un renouvellement des problématiques liées à l'égalité.

Le contentieux de discriminations : les adaptations procédurales

Du point de vue procédural, trois séries de jurisprudence sont à relever, qui concernent les règles de preuve, les critères de recevabilité et les particularités des interventions du Défenseur des droits devant le juge administratif.

Les règles de preuve

Les caractéristiques propres au contentieux des discriminations ont rendu nécessaire la définition de règles de preuve spécifiques.

Pour la victime, établir la discrimination est difficile. A l'inverse, il n'est pas possible de faire peser sur la personne ou la collectivité dont le comportement est suspecté de discrimination la charge, par nature excessive, d'une preuve négative.

Aussi la décision d'assemblée du 30 octobre 2009, Mme Perreux, qui a marqué la pleine reconnaissance de l'autorité en droit interne des directives européennes, même non transposées, a-t-elle également posé des règles de preuve propres au droit des discriminations. Cette décision rappelle que, de manière générale, il appartient 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. Il précise 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 ». Un équilibre est alors défini, selon lequel, s'il appartient au requérant qui s'estime lésé par une telle mesure de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de faire présumer une atteinte au principe de non-discrimination, il incombe au défendeur de produire tous ceux permettant d'établir que la décision contestée « repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ». Dans cette dialectique de la preuve, il incombe au requérant d'étayer suffisamment ses allégations et au défendeur de les contrebattre. L'arrêt précise que « la conviction du juge, à qui il revient d'apprécier si la décision contestée devant lui a été prise ou non pour des motifs entachés de discrimination, se détermine au vu de ces échanges contradictoires » et qu' « en cas de doute, il lui appartient de compléter ces échanges en ordonnant toute mesure d'instruction utile ».

Dans l'affaire, tant Mme Perreux elle-même que la Haute autorité de lutte contre les discriminations, qui intervenait au litige en sa faveur, apportaient des éléments permettant de faire présumer que le refus de nommer l'intéressée à un poste de chargé d'enseignement à l'École nationale de la magistrature reposait sur des motifs discriminatoires, liés aux responsabilités syndicales exercées par l'intéressée. Les explications du choix d'un autre candidat apportées par le Garde des sceaux, dans le cadre du débat contradictoire, portant notamment sur les capacités linguistiques de la concurrente de Mme Perreux et sa capacité à s'intégrer dans les équipes pédagogiques de l'École, ont néanmoins convaincu le Conseil d'Etat que la décision arrêtée en définitive ne pouvait être regardée comme entaché de discrimination.

Dans un autre cas, relatif également à la nomination d'un chargé d'enseignement à l'École nationale de la magistrature, la même dialectique de la preuve a, en revanche, conduit quelques mois plus tard le Conseil d'Etat à censurer une discrimination (10 janvier 2011, Mme Lévêque).

Les règles ainsi dégagées font application de principes traditionnels quant aux pouvoirs du juge dans l'instruction des dossiers et à l'établissement de la preuve par le débat contradictoire. Elles les adaptent au contentieux des discriminations en faisant peser sur le défendeur des contraintes particulières dès lors que des allégations suffisamment consistantes sont apportées. La même grille a été retenue dans le contentieux du harcèlement sexuel ou moral (Section, 11 juillet 2011, Mme Montaut).

Les critères de recevabilité

Le contentieux des discriminations a conduit également à des adaptations en matière de recevabilité.

Dans le contentieux de la fonction publique, certaines mesures intéressant les agents sont traditionnellement regardées comme des mesures d'ordre intérieur qui ne sont pas susceptibles de recours. Il en va ainsi notamment de simples changements d'affectation ou d'une modification des tâches, dès lors qu'ils ne touchent pas aux droits statutaires et qu'ils sont sans conséquence sur la rémunération, la carrière ou les responsabilités. Tout en maintenant cette jurisprudence générale, le Conseil d'Etat y a fait une exception, dans le cas où la mesure contestée traduirait une discrimination. En l'absence d'arguments précis et concordants de nature à faire présumer une discrimination, des décisions relatives à l'affectation d'un agent qui ne touchent pas à ses droits statutaires et qui ne portent aucune atteinte à ses perspectives de carrière ni à sa rémunération

constituent des mesures d'ordre intérieur insusceptibles de recours (15 avril 2015, Pôle Emploi).

Les interventions du Défenseur des droits devant le juge administratif

Les relations que le Défenseur des droits entretient lui-même avec les juridictions ont conduit à préciser certaines questions procédurales. Dégagées d'abord à propos de la HALDE, les règles jurisprudentielles sont transposables au Défenseur des droits. Quatre points méritent d'être mentionnés.

Les recommandations formulées par le Défenseur des droits sur les réclamations dont il est saisi (CE, 13 juillet 2007, société Editions Tissot) ne font pas grief et ne sont donc pas susceptibles de recours. Ne fait pas davantage grief le refus de donner suite à une réclamation (CE, 13 juillet 2007, Mme Abric). Cette dernière décision précise toutefois qu'une réponse erronée pourrait constituer une faute de nature à engager la responsabilité de l'Etat.

Le Défenseur des droits peut, d'office ou à la demande des parties, décider de présenter des observations à l'occasion d'un litige pendant devant une juridiction. Son statut est alors particulier. Il n'est pas une partie mais ses écritures sont versées au débat contradictoire sans que le juge ait à se prononcer sur la recevabilité de son intervention. Ses productions sont en conséquence visées sans être analysées et il reçoit copie de la décision rendue (CE, assemblée, 11 avril 2012, GISTI et FAPIL).

En dehors de toute intervention de la part du Défenseur des droits, il arrive que les juridictions s'appuient sur ses constatations et sur ses rapports. Les juridictions peuvent également lui adresser dans tous les cas copie pour information de leurs décisions. Le Conseil d'Etat a fait à plusieurs reprises usage de cette faculté (21 novembre 2012, Guérin ; 16 octobre 2013, Garde des sceaux c/ M.Fuentes ; 4 avril 2014, ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie c/ M. Lambois ; 26 janvier 2015, M. Slama).

Enfin le Défenseur des droits peut lui-même saisir le juge. En particulier lorsqu'il se heurte à un refus de communication de documents, il peut, après une mise en demeure demeurée infructueuse, saisir le juge des référés selon la procédure du référé mesures utiles prévue par l'article L. 521-3 du code de justice administrative.

Le contentieux des discriminations : le renouvellement des problématiques liées à l'égalité

Les problématiques liées aux discriminations ont conduit à préciser la portée du principe d'égalité. Des questions particulières sont apparues dans le droit de la fonction publique. Les discriminations positives ont enfin soulevé des interrogations nouvelles.

Discrimination et principe d'égalité

L'importance prise par les questions de discrimination a conduit le Conseil d'Etat à préciser, comme le Conseil constitutionnel l'a fait de son côté, la portée du principe d'égalité. Deux points forts en ressortent : le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que des situations différentes fassent l'objet de traitements différents ; des raisons d'intérêt général permettent en outre de déroger à l'égalité. Dans les deux cas néanmoins, la différence de traitement doit être en rapport avec l'objet de la norme qui l'établit et elle ne saurait en aucun cas reposer sur des motifs discriminatoires. Une distinction entre des personnes placées dans une situation analogue est discriminatoire si elle n'est pas assortie de justifications objectives et raisonnables, reposant sur des critères en rapport avec les buts poursuivis (CE, 10 avril 2015, société Red Bull on Premise).

Plus nouvelle est la jurisprudence relative aux discriminations selon l'âge.

Les conditions d'âge, minimales ou maximales, pour l'accès à la fonction publique disparaissent. Refuser la promotion au grade de directeur de recherche du CNRS des candidats de plus de 58 ans est une discrimination illégale (CE, 7 juillet 2010, Mme Poliak). La condition d'avoir au moins 40 ans pour se présenter au second concours d'agrégation de droit ne répond pas à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et constitue ainsi une discrimination illégale (CE, 26 janvier 2015, Slama).

Les limites d'âge, parfois qualifiées d'âge couperet, sont en questions, spécialement lorsqu'elles sont inférieures à l'âge retenu de manière générale pour l'admission à la retraite. Par une décision d'assemblée du 4 avril 2014, ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie, le Conseil d'Etat a jugé que la limite d'âge de 57 ans imposée aux contrôleurs de la navigation aérienne était nécessaire à la sécurité publique et proportionnée au but poursuivi, compte tenu des impératifs de vigilance et de concentration auxquels les intéressés doivent satisfaire. Eclairé par les réponses de la Cour de justice à des questions préjudicielles (arrêts de la CJUE du 12 janvier 2010 et du 13 septembre

2011), le Conseil d'Etat a, en revanche, estimé que la limite d'âge de 60 ans imposée aux pilotes d'avion ne répondait pas à des exigences de sécurité publique et constituait une discrimination illégale selon l'âge (22 mai 2015, société Air France).

Après l'introduction par la loi du 15 novembre 1999 du pacte civil de solidarité, le Conseil d'Etat a jugé que les agents mariés, en concubinage ou partenaires du pacte civil de solidarité devaient être traités sinon de manière rigoureusement identique en tout cas sans que le choix qu'ils ont fait de leur mode de vie en commun entraîne des conséquences hors de proportion. Par la décision d'assemblée Villemain du 28 juin 2002, il a ainsi invité le gouvernement à prendre en compte la situation des agents pacsés dans l'attribution des différentes primes liées à la situation de famille. Cette approche est celle de Cour la européenne des droits de l'homme (21 septembre 2010, Manenc c/ France) comme de la Cour de justice (12 décembre 2013, Hay c/ Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime).

Toutes les appréciations qui font entrer en ligne de compte les origines ethniques ou les convictions religieuses sont fermement condamnées comme discriminatoires. En posant à un candidat des questions sur son origine et sur ses pratiques confessionnelles et sur celles de son épouse, le jury entache le concours d'illégalité (CE, 10 avril 2009, El Haddioui).

Les discriminations positives

Rechercher l'égalité peut, dans certains cas, imposer des mesures de correction ou de rattrapage, qui s'analysent comme des discriminations positives. La possibilité d'une telle « affirmative action » a été reconnue par la jurisprudence. Modifiant sa jurisprudence sur la tarification des services publics, le Conseil d'Etat a jugé, par une décision du 29 décembre 1997, commune de Gennevilliers, que l'intérêt général qui s'attache à ce que les enfants puissent, quelles que soient les ressources de leurs parents, fréquenter une école de musique, permettait au conseil municipal de moduler les droits d'inscription au conservatoire de la commune en fonction des revenus des parents. Le Conseil constitutionnel a de même jugé qu'au regard de l'exigence constitutionnelle d'égal accès à l'instruction, la loi pouvait prévoir une voie particulière d'accès à l'Institut d'études politiques de Paris en proposant des conventions à des lycées situés dans des zones d'éducation prioritaire (décision du 11 juillet 2001).

A deux reprises, la Constitution a été modifiée pour permettre à la loi de favoriser l'égal accès des femmes et des hommes, d'abord aux

[Retour Index](#)[Notes](#)

« mandats électoraux et fonctions électives » (révision du 8 juillet 1999) puis à l'ensemble des « responsabilités professionnelles et sociales » (révision du 3 juillet 2008). Seule la loi peut mettre en œuvre les mesures ainsi autorisées par la Constitution (CE, 7 mai 2013, Fédération CFTC de l'agriculture et autres).

En matière de discrimination, les évolutions de la jurisprudence administrative ont ainsi été marquantes au cours des dernières années. Elles invitent ainsi à regarder l'avenir avec confiance, car il est sûr que la voie est ouverte, et parfois avec un peu d'impatience, tant il est certain que le chemin à parcourir demeure important.

Propos de transition du professeur Antoine Lyon Caen

Je vous remercie. Le temps nous sera peut être laissé de revenir sur la question de la bilatéralité de l'égalité, selon l'expression que j'emprunte au Professeur Jouanjan. Sur cette question de la nécessité de traiter de manière différente des personnes et des groupes situés dans des positions différentes, il existe une divergence entre la Cour de justice de l'Union et la Cour européenne des Droits de l'homme d'un côté et les juridictions françaises de l'autre.

Je laisse la parole au Président Frouin.

La lutte contre les discriminations et l'emploi

M. Jean-Yves Frouin

Président de la chambre sociale de la Cour de cassation

On imagine bien que l'emploi, le travail salarié, dans tous ses aspects et dimensions, est un domaine d'élection des discriminations et, partant, de la lutte contre les discriminations.

A cet égard, on peut dire qu'on est en présence, en France, d'une forme de paradoxe mais qui en réalité n'en est pas un : paradoxe, en ce que la lutte paraît être une lutte qui n'en finira jamais, une lutte sans fin, alors même que le dispositif légal destiné à prévenir et réprimer (lato sensu) les discriminations n'a jamais été aussi complet et sophistiqué et ne cesse de s'enrichir de nouvelles dispositions ; mais ce n'est pas un véritable paradoxe, dans la mesure où c'est justement parce que la lutte contre les discriminations est une lutte sans fin que le dispositif légal de prévention et de répression est sans cesse complété pour être amélioré et plus efficace.

Quoi qu'il en soit, et ce sera le sens de ce bref propos, on peut affirmer que le corpus normatif de lutte contre les discriminations dans l'emploi est adapté, très complet en tout cas, même s'il est un peu complexe (1), ce qui permet au juge social de lutter efficacement et effectivement contre les discriminations dans le cadre des contentieux qui lui sont soumis (2).

1. Un corpus normatif (ou dispositif légal) adapté et complet, même s'il est complexe

Il n'y a pas lieu de s'attarder sur le caractère complexe de l'ensemble des textes légaux destinés à empêcher les discriminations dans l'emploi. Ce n'est pas à proprement parler un obstacle ou une difficulté pour le juge mais illustre plutôt notre manière de légiférer qui consiste souvent à superposer les lois les unes aux autres relativement à un même objet, par strates successives, de sorte que des textes traitant de la même question coexistent, sont parfois rédigés en des termes différents et peuvent être situés dans des parties différentes du code du travail, ce qui pose le problème de leur combinaison et de leur harmonisation (ex. Loi n° 2008-

496 du 27 mai 2008 qui comporte des dispositions dans le code du travail et en dehors). Mais dans la pratique contentieuse, ce n'est pas à proprement une difficulté car les dispositions ne sont pas contradictoires entre elles, l'inconvénient n'est donc que de lisibilité de la norme.

Dispositif légal complet et adapté : il est complet en ce sens tout ce qui était possible, et oserait-on dire imaginable, a été prévu pour prévenir, empêcher, punir, mettre fin à une discrimination quel qu'en soit le motif, la nature ou la forme, et à tout ce qui participe d'une discrimination.

Ainsi, le champ de la discrimination est très large et couvre toutes les hypothèses de mesure ou comportement discriminatoire, ce qui se vérifie :

- *quant aux motifs prohibés de discrimination* : ce ne sont pas moins de 25 motifs prohibés de discrimination dans l'emploi qui sont prévus par l'article L. 1132-1 du code du travail (26, si l'on y ajoute l'exercice du droit de grève), série en cours serait-on tenté d'ajouter, puisque le nombre des motifs prohibés de discrimination n'a cessé de s'allonger, le dernier en date étant la discrimination en raison du lieu de résidence de l'intéressé, et pourrait s'allonger encore. On imagine aisément que ces 25 cas de discrimination prohibés correspondent à peu près à tous les traits caractéristiques ou distinctifs de la personne du travailleur qui se peuvent concevoir comme source de différenciation possible (sauf la "fortune" qui n'est pas incluse dans la liste, comme il est noté par G. Auzero et E. Dockès, Droit du travail, Dalloz 2015, n° 687), de sorte qu'on n'est pas loin d'un principe général de non-discrimination qui ne se distinguerait dès lors plus guère de son envers, le principe d'égalité de traitement.
- *quant à la nature de la discrimination* : elle peut être directe, mais également indirecte comme l'envisage depuis longtemps le droit de l'union européenne (mais pas initialement le droit interne).
- *quant à l'incidence et la forme de la discrimination*, la discrimination prohibée s'étend à tous les aspects de la relation de travail et toutes les décisions de nature à l'affecter : recrutement, accès à un stage ou une période de formation, sanction, licenciement, mesure discriminatoire concernant la rémunération, le reclassement, l'affectation, la qualification, la classification, la promotion professionnelle, la mutation, le renouvellement de contrat...

Par ailleurs, les personnes protégées ne se limitent pas aux victimes directes d'une discrimination mais le sont également les personnes qui ont pu témoigner ou relater d'agissements discriminatoires.

Enfin, l'action en justice ayant pour objet la constatation d'une discrimination est organisée de manière à ce qu'elle soit facilitée et, en tout état de cause, à ce qu'elle ne soit pas un obstacle, ce qui se traduit par trois éléments :

- *une preuve facilitée*, avec un mécanisme probatoire en deux temps en vertu duquel la victime n'a que la charge de l'allégation, la charge de la preuve –partant le risque de la preuve– étant supporté par l'auteur supposé de la discrimination.
- *une action de substitution possible*, qui libère le salarié de l'obligation d'engager lui-même l'action en justice, entre les mains des organisations syndicales représentatives et des associations régulièrement constituées pour la lutte contre les discriminations
- *une protection du salarié qui a engagé une action en justice pour discrimination contre une éventuelle mesure de rétorsion à son endroit*, en ce sens qu'est nul et de nul effet le licenciement d'un salarié faisant suite à une action en justice engagée par ce salarié lorsqu'il est établi que le licenciement n'a pas de cause réelle et sérieuse et constitue en réalité une mesure prise par l'employeur en raison de cette action en justice.

Si l'on ajoute à cela qu'il est énoncé par l'article L. 1132-4 que toute disposition ou tout acte pris à l'égard d'un salarié en méconnaissance des dispositions du chapitre sur le principe de non discrimination est nul, ce qui signifie que toute décision, agissement ou comportement discriminatoire, est privé d'effet (i.e. doit être considéré comme n'ayant jamais existé), on voit bien que le dispositif ou corpus légal est complet et virtuellement de nature à permettre une lutte efficace contre les discriminations. Reste à savoir ce que le juge en fait dans sa pratique contentieuse.

2. Une application judiciaire rigoureuse des dispositions légales

Une double observation préalable d'abord, contradictoire d'une certaine manière :

- Le dispositif préventif mis en place à l'initiative d'un délégué du personnel sous la forme d'une procédure d'alerte et d'un règlement amiable ne fonctionne pas (L. 2313-2 du code du travail). Il ne fonctionnait déjà pas s'agissant des atteintes aux libertés individuelles, il ne fonctionne pas s'agissant des comportements discriminatoires auxquels il a été étendu. Il ne fonctionne pas en ce sens qu'il n'est pas utilisé (ou très peu) dans la pratique des relations de travail.
- A l'inverse, le contentieux en matière de discrimination, c'est-à-dire tendant à faire établir l'existence d'une discrimination, n'a cessé de croître au cours des quinze dernières années, c'est-à-dire depuis les premières décisions rendues par la Cour de cassation sanctionnant des comportements discriminatoires, ce qui ne signifie évidemment pas que les discriminations s'accroissent mais que l'action en justice ne fait pas (ne fait plus) peur, même si évidemment c'est assez souvent quand une rupture de la relation de travail a eu lieu qu'est invoquée une discrimination. Et est-il opportun d'ajouter ici, une assez grande diversité des motifs prohibés de discrimination sont allégués et peuvent être retenus par le juge (discrimination ethnique ou en raison de l'origine, en raison de la nationalité, du sexe, de la situation de famille, de l'orientation sexuelle,...) même s'il y a des motifs " dominants " que sont l'état de santé, la discrimination syndicale, l'inégalité professionnelle hommes-femmes.

Cela étant, qu'en est-il de l'application des dispositions légales par le juge ? On peut dire qu'il s'agit d'une application rigoureuse ou si l'on préfère, car le terme d'application rigoureuse n'est pas très heureux, d'une application dans l'esprit, c'est-à-dire dans l'esprit d'un dispositif légal de lutte contre les discriminations.

On peut le constater au travers de plusieurs aspects :

- d'abord, en ce qui concerne l'approche de la notion de discrimination
- ensuite, en ce qui concerne l'application du mécanisme probatoire
- en outre, en ce qui concerne la sanction des discriminations

- enfin, ce qui couvre le tout, en ce qui concerne le contrôle du juge sur le respect des dispositions légales.

Avant d'évoquer l'approche de la discrimination, un mot d'abord sur les situations de travail ou décisions qui peuvent être l'occasion d'une discrimination : Il a été indiqué précédemment que le dispositif légal couvre tout (recrutement, sanction, licenciement), en réalité pas tout à fait, il n'envisage pas la rupture de la période d'essai. On sait que pendant cette période la rupture par l'employeur est discrétionnaire, n'a pas à être formalisée ni motivée. S'en déduit-il qu'elle ne pourrait être discriminatoire, qu'elle ne pourrait tomber sous le coup des dispositions relatives à la discrimination ? C'est ce qui était soutenu à l'appui d'un pourvoi mais ce n'est pas la solution qui a été retenue par la Cour de cassation : les dispositions légales de lutte contre les discrimination sont applicables à la période d'essai (Cass.soc. 16 février 2005, n° 02-43.402, Bull. N° 52).

S'agissant de l'approche de la notion de discrimination

On sait qu'à l'instar du droit de l'union européenne, le droit interne distingue

- *La discrimination directe et la discrimination indirecte* et en reprend les définitions respectives données par les directives communautaires dans la loi du 27 mai 2008 (portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations).
- *La discrimination directe* ne pose en elle-même pas de problème de compréhension ou d'acceptation, sauf à préciser que le droit interne français ne se cale pas exactement sur la définition communautaire : littéralement, c'est la situation dans laquelle, pour un motif prohibé, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable. La Cour de cassation applique cette définition dans un certain nombre de cas, mais elle va au-delà. La définition communautaire laisse en effet supposer qu'une comparaison avec la situation d'un ou plusieurs autres salariés est nécessaire à l'établissement d'une discrimination. Ce n'est pas la position de la Cour de cassation qui décide depuis 2009 (Cass. soc. 10 novembre 2009, n° 07-42.849, Bull. N° 246) que l'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres salariés. On le comprend bien, notamment dans la situation de l'affaire en cause où un salarié faisait valoir qu'après sa participation à un mouvement de grève son évolution de carrière n'avait

plus été la même, ce qui pouvait se vérifier indépendamment de toute comparaison et n'en était pas moins discriminatoire. A vrai dire, il n'est pas sûr qu'il y ait une vraie différence avec l'approche communautaire car il peut être considéré que la personne avec laquelle comparaison est faite peut être une personne virtuelle ou abstraite aussi bien qu'une personne physique très concrète.

On ajoutera simplement, en ce qui concerne la discrimination directe, que même pour la discrimination directement effectuée, la Cour de cassation en a une conception neutre, objective en quelque sorte, indépendante de l'intention de son auteur, c'est le résultat qui est prohibé en lui-même. Ainsi, a-t-il été jugé que la simple évocation de l'activité syndicale dans une fiche d'évaluation est par elle-même considérée comme discriminatoire (Cass.soc. 11 janvier 2012, n° 10-16.655, Bull. N° 8), peu important qu'il n'y ait eu aucune intention de dévalorisation. Et de la même manière, la prise en compte de l'état de santé, motif discriminatoire, dans la décision de l'employeur peut se déduire de la seule irrégularité commise dans la constatation de l'inaptitude pour raison de santé (Cass.soc. 13 janvier 1998, n° 95-45.439, Bull. N° 9). On n'est pas loin dans ces hypothèses de la notion de discrimination indirecte dont on sait qu'elle peut procéder d'un acte d'apparence neutre mais de nature à provoquer de manière indirecte une différenciation selon un critère prohibé.

Alors qu'en est-il précisément de la discrimination indirecte dans l'emploi dans notre contentieux? On peut lire, non sans une certaine surprise, que la Cour de cassation aurait intégré tardivement et avec réticence les discriminations indirectes dans sa jurisprudence (G. Auzero et E. Dockes, *op.cit.* N°689). Le reproche est, semble-t-il, aussi inexact qu'injuste. Ce qui est sûr, c'est que la discrimination indirecte n'a été intégrée dans notre droit positif qu'en 2001. Ce qui est tout aussi sûr, c'est que la discrimination indirecte est par hypothèse une forme sournoise, peu apparente de discrimination, de sorte qu'elle n'est pas souvent alléguée. Or, la Cour de cassation ne se saisit pas elle-même. Sous le bénéfice de ces observations, la Cour de cassation retient assez souvent depuis 2007 des discriminations indirectes, pour des motifs prohibés divers (sexe, âge, santé, grève), l'un des exemples le plus parlant étant l'affaire concernant des personnels de l'opéra de Paris (Cass.soc. 30 septembre 2013, n° 12-14.752 et 12-14.964).

Pour en terminer sur la notion de discrimination directe et de discrimination indirecte, il importe de dire que la distinction est parfois malaisée. Ainsi, dans une hypothèse où la Cour de cassation avait saisi la CJUE d'une demande à l'effet de lui indiquer si une situation déterminée

pouvait caractériser au regard du droit de l'Union européenne une discrimination indirecte, il lui a été répondu par la CJUE que cette situation caractérisait une discrimination directe (Cass.soc. 23 mai 2012, n° 10-18.341 et CJUE 12 décembre 2013, Hay, aff. C-267/12).

Le mécanisme probatoire

La question de la preuve est évidemment la plus sensible en matière de discrimination puisque la discrimination indirecte, c'est certain, mais également la discrimination directe, peuvent se dissimuler derrière des comportements apparemment neutres rendant difficile pour celui qui s'en prétend victime d'établir une discrimination, *a fortiori* dans une relation de travail subordonnée au sein de laquelle la victime est la partie faible, largement privée des moyens d'établir une relation causale entre une différence de traitement à son préjudice et le motif discriminant qui l'inspire.

C'est pourquoi un déplacement de la charge de la preuve a été initié par le droit communautaire, notamment par la directive 97/80/CE du 15 décembre 1997 qui, en son article 4-1, aménageait un mécanisme ne faisant supporter à la victime que l'établissement de faits permettant de présumer l'existence d'une discrimination, à charge ensuite à l'auteur de ladite discrimination de prouver qu'il n'y en avait pas eu.

C'est dans ce contexte normatif d'une directive communautaire relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe que la chambre sociale de la Cour de cassation a fait preuve d'une audace assez inouïe en posant dès 1999 proprio motu une règle de preuve applicable à la preuve des discriminations manifestement inspirée de la directive communautaire mais applicable à toutes les discriminations. La règle était ainsi libellée : Il appartient au salarié qui se prétend lésé par une mesure discriminatoire de soumettre au juge les éléments de fait susceptibles de caractériser une atteinte... et il incombe à l'employeur, s'il conteste le caractère discriminatoire de cette mesure, d'établir que la disparité de situation ou la différence de rémunération constatée est justifiée par des critères objectifs, étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe (Cass.soc. 23 novembre 1999, n° 97-42.940, Bull. N° 447 ; Cass.soc. 28 mars 2000, n° 97-45.258, Bull. N° 126).

C'est cette règle, à peu de chose près, qui a été consacrée dans la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations et se trouve aujourd'hui dans l'article L. 1134-1 du code du travail : lorsque survient un litige en raison d'une méconnaissance des dispositions du chapitre

II, le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte.

Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.

On remarquera au passage que la règle de droit interne française est moins exigeante, plus favorable à la partie demanderesse (comme en réservait la possibilité la directive) que la règle communautaire puisqu'il ne s'agit plus *d'établir des faits permettant de présumer... mais seulement de présenter des éléments de fait laissant supposer...* En somme, la victime n'a que la charge de l'allégation et d'une allégation assez peu étayée puisqu'il lui suffit de présenter des faits laissant supposer, c'est-à-dire au fond - c'est ainsi que le comprend la Cour de cassation - d'établir une différence de traitement corrélée à (et non causée par) un motif prohibé pour qu'il ait été satisfait à la première phase du mécanisme probatoire, après quoi la balle est renvoyée dans le camp du défendeur qui doit, lui, prouver l'extériorité de la mesure à toute discrimination par la justification d'éléments objectifs. C'est cette application du mécanisme probatoire très favorable au demandeur qui a permis au juge de retenir des discriminations particulièrement difficiles à établir comme la discrimination ethnique ou en raison de l'origine.

Le défendeur, c'est-à-dire en clair l'employeur, supporte donc le risque de la preuve.

Il a pu être soutenu devant la Cour de cassation qu'en tant qu'il favorise très largement le demandeur au détriment du défendeur ce mécanisme probatoire méconnaîtrait les exigences du droit au procès équitable, lequel inclut le principe d'égalité des armes, mais le moyen a été écarté par la Cour de cassation au motif qu'eu égard à la nécessité de protéger les droits fondamentaux de la personne concernée, l'aménagement légal des règles de preuve ne méconnaissait pas le principe de l'égalité des armes (Cass.soc. .28 janvier 2010, n° 08-41.959, Bull. N° 28).

Pour être tout à fait complet sur la question de la preuve en matière de discrimination, il est expédient de rajouter deux choses qui renforcent encore la facilitation de la preuve pour la victime d'une discrimination : d'abord, la Cour de cassation exige que si le demandeur à l'instance se

prévaut de plusieurs éléments au soutien de la discrimination dont il se plaint, le juge doit les prendre dans leur ensemble et non séparément pour apprécier s'ils laissent supposer l'existence d'une discrimination (Cass.soc. 29 juin 2011, n° 10-15.792 ; Cass.soc. 26 septembre 2012, n° 11-20.110) ; ensuite, la Cour de cassation admet très largement la possibilité de mesures d'instruction ad futurum, c'est-à-dire en amont du procès (Cass.soc. 4 février 2009, n° 07-42.697, Bull. N° 33), même quand il pourrait apparaître que les mesures ordonnées peuvent être source d'atteintes au respect de la vie personnelle ou au secret des affaires. Ainsi, a-t-il été jugé que le respect de la vie personnelle du salarié et le secret des affaires ne constituent pas en eux-mêmes un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du code de procédure civile, dès lors que le juge constate que les mesures demandées procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées. La procédure prévue par l'article 145 du code de procédure civile n'étant pas limitée à la conservation des preuves et pouvant aussi tendre à leur établissement, c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain qu'une cour d'appel a retenu que les salariées justifiaient d'un motif légitime à obtenir la communication de documents nécessaires à la protection de leurs droits, dont seul l'employeur disposait et qu'il refusait de communiquer (Cass.soc. 19 décembre 2012, n° 10-20.526, Bull. N° 341).

Dans le même ordre d'idées, il a été jugé assez récemment que s'il appartient au salarié, qui invoque un retard de carrière discriminatoire, de présenter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, l'intéressé peut produire, au nombre de ces éléments, un rapport établi par un inspecteur ou un contrôleur du travail, eu égard aux compétences reconnues aux corps de l'inspection du travail, notamment par les articles L. 8112-1 et L. 8112-2 du code du travail, aux prérogatives qui leur sont reconnues par l'article L. 8113-5 du même code et aux garanties d'indépendance dont bénéficient leurs membres dans l'exercice de leurs fonctions, peu important que l'agent de contrôle soit intervenu à la demande de l'une des parties et n'ait pas relevé par un procès-verbal les infractions éventuellement constatées (Cass.soc. 15 janvier 2014, n° 12-27.261, Bull. N° 14.)

La sanction des discriminations

Pour que la lutte contre les discriminations soit effective, il importe que les sanctions soient efficaces, c'est-à-dire dissuasives. A cet égard, le droit positif ne comporte qu'une seule disposition brève, même si elle peut paraître drastique : toute disposition ou tout acte pris à l'égard d'un

salarié en méconnaissance des dispositions du présent chapitre est nul.

On notera d'abord que le texte ne mentionne que le salarié, c'est-à-dire le titulaire d'un emploi, alors que le texte général sur les discriminations évoque le candidat à un emploi, à un stage à une période de formation en entreprise. Il est probable que c'est une maladresse du législateur et qu'il faut comprendre largement la notion de salarié.

Mais le texte, par ailleurs en tant qu'il pose un principe de nullité, paraît viser une décision qui s'incarne dans un acte juridique comme un licenciement ou une sanction disciplinaire, laquelle serait rapportée dès lors qu'elle est inspirée par un motif discriminatoire.

Alors, il est vrai que dans l'hypothèse d'un licenciement ou d'une sanction disciplinaire inspiré par un motif discriminatoire, le licenciement ou la sanction disciplinaire est nul, ce qui signifie que l'acte est réputé n'avoir jamais existé et que, notamment en cas de licenciement, le salarié a droit à sa réintégration et au paiement d'une indemnité égale au montant de la rémunération qu'il aurait dû percevoir entre son éviction et sa réintégration, peu important qu'il ait reçu ou non des salaires ou revenus de remplacement pendant cette période (Cass.soc. 29 mai 2013, n° 11-28.734, Bull. N° 136).

Mais on ne peut évidemment concevoir que seul un licenciement ou une sanction disciplinaire donne lieu à réparation en cas de discrimination, alors que sont interdites toutes les mesures discriminatoires autres qu'une sanction ou la rupture du contrat de travail affectant le déroulement de la relation de travail dans sa continuité.

A partir de là, la Cour de cassation a développé une conception très large de la règle selon laquelle toute disposition ou tout acte pris à l'égard d'un salarié est nul. Cette règle signifie que dans toute la mesure du possible il importe de rétablir la situation du salarié dans la situation où il se serait trouvé s'il n'y avait pas eu de discrimination. C'est le sens de toute la jurisprudence : si la discrimination s'est manifestée par un retard de carrière, le juge doit, si la demande lui en est faite, à la place ou en sus de dommages et intérêts, ordonner le rétablissement de la situation de l'intéressé, sans s'arrêter à l'objection qu'il ne saurait lui-même modifier le contrat de travail ou accomplir un acte relevant du pouvoir de direction de l'employeur (Cass.soc. 10 juillet 2002, n° 00-45.359 : *la réparation intégrale d'un dommage oblige à placer celui qui l'a subi dans la situation où il se serait trouvé si le comportement dommageable n'avait pas eu lieu, et les dispositions de l'article L. 412-2 du Code du travail ne font*

pas obstacle à ce que le juge ordonne le reclassement d'un salarié victime d'une discrimination prohibée ; dans le même sens, Cass.soc. 23 novembre 2005, n° 03-40.826, Bull. N° 332). Ainsi, en cas de retard de carrière, les juges n'hésitent pas à calculer le préjudice subi en reconstituant la carrière du salarié discriminé (Cass.soc. 19 janvier 2011, n° 09-70.076).

Reste une dernière question qui est celle du contrôle du juge de cassation en matière de discrimination

La question est celle-ci : le juge de cassation est un juge du droit, ce qui signifie qu'il n'exerce pas normalement de contrôle sur les constatations et appréciations des faits, non plus que sur les éléments de preuve. Or, en matière de discrimination, qu'il s'agisse des éléments qui laissent supposer l'existence d'une discrimination, ou de ceux qui sont produits pour établir qu'une décision ou mesure était étrangère à toute discrimination, on est beaucoup sur le terrain du fait et on est beaucoup sur le terrain de la preuve.

Est-ce que cela veut dire que le juge du droit laisse une large marge d'appréciation aux juges du fond ou au contraire que dans ce domaine il se fait malgré lui un peu le juge de l'appréciation des éléments de fait et de la bonne application du mécanisme probatoire ?

La réponse est incluse dans la question, s'agissant d'un dispositif légal qui a pour objet de tarir les discriminations.

Le juge de cassation exerce un contrôle strict de la bonne application du mécanisme probatoire (Cass.soc. 29 juin 2001, n° 10-15.792, Bull. N° 166), ce qui signifie qu'il n'hésite pas à censurer les décisions des juges du fond dont les constatations laissent supposer l'existence d'une discrimination sans qu'ils en tirent les conséquences (Cass.soc. 1^{er} juillet 2009, n° 08-40.988, Bull. N° 166) et il exerce également un contrôle étroit sur la justification par l'employeur d'éléments objectifs étrangers à toute discrimination (Cass.soc. 24 septembre 2014, n° 13-10.233, Bull. N° 200) et plus encore lorsque des dispositions légales reprises du droit communautaire énoncent les conditions auxquelles une différence de traitement pourrait être justifiée, comme en matière de discrimination en raison de l'âge ou de l'état de santé (Cass.soc. 29 septembre 2014, n° 13-10.233, Bull. N° 200 ; 9 octobre 2012, n° 11-23.143, Bull. N° 254).

Il suit de l'ensemble de ces considérations que le dispositif légal de lutte contre les discriminations n'est pas dénué d'efficacité au plan contentieux. Mais avant que d'être utile au règlement d'un litige, la règle

[Retour Index](#)[Notes](#)

de droit est d'abord faite pour le prévenir en misant sur le fait qu'elle soit connue et respectée. Connue, elle commence à l'être, mais respectée c'est autre chose, à quoi il importe d'ajouter que la discrimination la plus pratiquée - la discrimination à l'embauche - est incontestablement celle contre laquelle il est le plus difficile de lutter a posteriori par une action contentieuse, pour des raisons de preuve et de sanction faciles à comprendre.

Propos de transition du professeur Antoine Lyon Caen

Dans cette importante contribution, je relèverai, de façon un peu arbitraire, un point. La Chambre sociale de la Cour de cassation prête attention à la corrélation entre les faits allégués et le motif. Elle montre ainsi que le droit de la non-discrimination nous invite à réviser nos conceptions traditionnelles de la causalité. La causalité qui intéresse les pratiques discriminatoires et leurs sanctions n'est pas linéaire.

Je passe la parole au Président Guérin.

Monsieur Didier Guérin

Président de la chambre criminelle de la Cour de cassation

Le droit pénal et la procédure pénale occupent une place particulière en matière de lutte contre les discriminations. Le juge pénal ne dispose pas, pour interpréter les textes sur le droit de la non-discrimination, de la même souplesse que peut avoir le juge compétent en droit administratif ou en droit social puisqu'il est tenu par le principe d'interprétation stricte.

Nous avons pourtant conscience de vivre dans une société où les formes de discrimination sont multiples et conduisent à une segmentation du corps social avec des discours publics fréquemment animés par la volonté de discriminer. Dans cette perspective, il est donc utile de méditer les propos, récemment rappelés par le journal *Le Monde*, que tenait Félix Eboué, en 1937, devant les écoliers de Pointe-à-Pitre, sur la nécessité de « *piétiner les préjugés, tous les préjugés, et d'apprendre à baser l'échelle des valeurs uniquement sur les critères de l'esprit* », en ajoutant : « *les pauvres humains perdent leur temps à ne vouloir considérer que les nuances qui les diffèrent pour ne pas réfléchir à trois choses qui les réunissent : les larmes, le sang et l'intelligence* ». A travers ces réflexions, ce grand Français exprimait bien le contexte dans lequel s'inscrit l'objectif d'égalité poursuivi par les textes sur la non-discrimination.

Les textes fondamentaux posent depuis longtemps les règles de la non-discrimination. Le droit pénal, pour sa part n'est intervenu que très récemment dans ce domaine puisqu'il a fallu attendre la loi du 1^{er} juillet 1972 pour que soit réprimée pénalement la discrimination raciale. L'article 416 du Code pénal est venu ainsi sanctionner le refus de biens ou de services, le refus d'embauche et le licenciement en raison de l'appartenance ou de la non-appartenance de la personne à une ethnie, une nation, une race, une religion. C'était donc la première incursion du droit pénal dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

Les textes pénaux sur la non-discrimination ont ensuite beaucoup évolué. L'article 225-1 du code pénal réprime désormais un très grand nombre de formes de discriminations puisqu'il en est énuméré dix-sept qui prennent des formes très variables et, portent sur des valeurs qui sont de niveau très différent. Il faut aussi reconnaître que certaines peuvent être d'une application malaisée pour le juge pénal. Qu'en est-il par exemple

de poursuites fondées sur le critère de discrimination à raison du lieu de résidence d'une personne ?

Cependant, les éléments constitutifs de ces délits sont très précisément prévus par la loi, dans le respect du principe de légalité des crimes et des délits. En effet, les discriminations pénalement sanctionnées doivent avoir comme objet le fait de refuser la fourniture d'un bien ou d'un service, ou le fait de subordonner une fourniture à une condition fondée sur des formes de discrimination, ou le refus d'embauche, ou le licenciement d'une personne.

Mais on s'aperçoit tout de suite, que sont ainsi incriminés des actes à priori licites mais qui deviennent illicites en raison de la motivation qui anime leurs auteurs, ce qui conduit le juge pénal à un exercice très difficile d'interprétation.

Mon propos va maintenant consister à exposer des questions rencontrées par la chambre criminelle, en commençant par celui de la preuve en matière de discrimination.

Il est de principe que la matière pénale peut s'accommoder d'une règle qui consisterait à créer une présomption d'existence de discrimination, exigeant de la personne mise en cause d'établir qu'il n'y a pas eu la violation prétendue.

Très rapidement, la chambre criminelle s'est donc confrontée à la question de savoir comment pouvait être établies des discriminations qui, par hypothèse, sont de l'ordre de l'intention et donc très difficiles à mettre en évidence. Comment établir qu'une personne qui veut louer un appartement va distinguer les candidats à la location selon leur origine, selon leur race ?

C'est ainsi que la jurisprudence a dû apprécier la légalité du *testing*, c'est-à-dire d'une pratique qui consiste à mettre des personnes en situation de réagir par un acte discriminatoire. Cela s'est ainsi pratiqué en matière de recherche de la preuve de la discrimination raciale à l'entrée de lieux publics tels que les discothèques. La Cour de cassation, par un arrêt du 11 juin 2002 (Bul. crim. n° 131), a admis la possibilité de cette pratique de *testing* en cassant un arrêt d'une cour d'appel qui avait refusé ce moyen de preuve. La Cour de cassation a en effet retenu le principe général selon lequel aucune disposition pénale ne permet au juge répressif d'écarter les preuves obtenues par *testing* au seul motif que ces preuves avaient été obtenues de façon illicite ou déloyale. On soulignera que ce *testing* avait

été mis en place par des particuliers, voire même par des associations de lutte contre le racisme, mais en tout cas pas par l'autorité publique elle-même. Or, on sait que la jurisprudence de la Chambre criminelle s'oriente autour de l'idée qu'il n'est pas possible pour l'autorité publique de provoquer à la commission d'un crime ou d'un délit.

Je signalerai, dans le même esprit un arrêt du 7 juin 2005 (n° 04-87354) qui a également approuvé le recours au *testing* à propos d'une discrimination de candidats à la location par un agent immobilier.

La loi du 31 mars 2006 est venue légaliser la pratique, en intégrant un article 225-3-1 du code pénal, lequel dispose que « *les délits prévus en matière de discrimination sont constitués même s'ils sont commis à l'encontre d'une ou plusieurs personnes ayant sollicité l'un des biens, actes, services ou contrats mentionnés à l'article 225-2 dans le but de démontrer l'existence du comportement discriminatoire, dès lors que la preuve de ce comportement est établie* ». Les travaux préparatoires révèlent les difficultés rencontrées pour adopter cette rédaction. Dans un premier temps, le projet de loi envisageait que les résultats des *testings* soient consignés par un acte d'huissier. Au cours des discussions par le Sénat, cette modalité a été éliminée. Ensuite il a été question de constatation immédiate par les agents de la HALDE. Cette hypothèse a aussi été abandonnée pour en arriver à ce texte que je viens de vous lire.

Il est bien certain qu'à travers cette opération de *testing*, se pose donc la difficulté tenant à une éventuelle provocation à la commission de l'infraction par l'autorité publique. A cet égard, la chambre criminelle a examiné le 4 février 2015 (Bul. crim. n°26), sur une question prioritaire de constitutionnalité sur le *testing*. Elle a estimé sur la question ne posait pas un problème sérieux de nature constitutionnelle dès lors que le texte ne prévoyait aucune dérogation aux règles de poursuite et de jugement des infractions. En outre, elle a relevé que le texte ne permettait au procureur de la République la faculté de provoquer à la commission d'une infraction et le texte ne remettait pas en cause le pouvoir du juge d'apprécier la valeur probante des éléments réunis. En conclusion de cette analyse, il n'est porté aucune atteinte aux droits de la défense ou au droit à un procès équitable.

Il apparaît donc désormais délicat que les opérations de *testing* soient engagées sur instructions du procureur de la République qui les organiserait lui-même, avec le risque d'être perçu comme provoquant à la commission de l'infraction. A cet égard, la loi organique du 29 mars 2011

sur le défenseur des droits offre maintenant un moyen d'organiser sur le plan public les opérations de *testing*, puisque son article 37 autorise que des opérations de *testing* aboutissent à des constats par procès-verbal des agents du défenseur des droits des infractions de discrimination. Ce texte confère donc une prééminence aux agents du défenseur des droits pour aboutir à des constatations de discrimination par voie de *testing*.

A ce stade je poursuivrai mon propos pour souligner comment la jurisprudence de la Chambre criminelle, tout en interprétant strictement les textes, a tout de même reconnu le caractère délictuel de certaines formes de discrimination.

Je rappellerai à cet égard un arrêt du 17 décembre 2002 (Bul. crim. n° 227) qui a mis en évidence une discrimination tout à fait éclatante en raison de l'origine nationale. Une municipalité avait décidé de subordonner l'octroi d'une prime de naissance à une condition de nationalité. La Chambre criminelle, après avoir analysé la décision du conseil municipal prise à l'unanimité, a rejeté les pourvois formés par le maire de la commune et son adjoint condamnés pour discrimination sur le fondement de l'article 225-1 du code pénal. C'était là une illustration importante d'une discrimination en raison de l'origine.

Des arrêts peuvent être relevés en matière de discrimination syndicale. Je citerai un arrêt du 2 septembre 2003 (Bul. crim n° 148) qui portait sur une discrimination résultant du non-maintien dans ses fonctions d'un employé intérimaire délégué syndical au sein de l'entreprise de travail temporaire qui l'employait. En effet, la société qui l'accueillait au cours de ses missions de travail temporaire avait refusé de renouveler sa mission en raison de ses fonctions syndicales : cet obstacle indirect à l'exercice des droits syndicaux constituait une discrimination au sens de la loi pénale.

Autre exemple : par arrêt du 6 mai 2008 (Bul. crim. n° 106), il a été jugé que constituait une discrimination au sens de l'article 225-1 du code pénal le fait de licencier un salarié au motif qu'il avait commis une faute lourde en quittant son entreprise sans autorisation d'absence pour remplir ses fonctions dans un conseil de prud'hommes.

La discrimination peut avoir pour origine la religion. Je citerai un arrêt du 1^{er} septembre 2010 (Bul. crim. n° 127) : au cours de la réunion d'un conseil municipal, le maire avait interdit à l'un des conseillers municipaux de prendre la parole du fait qu'elle portait un signe religieux apparent, un crucifix que cette personne portait discrètement autour du cou. Il a été

jugé que le maire de cette localité ne pouvait légitimement user de son pouvoir de police en privant un élu du pouvoir de s'exprimer à raison du fait qu'elle portait cette croix, le comportement de ce maire étant analysé comme une discrimination réprimée par l'article 432-7 du code pénal.

Dans certains cas, l'application des textes est beaucoup plus délicate pour nous. Je voudrai signaler à ce stade, une affaire qui est revenue à deux reprises devant la Cour de cassation. Dans cette affaire, une entreprise avait été contrainte de signer un engagement auprès d'une autre entreprise des Emirats Arabes Unis qui lui achetait des marchandises en prenant l'engagement de ne pas faire transiter les marchandises par l'intermédiaire d'un transporteur israélien. C'est ainsi que la Cour de cassation a jugé que l'état de nécessité ne pouvait s'appliquer et justifier un comportement discriminatoire dans cette hypothèse. Il est toutefois bien certain que cette entrave à l'exercice de l'activité économique constituait une situation extrêmement complexe et difficile pour l'entreprise mise en cause (Crim. 18 décembre 2007, Bul. crim. n° 312 ; 26 mai 2010, n°09-85973).

Nous avons aussi à plusieurs reprises et encore récemment, des cas dans lesquels le boycott était recommandé à des consommateurs. C'est ainsi que par arrêt du 22 mai 2012 (Bul. crim. n° 131), la Cour de cassation a jugé qu'il y avait provocation à la discrimination dans le cas suivant : des agents de sécurité d'un grand magasin avaient vu des personnes apposer des étiquettes sur des produits venant d'Israël et recommandant aux personnes de boycotter ces produits en affirmant qu'Israël est un Etat qui pratiquait l'apartheid, qui pratiquait le crime contre l'humanité à Gaza, etc. Des poursuites avaient donc été engagées pour provocation à la discrimination de ces produits en raison de leur origine nationale et pour entrave à l'exercice normal de l'activité économique de ces sociétés qui vendaient des produits d'origine israélienne.

Certaines formes de discrimination indirecte ont été clairement écartées du champ d'application de la loi par la jurisprudence de la chambre criminelle.

Je citerai à cet égard un arrêt du 17 juin 2008 (Bul. crim. n° 148) : des personnes voulaient acquérir des immeubles dans une localité de montagne. Le maire de la commune avait exercé le droit de préemption. A la suite de l'exercice de ce droit, une plainte a été déposée par les personnes concernées pour discrimination. La chambre criminelle a jugé que l'exercice du droit de préemption ne saurait constituer un refus du bénéfice d'un droit accordé par la loi au sens de l'article 432-7 du

code pénal. C'est dire que face à cette situation qui était, selon le sens commun, très discriminante puisqu'il s'agissait pour ce maire d'éviter l'implantation de populations d'origine étrangère sur sa commune, il n'a pu être fait qu'une application très stricte de la loi pénale. Encore une fois, je crois que cette affaire est la démonstration que le droit pénal n'est pas forcément l'instrument idéal face à ce genre de situation.

En conclusion, le droit pénal est certainement d'application difficile face à certains comportements de discrimination. On peut toutefois constater qu'il y a des hypothèses où il s'applique sans hésitation aucune. Je relève qu'il en est ainsi essentiellement pour les discriminations raciale, syndicale, religieuse, lesquelles sont des atteintes à des valeurs fondamentales protégées par la Déclaration des droits de l'homme et la Convention européenne des droits de l'homme.

Il convient par ailleurs de reconnaître que la loi pénale a aussi une valeur expressive. Le regroupement au sein d'une incrimination pénale de toutes les formes de discrimination est aussi une façon de montrer l'importance de la valeur protégée et de marquer l'idée que, dans une société d'égalité, les discriminations sous quelque forme que ce soit ne peuvent être tolérées.

Propos de transition du professeur Antoine Lyon Caen

Je vous remercie. Il y a lieu d'attacher la plus grande importance à l'accueil positif réservé par la Chambre criminelle à ce qui peut être appelé les tests de situations. Ce sont des modes de preuve prometteurs face à des discriminations directes. Mais ils ne sont pas utilisables à l'égard des autres formes de discrimination.

Dans sa contribution, le Président Guérin évoque une question majeure, cette conception que le droit pénal retient du motif qu'il rabat sur le mobile, alors que le droit de la non-discrimination, ailleurs, appelle à voir le motif comme une raison, sorte de prémisse logique d'une décision ou d'une action, sans qu'une intention ait à être sondée. Le droit pénal peut-il évoluer ?

Je transmets la parole à M. Bonichot.

Les discriminations devant la Cour de justice de l'Union européenne : quel bilan ?

Jean-Claude Bonichot

Juge à la Cour de justice de l'Union européenne

L'égalité et la non-discrimination font partie des principes généraux du droit de l'Union. Ils ont d'abord été appliqués au marché commun, mais ont rapidement trouvé application aux personnes, et pris un aspect social⁹². Dans son arrêt *Ruckdeschel*, du 19 octobre 1977⁹³, la Cour déclare que l'interdiction des discriminations en raison de la nationalité “ n'est que l'expression spécifique du principe général d'égalité qui appartient aux principes fondamentaux du droit communautaire ”.

La citoyenneté européenne a donné au principe une autre envergure. En effet, selon une formule maintenant consacrée “ *le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres permettant à ceux qui, parmi ces derniers, se trouvent dans la même situation d'obtenir, dans le domaine d'application ratione materiae du traité FUE, indépendamment de leur nationalité et sans préjudice des exceptions expressément prévues à cet égard, le même traitement juridique. Tout citoyen de l'Union peut donc se prévaloir de l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité figurant à l'article 18 TFUE, précisée dans d'autres dispositions du traité et à l'article 24 de la directive 2004/38, dans toutes les situations relevant du domaine d'application ratione materiae du droit de l'Union. Ces situations comprennent, entre autres, l'exercice des libertés fondamentales garanties, notamment par l'article 45 TFUE, et celles relevant de l'exercice de la liberté de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres conférée par l'article 21 TFUE* ”⁹⁴.

La non-discrimination va au-delà du principe d'égalité, tel qu'il est pratiqué en France et se révèle plus exigeante. Alors que le principe d'égalité en droit public français permet au législateur et aux autorités administratives de traiter de manière différente des situations différentes, le principe en droit de l'Union implique en plus une obligation de prendre en compte les différences de situation.

Il n'est évidemment pas possible dans le cadre qui m'a été fixé de passer en revue l'ensemble de la jurisprudence de la Cour de justice⁹⁵. Je voudrais,

dès lors, me limiter, en premier lieu, à rappeler les fondements législatifs du principe, avant de prendre un exemple topique de son application à travers deux arrêts récents de la Cour.

1. Les fondements législatifs du principe de non-discrimination

Le principe est consacré dans les Traités et, depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Il fait également l'objet d'une importante législation.

La jurisprudence de la Cour de justice a été prolongée par les révisions successives du Traité de Rome⁹⁶. L'Acte unique de 1986, le Traité de Maastricht, ceux d'Amsterdam et de Lisbonne ont donné au principe fondamental un contenu normatif croissant, que parachève la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne signée en 2000 et qui a valeur de droit primaire depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009.

L'égalité apparaît dès le préambule du Traité sur l'Union européenne. Il est repris à l'article 2, aux termes duquel “ *L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, **d'égalité**, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la **non-discrimination**, la tolérance, la justice, la solidarité et **l'égalité entre les femmes et les hommes**”.*

L'article 3 donne à l'Union une visée résolument volontariste en ce qu'elle “ *combat (...) les discriminations et promeut (...) l'égalité entre les femmes et les hommes*”.

Le fonctionnement démocratique de l'Union l'oblige, selon l'article 9, à respecter “ *dans toutes ses activités, (...) le principe de l'égalité de ses citoyens, qui bénéficient d'une égale attention de ses institutions (...)*”.

Le TFUE garantit l'égalité entre les sexes à son article 8 : “ *Pour toutes ses actions, l'Union cherche à éliminer les inégalités, et à promouvoir l'égalité entre les hommes et les femmes*”⁹⁷. L'article 10, prévoit que l'Union a comme objectif de “ *combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou*

l'orientation sexuelle ". À cette fin, elle peut depuis le Traité d'Amsterdam, prendre à l'unanimité au Conseil " *les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination* " ⁹⁸ fondée sur ces six motifs et, depuis le Traité de Nice, à la majorité qualifiée, " *des mesures d'encouragement communautaires [...] pour appuyer les actions des États membres prises en vue de contribuer à la réalisation des objectifs [de non-discrimination]* " ⁹⁹.

Le principe d'égalité prend un relief particulier dans le domaine social et du droit du travail ¹⁰⁰.

Le titre du TFUE consacré à la politique sociale fixe à l'Union et aux États membres, entre autres objectifs, celui de " *l'amélioration des conditions de vie et de travail, permettant leur égalisation dans le progrès* " (article 151), ce qui implique, ce doit être relevé, la recherche d'une égalisation des conditions " par le haut ", et non sur le plus faible dénominateur commun. En vue de réaliser cet objectif, l'Union soutient et complète l'action des États membres dans 11 domaines des politiques sociales, dont " *l'égalité entre hommes et femmes en ce qui concerne leurs chances sur le marché du travail et le traitement dans le travail* ". Cette partie de l'article 153 nous vient de la révision d'Amsterdam, puisqu'il embrasse l'égalité des travailleurs non seulement au travail, mais également dans l'accès à celui-ci. Le Traité d'Amsterdam crée de nouvelles possibilités d'harmonisation, car si le principe d'égalité de rémunération des travailleurs masculins et féminins figurait dès l'origine dans le Traité de Rome à son article 119, aucun droit dérivé n'était prévu. Aujourd'hui donc, les possibilités d'harmonisation existent et leur champ s'étend bien au-delà de la rémunération pour atteindre " l'égalité des chances " en matière de travail et d'emploi au sens large.

Le principe d'égalité, à la différence de la non-discrimination en fonction de la nationalité, peut s'appliquer dans des situations qui ne comportent pas d' " *élément d'extranéité* ", ce qui en fait un principe commun à l'ensemble de l'espace européen. Par ailleurs, la création de la citoyenneté de l'Union par le Traité de Maastricht a élargi les possibilités d'invoquer la non-discrimination en fonction de la nationalité dans des matières allant au-delà de la logique de libre circulation des travailleurs, comme c'est le cas en matière d'accès aux prestations sociales ¹⁰¹.

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne consacre tout son titre III à l'égalité. Elle pose les principes de l'égalité en droit, de la non-discrimination, de l'égalité entre les hommes et les femmes en ouvrant la possibilité de discriminations positives et enrôle sous la

bannière de l'égalité aussi bien les droits des enfants que la diversité culturelle, religieuse et linguistique ou les droits des personnes âgées et des personnes handicapées.

Une des différences avec les Traités est que son article 21 proscriit huit motifs supplémentaires de discrimination : il s'agit de " la couleur ", " les origines sociales ", " les caractéristiques génétiques ", " la langue ", les " opinions ", " l'appartenance à une minorité nationale ", " la fortune ", et " la naissance ". La Charte distingue entre " non-discrimination " (article 21) et " égalité de droit " ¹⁰². Son article 23, permet des " actions positives " : " le principe de l'égalité n'empêche pas le maintien ou l'adoption de mesures prévoyant des avantages spécifiques en faveur du sexe sous-représenté ". Le traité permet donc désormais de déroger formellement à l'égalité pour promouvoir une égalité réelle.

Sur ces fondements constitutionnels, s'est développée une importante législation. Ainsi, la Cour de justice peut, à la différence de la Cour EDH, s'appuyer sur une législation détaillée.

Outre la rémunération ¹⁰³, l'exigence d'égalité entre les hommes et les femmes est élargie à l'accès à l'emploi, à la formation et aux conditions de travail notamment par la directive 76/207, du 9 février 1976, qui a donné lieu à des arrêts importants et bien connus, dont l'arrêt du 15 mai 1986, Johnston ¹⁰⁴. Ces directives sont aujourd'hui refondues dans la directive 2006/54, du 5 juillet 2006, relative à la mise en œuvre de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail. Depuis la révision d'Amsterdam ont été adoptées la directive 2000/43, du 29 juin 2000, sur la non-discrimination raciale ou ethnique, la directive 2000/78, du 2 décembre 2000, portant cadre général sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, et la directive 2004/113, du 13 décembre 2004, mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans l'accès à des biens et services et dans leur fourniture, qui vise plus particulièrement à interdire, en dehors du monde du travail, les discriminations fondées sur le sexe, dont fait partie le harcèlement sexuel. La directive 97/80, du 15 décembre 1997, avait déjà imposé au défendeur, dans des litiges posant cette question, de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement dès lors que le plaignant a établi des faits permettant de présumer l'existence d'une telle discrimination.

La législation communautaire permet toutefois de déroger à l'égalité de traitement en droit de l'Union de deux manières. D'une part, la directive

de 1976 a autorisé les États à exclure du champ du principe les activités pour lesquelles, en raison de leur nature ou de leurs conditions d'exercice, le sexe constitue une condition déterminante : les gardiens de prison et les policiers en sont des exemples. D'autre part, en vertu du même texte ainsi que d'une directive de 1992, le principe de l'égalité de traitement ne fait pas obstacle aux dispositions relatives à la protection de la femme, notamment en ce qui concerne la grossesse, la maternité ou le travail de nuit, qui peut être interdit aux femmes enceintes. Par ailleurs, la question du travail de nuit des femmes a donné lieu, à propos d'ailleurs de la législation française, à de vives controverses doctrinales quant à son interprétation par la Cour de justice¹⁰⁵.

De manière générale les autres différences de traitement ne constituent pas des discriminations interdites lorsqu'elles peuvent être " objectivement et raisonnablement justifiées " par certains objectifs d'intérêt général, comme par exemple la politique de l'emploi.

2. Deux exemples topiques de l'application de ces principes par la Cour de justice

Deux affaires récemment jugées par la Cour de justice illustrent de manière très parlante les conditions dans lesquelles est appliqué le principe de non-discrimination. Elles concernent les discriminations fondées sur la race ou l'origine ethnique à propos des roms. La première est intéressante du point de vue institutionnel : la Cour a dû répondre à la question de savoir si une autorité administrative indépendante pouvait ou non la saisir d'une question préjudicielle. La seconde est intéressante du point de vue matériel, car elle concerne l'application de la directive 2000/43, du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre de l'égalité de traitement sans distinction de race ou d'origine ethnique. L'arrêt permet d'aborder la plupart des questions qui se posent en matière de lutte contre les discriminations.

Le point de départ des deux affaires est commun. Dans certains quartiers de certaines villes de Bulgarie, essentiellement mais non exclusivement peuplés de roms, les distributeurs d'électricité¹⁰⁶ installent les compteurs individuels sur les poteaux électriques à une hauteur de 6 à 7 mètres alors que normalement ils se trouvent soit chez le client lui-même, soit dans un endroit aisément accessible...

Les conditions générales de vente figurant dans les abonnements, fixées par l'équivalent de notre autorité de régulation prévoient que normalement les compteurs doivent être accessibles mais que toutefois il peut en aller autrement pour des raisons de sécurité publique, de sécurité de l'alimentation en courant ou de fiabilité du système. Lorsque tel est le cas, le client peut demander la vérification des compteurs qui doit alors avoir lieu dans les trois jours grâce notamment à une nacelle, ou payer un supplément pour avoir un accès visuel.

L'autorité bulgare de lutte contre les discriminations a tendance à y voir une pratique discriminatoire pour des raisons ethniques. Mais la Cour suprême de Bulgarie a censuré cette approche.

Les deux arrêts rendus dans ce contexte assez conflictuel, - *Belov*¹⁰⁷, du 31 janvier 2013 et *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*¹⁰⁸, rendu le 16 juillet 2015 -, sont très riches d'enseignements.

M. Belov, qui est Rom, habite dans la ville de Montana, dans le quartier d'Ogosta. Il s'est plaint de cette pratique à la commission bulgare de lutte contre les discriminations. La commission a fait venir devant elle le distributeur d'électricité, la commission bulgare de régulation de l'eau et de l'énergie et différentes personnes physiques. Compte tenu des arguments des uns et des autres, la commission a considéré qu'une interprétation de la directive 2000/43 était nécessaire et elle a saisi la Cour de justice de questions préjudicielles, au-demeurant très développées. La Cour de justice s'est déclarée incompétente pour y répondre au motif que la commission bulgare de lutte contre les discriminations n'avait pas le caractère d'une juridiction alors que seule une juridiction, au sens de l'article 267 TFUE, peut la saisir d'une question préjudicielle.

Il est vrai que la notion de « juridiction » au sens de la jurisprudence de la Cour de justice portant sur l'application de l'article 267 ne correspond pas forcément à celle de juridiction dans les Etats membres. Elle est sans doute plus large¹⁰⁹. La Cour de justice dit de manière constante que la question de savoir si un organisme national est une juridiction au sens de l'article 267 « relève uniquement du droit de l'Union ».

Il y a très longtemps déjà que la Cour a dégagé une batterie de critères. Ils ont été posés par l'arrêt *Vaassen-Göbels*, du 30 juin 1966¹¹⁰, et sont restés stables : origine légale de l'organisme, permanence, caractère obligatoire de sa juridiction, caractère contradictoire de la procédure suivie devant lui, application de la règle de droit, indépendance. Un organisme peut

d'ailleurs avoir un caractère juridictionnel dans certaines de ses fonctions et pas dans d'autres¹¹¹.

La Cour de justice a bien relevé qu'en l'espèce la commission bulgare avait agi sur plainte, mais elle a considéré que différents éléments s'opposaient à ce que lui soit reconnue la qualité de juridiction :

- D'abord sa faculté d'auto saisine. La commission peut être saisie sur plainte, comme tel avait été le cas en l'espèce, mais elle aurait aussi bien pu se saisir elle-même et la procédure suivie aurait été exactement la même.
- Ensuite la possibilité qui lui était donnée par la loi bulgare d'attirer à la procédure d'autres autorités ou d'autres personnes.
- En troisième lieu la circonstance que, dans le cas où ses décisions sont contestées, la commission ait, devant la juridiction saisie, la qualité de défendeur et qu'elle puisse, d'ailleurs, attaquer le jugement rendu en cas d'annulation de sa décision.
- Enfin, la faculté qui lui est reconnue de retirer ses propres décisions, y compris celles rendues sur plaintes.

A tout cela la Cour de justice a ajouté que la juridiction saisie d'un recours contre une décision de la commission peut elle-même la saisir d'une question préjudicielle et que les plaignants peuvent choisir de ne pas porter leur plainte devant la commission mais saisir directement les juridictions compétentes.

La conclusion est qu'un organisme de ce type est une autorité administrative indépendante et non une juridiction.

Reste la question de savoir si une telle autorité administrative indépendante peut faire valoir son point de vue devant la Cour de justice saisie d'une question préjudicielle. Cela dépend de son statut devant les juridictions nationales. Si elle peut être regardée comme une partie, elle est automatiquement appelée à participer à la procédure préjudicielle en vertu de l'article 23 du Statut de la Cour de justice. La question se pose de savoir si les conditions dans lesquelles le Défenseur des droits peut être amené à intervenir devant les juridictions, prévues par l'article 33 de la loi organique du 29 mars 2011, en font ou non une partie au litige¹¹².

Mais si l'affaire de M. Belov n'est pas venue devant la Cour de justice, celle-ci a malgré tout eu l'occasion de se prononcer sur la question qu'elle posait.

En effet, la Cour a été saisie, cette fois par le tribunal administratif de Sofia, ce qui lui a permis de trancher par un arrêt de grande chambre presque toutes les questions que pose la directive 2000/43 et même au-delà celles que pose de manière générale la lutte contre les discriminations dans une affaire CHEZ Razpredelenie Bulgaria, jugée le 16 juillet 2015¹³.

L'affaire a son origine dans une autre plainte, celle de Mme Nikolova devant la commission bulgare de lutte contre les discriminations. Celle-ci tient une épicerie à Dupnitsa dans un quartier très majoritairement peuplé de Rom : Gizdova mahala. Elle-même n'est pas Rom mais soutient qu'elle se trouve discriminée avec eux. La commission a pris une décision constatant à l'encontre de l'intéressée une discrimination directe et cette décision a été attaquée devant le tribunal administratif de Sofia qui a interrogé la Cour.

La première question abordée par la Cour de justice a été une question préliminaire : celle du champ d'application de la directive. En effet, la société requérante soutenait que la directive ne devait s'appliquer que dans des situations couvertes par le droit de l'Union, ce qui n'aurait pas été le cas. Toutefois la directive prévoit qu'elle vise à éliminer les discriminations dans l'accès aux services et la distribution d'électricité est évidemment un service. La Cour a ajouté, à mon sens de manière surabondante, que si la directive prévoit qu'elle s'applique dans les limites des compétences de l'Union, les textes communautaires relatifs à la fourniture d'électricité prévoient la mise à disposition de compteurs.

La Cour de justice a ensuite été amenée à préciser ce qu'il faut entendre par discrimination fondée sur l'origine ethnique. En effet, la juridiction de renvoi demandait si cela pouvait s'appliquer dans le cas d'un quartier essentiellement mais pas exclusivement habité par des roms. La Cour précise que le critère du droit de l'Union n'est pas la race ou l'ethnie de la personne concernée, du plaignant, mais les raisons tenant à la race ou à l'ethnie pour lesquelles une mesure a été prise. Il en résulte que l'égalité de traitement s'applique à tous ceux qui, même s'ils n'appartiennent pas à telle race ou ethnie, subissent avec ceux qui en font partie un désavantage. Une telle solution est à rapprocher de celle retenue en matière de discrimination fondée sur le handicap¹⁴.

La troisième question venait de ce que la législation nationale ne considérait comme traitement défavorable constitutif de discrimination que le seul traitement qui porterait atteinte à des droits ou à des intérêts légitimes. La Cour considère au contraire que, dès lors que la directive a pour objet de lutter contre toute discrimination, qu'elle soit directe

ou indirecte, la loi bulgare pose une condition supplémentaire qui en restreint le champ d'application et donc celui des garanties procurées par le droit de l'Union. Une telle disposition nationale est donc incompatible avec elle.

La Cour de justice se trouvait ensuite confrontée à une des questions les plus classiques du droit des discriminations : celle du caractère direct ou indirect de celle en cause ici. La distinction est, on le sait, fondamentale. La discrimination directe est purement et simplement interdite. Il n'en va autrement que si la législation communautaire prévoit expressément des exceptions qui d'ailleurs doivent alors s'interpréter strictement¹¹⁵. En revanche, une discrimination indirecte peut être légale si elle est objectivement justifiée et respecte le principe de proportionnalité. Selon la Cour deux éléments sont à prendre en considération. En premier lieu, la circonstance qu'un quartier ne soit pas exclusivement habité par des roms n'est pas de nature à exclure que la discrimination soit directe. Elle est directe si la raison de son existence tient à la race ou à l'ethnie quelle que soit la qualité de ceux qui sont touchés. En second lieu intervient la règle bien connue dans ce domaine du quasi-renversement de la charge de la preuve. Le plaignant doit donner des indices sérieux permettant de présumer le caractère direct de la discrimination et celui à qui elle est imputée doit alors établir que les mesures discutées ne sont pas fondées sur la race ou l'ethnie. La Cour rappelle qu'il appartient certes au juge national d'apprécier ce qu'il en est, mais comme celui-ci avait donné dans son renvoi beaucoup d'éléments, elle saisit l'occasion pour apporter différentes précisions. D'abord, le fait que la mesure contestée n'ait été adoptée que dans des quartiers habités par des roms, que le distributeur d'électricité ait affirmé que les dégradations et branchements illicites sont principalement le fait de roms, tout en se dispensant d'apporter à l'appui de cette affirmation quelque élément de preuve que ce soit au motif que ces faits étaient notoirement connus et que la mesure est en vigueur depuis de nombreuses années, sont de nature à faire pencher pour une discrimination directe. La Cour ajoute que, tous les clients se trouvant par définition dans une situation identique vis-à-vis du distributeur en ce qui concerne le relevé de leurs compteurs, la mesure contestée constitue de toute évidence un « traitement moins favorable » au sens de la directive.

Le tribunal administratif de Sofia demandait toutefois aussi des précisions sur les discriminations indirectes dans le cas où il aurait été amené à conclure qu'il n'y avait pas de discrimination directe. Comme on le sait, il y a discrimination indirecte lorsqu'une personne ou une catégorie de personne est défavorisée par application d'un critère « apparemment

neutre ». Mais une telle discrimination est susceptible de justifications, ce qui distingue radicalement le régime des discriminations directes de celui des discriminations indirectes.

Première question : pour qu'il y ait discrimination indirecte, le désavantage doit-il avoir été provoqué pour des raisons de race ou d'ethnie ? La réponse de la Cour est négative. Le désavantage est un constat purement objectif : une règle semble neutre, mais elle entraîne un désavantage qui touche surtout les membres d'une race ou d'une ethnie. Deuxième précision : pour que le critère discuté soit apparemment neutre, il suffit qu'il ne soit pas en rapport avec un critère prohibé, en l'espèce la race ou l'ethnie. En troisième lieu, la Cour précise qu'il n'y a pas de seuil à rechercher : le désavantage est à prendre en compte même s'il n'est pas grave ou particulièrement significatif. Il en résulte que si la pratique en cause ne devait pas être qualifiée de discrimination directe elle relèverait sans aucun doute possible de la catégorie des discriminations indirectes. Enfin, se posait la question de la justification : une telle pratique est-elle susceptible de justifications ? La notion de justification objective est d'interprétation stricte. Toutefois, des objectifs de sécurité et de lutte contre le vol et les dégradations sont des objectifs légitimes qui peuvent être pris en considération pour justifier une mesure qualifiée de discrimination indirecte. La Cour admet que dans le cas où les vols et les dégradations seraient établies, les mesures en cause pourraient être appropriées et nécessaires, mais elle invite la juridiction de renvoi, le tribunal administratif de Sofia, à se pencher sérieusement sur leur nécessité, dès lors qu'il ressortait du dossier que d'autres compagnies distributrices avaient mis en place des mesures différentes de lutte contre les incivilités. Enfin, il faut vérifier que les inconvénients causés, et notamment le caractère stigmatisant du système, ne soient pas excessifs par rapport aux buts poursuivis, ce que la Cour de justice laisse entendre à la fin de son arrêt tout en laissant, comme c'est normal au juge national le soin de faire les vérifications nécessaires.

Conclusions

Professeur Antoine Lyon-Caen

Un temps devrait être consacré aux débats. Cette fertilisation croisée, malheureusement, n'aura pas lieu en raison des limites du temps que nous devons respecter.

Je me permettrai donc, pour conclure, non de présenter une synthèse, ce qui me conduirait à trahir les propos de chacun, mais d'extraire de ces très riches contributions, quelques interrogations.

La première a trait au motif. Le mot est courant mais ce qu'il désigne n'est pas simple. Deux acceptions sont identifiables. L'une, inscrite dans l'histoire du droit pénal, puise dans l'intention. L'autre plus objective que Charles Eisenmann a mise en valeur, se rapporte à la compréhension d'une action. Le motif est marqué de cette bivalence. Faut-il s'en accommoder ?

Une autre interrogation vient de la liste des motifs de discrimination, liste qui diffère selon les systèmes juridiques, liste qui s'est allongée en droit français au point qu'on en décompte vingt ou plus en droit du travail. Certains critères se prêtent largement au jeu de justifications ou d'usages légitimes, d'autres, moins. Faut-il, comme certains le suggèrent, établir, dans ce ou ces listes, des hiérarchies ?

Une autre interrogation concerne la distinction entre la discrimination directe et la discrimination indirecte. Cette dernière notion a été forgée pour analyser et contrarier les fractures entre les groupes, les défaveurs qui frappent certains et non d'autres. Y a-t-il place dorénavant, comme le suggère un récent arrêt de la Cour de justice, pour des discriminations directes collectives ?

Nous n'avons pas parlé des discriminations multiples, qui traduisent un croisement de critères, une intersection entre eux. Faut-il réserver un traitement particulier, comme le suggèrent certains auteurs ?

Quitte à me répéter, je voudrais encore souligner combien le droit des discriminations nous convie à revoir l'analyse de la causalité. C'est l'occasion dans un dialogue avec les sciences sociales, mais sans doute aussi les sciences de la nature, de soumettre à critique notre façon traditionnelle de penser les conditions de naissance d'un phénomène ou d'une situation, et de renouveler nos façons de penser l'imputation.

[Retour Index](#)[Notes](#)

Cette table ronde a montré une des richesses de notre droit contemporain marqué, selon la formule de Mme Tulkens, par une fertilisation croisée de nos hautes juridictions, nationales et européennes. Elles s'observent, s'étudient, regardent ce que les autres font et s'en inspirent moyennant une acclimatation à leurs caractères propres. Comme l'a dit le Vice-président du Conseil d'Etat, elles reçoivent en transformant à leur manière ce que d'autres ont dit. Cette table ronde, à sa manière, a couronné ce mouvement. Cette fertilisation croisée participe à la lutte contre les inégalités et les discriminations.

II. Stratégies contentieuses et perspectives

Allocution de reprise des débats

M. Pascal Eydoux

Président du Conseil national des barreaux

Monsieur le Premier président de la Cour de cassation,

Monsieur le Procureur général,

Monsieur le Vice-président du Conseil d'Etat,

Monsieur le Défenseur des droits,

Mesdames, Messieurs les hauts magistrats,

Mesdames, Messieurs les Bâtonniers,

Mes chers confrères,

Mesdames, Messieurs,

Je tiens préalablement à remercier Monsieur Jacques Toubon, Défenseur des droits, qui nous réunit ce jour pour célébrer les 10 ans du droit de la non-discrimination. Il est le soutien quotidien des victimes des discriminations, le soutien des avocats dans les prétoires, le lanceur d'alerte à l'égard du politique.

La mission constitutionnelle et les actions du Défenseur des droits sont liées aux principes fondateurs de notre Pacte républicain et du vivre ensemble qui nous unit dans le respect de ses valeurs. Pour ce qui est

de la non-discrimination, autre versant de l'égalité, c'est du rapport à autrui et à l'altérité dans notre société qu'il s'agit. C'est du lien social, de sa force et de sa permanence, entre toutes les composantes de la société qu'il s'agit afin de ne pas en exclure les plus vulnérables. Et c'est au droit que l'on confie le soin de mettre un terme au désordre résultant de discriminations inacceptables.

Par la nature de leur rôle social et de défenseurs des libertés, les avocats sont naturellement très sensibles à ces questions et présents sur les fronts juridiques de la lutte contre les discriminations...

Le Conseil national des barreaux et le Défenseur des droits entretiennent depuis de nombreuses années des liens forts au service de la lutte contre les discriminations. Dès 2006, le Conseil national des barreaux et la HALDE signaient une convention pour sensibiliser les avocats à la lutte contre les discriminations et constituer un réseau d'avocats référents auxquels la HALDE pourrait recourir pour ses interventions en justice. Cette Convention a été renouvelée avec le Défenseur des droits en 2012 et je vous ai promis, Monsieur le Défenseur des droits, de veiller à la faire vivre durant ma présidence.

Car s'il est indéniable que les juges ont joué un rôle déterminant dans la mise en œuvre du principe de l'égalité de droits pour tous, comme nous l'ont exposé les travaux de la matinée, le rôle tenu par les avocats dans cette entreprise est essentiel. C'est souvent parce qu'ils ont su faire œuvre créatrice, qu'ils ont su élaborer des stratégies judiciaires novatrices, souvent inattendues, que le juge a pu ouvrir de nouvelles portes.

Les avocats qui interviendront cet après-midi, bien qu'ils soient d'horizons juridiques divers, ont chacun, dans leur domaine spécifique, porté des dossiers qui ont contribué au développement de la jurisprudence et du droit.

Ce rôle moteur de l'avocat a d'ailleurs précédé le droit à la non-discrimination lui-même, qui est un droit relativement récent.

Laissez-moi vous raconter une histoire d'un temps assez lointain mais finalement assez proche, lointain puisque datant de 1963, mais proche lorsque l'on se rappelle que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen consacrait en 1789, en ses articles 1 et 6, l'égalité en droit.

En 1963, même si la Constitution affirme les droits inaliénables pour tous les êtres humains « sans distinction de race », le droit de la non-discrimination en tant que tel n'existe pas. C'est ainsi qu'en septembre

1963, quand des clients noirs se voient refuser le service au Paris-Londres, un bar parisien proche de la Gare du Nord, il n'existe aucune loi à laquelle ils peuvent faire appel pour sanctionner la discrimination en raison de l'origine.

Les avocats de deux des plaignants décident d'invoquer l'ordonnance 30 juin 1945 sur les prix, visant une disposition conçue pour empêcher les commerçants de retenir des marchandises dans le but de les vendre au marché noir. Cette disposition interdisait en effet « *de refuser de satisfaire [...] aux demandes des acheteurs de produits ou aux demandes de prestations de services lorsque ces demandes ne présentent aucun caractère anormal* ».

Si la décision rendue n'a pu satisfaire les militants de la cause pour l'égalité, le propriétaire, le gérant et le garçon furent tous trois condamnés à une amende pour avoir enfreint l'ordonnance.

Il a fallu attendre la ratification par la France de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale en 1972 pour que notre arsenal juridique, pourtant porté par une longue tradition de défense des droits de l'homme, soit complété d'une loi relative à la lutte contre le racisme et destinée à combattre le racisme sous ses différentes formes.

C'est ensuite la construction européenne, œuvre de paix, qui nous a invités à poursuivre le chemin de la lutte contre les discriminations.

L'égalité constitue une composante fondamentale, un principe « structurel » du droit de l'Union européenne (auparavant droit communautaire). La Cour l'érigeait au rang de principe général et fondamental bien avant que le Traité d'Amsterdam, en 1997, confie à l'Union européenne le devoir de « combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion, les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ».

Après avoir obtenu de nos juridictions suprêmes la consécration de la primauté du droit de l'Union européenne, certains avocats ont su très tôt se saisir des opportunités qui leur étaient offertes par ce système juridique naissant. Ils ont développé des stratégies gagnantes en se fondant sur la primauté du droit européen et en élaborant des analyses juridiques nouvelles s'appuyant sur les textes supra législatifs.

Nombreux sont désormais les arrêts, tant des juridictions de l'ordre judiciaire que des juridictions de l'ordre administratif, qui renvoient, en matière de discrimination, à la primauté du droit communautaire et

qui reprennent les solutions dégagées par la Cour de Justice de l'Union européenne.

La France n'ayant pas ratifié le Protocole numéro 12 à la Convention européenne des Droits de l'Homme, les avocats ont aussi appris à manier avec rigueur et technicité l'article 14 de la CEDH, qui impose une argumentation juridique spécifique dans la mesure où il ne peut être invoqué que couplé à un autre droit consacré par la Convention.

A cet égard, l'actualité nous invite à mentionner le contentieux relatif au droit aux prestations familiales des enfants arrivés en France en dehors du regroupement familial. En tant qu'avocat, on ne peut qu'être déçu par le dénouement de ce contentieux et par l'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme ce jeudi 1^{er} octobre, qui a considéré qu'il était permis de ne pas verser à des parents étrangers d'allocations familiales lorsque leurs enfants, nés à l'étranger, ne sont pas passés par la voie du regroupement familial.

Ce dénouement ne doit pas cependant masquer les nombreuses victoires obtenues en la matière sur le fondement de la non-discrimination.

Les avocats ne se sont pas cantonnés à des analyses juridiques rigoureuses. Ils ont fait preuve d'ingéniosité pour être en mesure de réunir les éléments de fait suffisant à laisser supposer l'existence de discriminations. C'est parce qu'ils ont développé de réelles stratégies de la preuve qu'ont pu émerger des solutions nouvelles.

Car comme le soulignait dès 1995 Hélène Masse-Dessen, avocate au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, en matière de discrimination, la preuve constitue « le problème le plus ardu ».

Et même si depuis la fin des années 1990, sous l'impulsion omniprésente du droit de l'Union européenne, un aménagement de la charge de la preuve a été mis en place et l'accès à la preuve a été facilité, il n'en reste pas moins que le demandeur doit apporter des éléments de fait permettant, à tout le moins, de supposer l'existence d'une discrimination.

En matière de discrimination dans l'emploi, les avocats ont eu l'idée d'élaborer des tableaux comparatifs des évolutions de carrières ou des rémunérations, qui aujourd'hui donnent au juge une grille de lecture palliant la difficulté. En matière de discrimination dans l'emploi liée à l'orientation sexuelle, ils ont su inviter le juge à établir une discrimination sans que cela ne soit subordonné à la production d'une comparaison avec d'autres salariés. Même dans le contentieux du contrôle au faciès, que

vous examinerez cet après-midi, ils ont su apporter la preuve de contrôles discriminatoires alors même que l'essence même de ces contrôles est de ne laisser aucune trace.

Malheureusement, en dépit de ces avancées jurisprudentielles, en dépit de la prise en compte par le législateur de nouveaux chefs de discrimination tels que le lieu de résidence et peut être prochainement la « perte d'autonomie » que le gouvernement souhaite ériger en critère discriminant dans le projet de loi relatif à l'adaptation de la société au vieillissement, **les réponses judiciaires sont trop rares comparées aux inégalités constatées.**

Selon une enquête commanditée par le Défenseur des droits et le Bureau international du travail publiée en janvier 2013, près de la moitié des personnes ayant vécu une discrimination n'engage aucune action.

Plusieurs raisons expliquent ce chiffre alarmant. En France, dans la perception collective, la répression de la discrimination est pénale. Or la lourdeur de la procédure pénale ainsi que son issue aléatoire a tendance à dissuader les victimes de discrimination. Et la victime est souvent seule dans sa mission probatoire.

C'est pour cette raison que la réponse me paraît aujourd'hui devoir être collective et allier deux niveaux.

Le premier niveau se situe sur le terrain de la sensibilisation par le numérique et de l'accompagnement que nous devons collectivement offrir aux victimes de la discrimination.

En janvier 2015, Jacques Toubon lançait une mobilisation pour la défense de l'égalité contre le racisme et réunissait autour de lui plus d'une quarantaine de partenaires, venus de notre profession, du monde associatif, des collectivités territoriales ou encore des grandes entreprises.

Cette mobilisation autour du Défenseur des droits s'est matérialisée par l'ouverture d'une plate-forme numérique pour l'Égalité le 15 septembre dernier.

Elle est à la fois un centre unique de ressources qui informe l'ensemble des citoyens de leurs droits, une entrée dans les dispositifs d'alertes et un premier pas vers l'action en justice des victimes de discrimination. En cela, elle répond au besoin de droit du justiciable, noyé par la somme d'informations habituellement accessible sur la toile sans capacité pour lui de s'en assurer le bien fondé.

Le Conseil national des barreaux est, depuis l'origine, partenaire de cette fabuleuse initiative qui a su mettre à profit les opportunités qui nous sont données par le numérique pour atteindre le plus grand nombre. Il restera aux côtés du Défenseur des droits pour faire vivre cette plateforme, accompagner les victimes de discrimination et leur permettre d'obtenir compensation.

Le second niveau d'action se situe sur le terrain du droit et du recours collectif qu'il est temps d'offrir aux victimes de la discrimination.

Nous en sommes tous convaincus. L'action de groupe accroît le taux de réponse judiciaire des victimes en réduisant les coûts financiers qui sont mutualisés. Elle accroît en outre le taux de réussite judiciaire en facilitant la preuve des faits discriminatoires en raison du grand nombre de cas similaires présentés au même juge. La conséquence directe de ces taux de réponse judiciaire et de réussite judiciaire accrus serait un effet dissuasif fort, autrement dit une incitation majeure en faveur de l'équité, notamment salariale.

De par son caractère collectif, la publicité qui y est attachée et le risque financier qu'elle peut représenter pour les auteurs de discriminations, l'existence même d'une action de groupe pourra à elle seule dissuader la poursuite de pratiques discriminatoires et inciter à davantage d'égalité.

Malheureusement, tant la proposition de loi instaurant une action de groupe en matière de discrimination et de lutte contre les inégalités, déposée en janvier 2014 et examinée par l'assemblée nationale en séance publique le 10 juin 2015, que le projet de loi « Justice du XXIème siècle » entendent conférer le monopole de l'action de groupe aux associations reconnues d'utilité publique, aux associations agréées et aux associations régulièrement déclarées depuis au moins cinq ans dont l'objet statutaire comporte la défense d'intérêts auxquels il a été porté atteinte.

Plus encore que dans tout autre domaine, en matière de discrimination, le filtre de l'association est un frein à l'accès à la justice que l'action de groupe a vocation à promouvoir.

En effet, le monde associatif, généralement spécialisé, ne couvre pas tous les types de discrimination, dont la liste est, comme nous le savons tous ici, amenée à évoluer en fonction de l'évolution de la société.

Lorsque ces associations existent, force est de constater qu'elles ne sont pas toujours suffisamment solides pour s'engager dans des aventures contentieuses. Et même s'il existe des associations suffisamment

solides, l'expérience montre que, dans certains domaines, les victimes ont beaucoup de difficultés à obtenir le soutien des syndicats et des associations pour entreprendre des recours.

En confiant aux associations et syndicats le monopole de l'introduction de telles actions, ces projets de loi ne permettent pas de répondre à l'objectif poursuivi : offrir aux victimes de discrimination un accès plus aisé à la justice.

Le juge doit rester le seul et unique filtre. Imposer le filtre de l'association traduit une défiance tant vis-à-vis des avocats que des juges.

A tout le moins, il conviendrait de supprimer le filtre de l'association, dans 4 cas de figure :

- S'il n'y a pas d'association,
- En cas d'inaction de l'association après mise en demeure,
- En cas d'impossibilité matérielle pour l'association d'agir,
- En cas de conflit d'intérêts de l'association.

Je sais que nous sommes nombreux réunis ici à œuvrer en ce sens, pour replacer le justiciable, la victime de discrimination, au cœur de l'action.

En attendant que nous remportions cette bataille, je vais laisser la parole aux avocats présents cet après-midi qui ont offert aux victimes de discrimination, et plus encore à la lutte contre les discriminations, de belles victoires.

Table ronde « Les discriminations aujourd'hui : quelles stratégies contentieuses ? »

Présidence :

M. François Cordier

Premier avocat général à la chambre criminelle de la Cour de cassation

Propos introductifs

Lamatinéedececolloqueaétél'occasionpourlescourseuropéennes et suprêmes de dresser le tableau de leur jurisprudence dans le domaine des discriminations, de nous faire part des avancées du droit en ce domaine.

Le refus de distinctions injustifiées ou considérées comme telles conduit à des actions sur le terrain judiciaire civil, social ou pénal qui se sont largement diversifiées et demeurent d'actualité. On songe aux arrêts rendus le 24 juin 2015 par la cour d'appel de Paris suite à des contrôles d'identité jugés discriminatoires car opérés uniquement en raison de l'origine ou la couleur de la peau sans qu'une raison précise ait pu être avancée. La chambre criminelle de la Cour de cassation s'est prononcée récemment sur le problème de l'enregistrement des données personnelles relatives à l'orientation sexuelle sans le consentement de la personne à l'occasion du don de sang. Elle aura l'occasion dans les prochains mois de juger que la réglementation interne d'une société même si elle n'est pas portée à la connaissance de ceux auxquels elle s'applique peut constituer le délit de subordination de la fourniture d'un service à une condition discriminatoire réprimé à l'article 225-2 §4° du code pénal. En l'espèce, il s'agissait du règlement interne par lequel une compagnie aérienne refusait de prendre en charge les personnes atteintes d'un handicap

qui n'étaient pas accompagnées, une procédure dans laquelle vous êtes intervenu, Monsieur le Défenseur des droits.

L'actualité, c'est aussi et vous le savez la décision de la Cour européenne des droits de l'homme du 1^{er} octobre 2015 qui a rejeté la requête déposée contre la France par des ressortissants congolais résidant en France qui se plaignaient de ce que le refus de leur accorder le bénéfice des allocations familiales au titre de leurs enfants les ayant rejoints en dehors du regroupement familial avait constitué une discrimination illicite.

Cet après-midi la parole est donnée aux avocats qui ont porté devant les juridictions nationales et ou européennes, dans divers domaines du droit, des procédures afin d'agir contre les discriminations. Ils nous feront découvrir quelles stratégies ils ont mis en œuvre quelles sont les difficultés qu'ils ont pu rencontrer mais aussi les avancées ainsi obtenues ou espérées.

Me Patrice Spinosi abordera le domaine des droits civils et économiques, les discriminations fondées sur la nationalité,

Me Yann Pedler nous fera partager les actions entreprises pour lutter contre l'homophobie de le monde du travail,

Me Emmanuelle Boussard-Verrechia abordera le contentieux de l'égalité homme femme dans l'emploi,

Me Nicolas Demard s'interrogera sur les avantages et les limites de la lutte contre les discriminations sur le terrain pénal,

Le contentieux des contrôle d'identité au faciès sera abordé par Me Félix de Belloy,

Et Pour conclure, Me Véronique Tuffal Nerson avocate au barreau de Paris vice-présidente la commission égalité du conseil national des barreaux envisagera quel pourrait être l'apport du recours collectif en matière de lutte contre les discriminations.

Je vous propose sans plus tarder de commencer cette table ronde dont j'ai tenté de vous donner un aperçu de la diversité et la richesse

Me Spinosi, je vous cède la parole,

Droits civils et économiques et discriminations fondées sur la nationalité

Maitre Patrice Spinosi

Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation

Introduction

Historiquement, la discrimination fondée sur la nationalité apparaissait justifiée. Car selon le Professeur Mathias AUDIT, « *par essence, la nationalité est discriminatoire. Elle répartit les individus en deux catégories, les nationaux d'un côté et les étrangers de l'autre, et associe à cette seconde catégorie un statut moins favorable* » (Professeur Mathias AUDIT, Nationalité et principe de non-discrimination, Recueil Dalloz 2002, p. 1869).

Néanmoins, la légitimité d'une différence de traitement fondée sur la nationalité a de plus en plus été interrogée avec l'évolution de la société et des valeurs qu'elle défend, le phénomène de la mondialisation et l'ouverture progressive des frontières. Ainsi, le principe de non-discrimination à raison de l'origine nationale a été consacré par le législateur (ex : Code du travail, article L.1132-1) et s'est vu reconnaître une valeur constitutionnelle. Par ailleurs, plusieurs instruments internationaux ont été adoptés, qui prohibent la discrimination fondée sur la nationalité, notamment, la Convention Européenne des Droits de l'Homme (art 14), le Traité de Fonctionnement de l'Union Européenne (art. 18 et 19), la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne (art. 21). En outre, les juridictions protectrices des droits de l'homme ont tâché de conserver les discriminations fondées sur la nationalité sous leur regard vigilant.

Pour ne retenir que la jurisprudence de Strasbourg, toute différence de traitement fondée sur la nationalité est appréciée avec beaucoup de rigueur. Et ce, même dans le domaine économique et social où la marge nationale est réduite lorsque la différence de traitement repose exclusivement sur la nationalité (v. Cour EDH, 4e Sect. 21 juin 2011, *Anatoliy Ponomaryov et Vitaliy Ponomaryov c. Bulgarie*, Req. n° 5335/05 ; Cour EDH, 1ère Sect. 28 octobre 2010, *Saidoun c. Grèce et Fawsie c. Grèce*, Resp. Req. n°

40083/07 et 40080/07). La Cour va jusqu'à considérer l'accès à la nationalité elle-même sous le prisme du principe de non-discrimination (v. ainsi Cour EDH, 4e Sect. 11 octobre 2011, *Genovese c. Malte*, Req. n° 53124/09, où la Cour a estimé que le refus d'accorder la nationalité maltaise à un enfant résidant au Royaume-Uni au motif qu'il est issu d'une union hors mariage constitue une discrimination dans la jouissance du droit au respect de sa vie privée - Art. 14 comb. Art. 8).

Pourtant, ce constat selon lequel les différences de traitement fondées sur la nationalité seraient peu tolérées au prisme des droits fondamentaux mérite d'être fortement nuancé. En effet, ainsi que le soulignait déjà en 1990 la professeure Danièle Lochak : « *Bien que l'évolution de la législation aille plutôt dans le sens d'une assimilation croissante des étrangers aux nationaux, d'importantes discriminations n'en subsistent pas moins dans le droit français, notamment dans la sphère économique. [...] Le droit oscille en effet entre un principe universaliste d'égalité, qui conduit à proscrire les discriminations, et un principe réaliste de souveraineté étatique, qui aboutit à multiplier les discriminations fondées sur la nationalité. [...] Ces discriminations paraissent si naturelles qu'on omet en général de s'interroger sur leur légitimité. Et pourtant : est-il certain que la nationalité soit un critère acceptable, un critère légitime de distinction pour instituer des différences de traitement ?* » (D. Lochak, *Les discriminations frappant les étrangers sont-elles licites ?*, Droit social 1990, p. 76).

Si la réponse à cette dernière question est évidemment négative, il n'en demeure pas moins que des discriminations dans la jouissance des droits civils et économiques subsistent et sont même tolérées par les juridictions. Celles-ci sont en effet bien souvent réticentes à censurer les décisions du législateur sur ce critère de la nationalité si lié à la souveraineté.

Ainsi, pour ne prendre qu'un seul exemple – mais récent et flagrant – le Conseil constitutionnel a estimé que réserver aux nationaux français ou citoyens européens la direction d'une entreprise exerçant des activités privées de sécurité n'était pas contraire au principe d'égalité. Dans cette décision, le Conseil a largement renvoyé au pouvoir d'appréciation du législateur : « *En prévoyant la condition de nationalité contestée, le législateur s'est fondé sur un motif d'intérêt général lié à la protection de l'ordre public et de la sécurité des personnes et des biens ; que la différence de traitement qui en résulte est fondée sur un critère en rapport direct avec l'objectif de la loi ;* » (Cons. constit. Décision n° 2015-463 QPC du 09 avril 2015, M. Kamel B. et autre).

Dans ce contexte difficile, où les juges craignent la critique de l'excès de pouvoir juridictionnel et du « Gouvernement des juges », l'action de l'avocat est des plus ardues. Ainsi, même en mobilisant des stratégies judiciaires pour tenter de balayer les différences de traitement fondées sur la nationalité, les résultats sont souvent contrastés.

En ce sens, deux illustrations (**dans les deux cas au nom du Défenseur des droits**) révèlent toutes les forces et toutes les contingences de l'action judiciaire au service de la lutte contre les discriminations fondées sur la nationalité :

- En premier lieu, un exemple de discrimination dans la jouissance de droits civils que constitue le contentieux de droit au mariage des couples homosexuels franco-étranger.
- En second lieu, un exemple de discrimination dans la jouissance de droits sociaux : le contentieux des prestations familiales refusés aux des enfants arrivés en France hors de la procédure de regroupement familial

Or, il y a lieu d'emblée de souligner que le premier terrain (droit civil) est bien plus propice à un contrôle juridictionnel strict que le second (droit sociaux) car pour les droits sociaux, à la sensibilité de la condition de nationalité s'ajoute la grande liberté des Etats pour décider de l'attribution de prestations sociales.

1. Discrimination fondée sur la nationalité dans la jouissance des droits civils : l'exemple du droit au mariage des couples homosexuels franco-étrangers

Civ. 1^{re}, 28 janvier 2015, n°13-50.059

Cet arrêt se prononce sur la conformité à l'ordre public français d'une loi étrangère qui prohibe le mariage entre deux personnes de même sexe. Un homme de nationalité française et un homme de nationalité marocaine, résidant en France, avaient prévu de se marier le 14 septembre 2013. Mais le 12 septembre 2013, le procureur de la République s'est opposé à la célébration du mariage, au motif que la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 faisait obstacle à l'application de l'article 202-1, alinéa 2, du Code civil, lequel dispose que « *deux personnes de même sexe peuvent*

contracter mariage lorsque, pour au moins l'une d'elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'Etat sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet ».

Par jugement du 11 octobre 2013, le Tribunal de grande instance de Chambéry a donné la mainlevée de l'acte d'opposition du procureur de la République au mariage. Par arrêt en date du 22 octobre 2013, la Cour d'appel de Chambéry a confirmé le jugement. Elle motive son arrêt en « *écartant la Convention franco-marocaine au profit des principes supérieurs du nouvel ordre public international instaurés par la loi du 17 mai 2013 et en conséquence en ne reconnaissant pas en l'espèce une supériorité du traité sur la loi suivant le principe habituel de la hiérarchie des normes* ». Le ministère public a formé un pourvoi en cassation contre cet arrêt.

Le ministère public a soutenu que la Cour d'appel a violé l'article 55 de la Constitution en faisant prévaloir les dispositions prévues par l'article 202-1, alinéa 2 du Code civil sur l'article 5 de la Convention franco-marocaine, lequel prévoit que « *les conditions de fond du mariage tels que l'âge matrimonial et le consentement, de même que les empêchements, notamment ceux résultant des liens de parenté ou d'alliance, sont régies pour chacun des futurs époux par la loi de celui des deux Etats dont il a la nationalité* ». En outre, et surtout, il fait valoir que, si l'article 4 de la Convention franco-marocaine énonce que « *la loi de l'un des deux Etats désignés par la présente Convention ne peut être écartée par les juridictions de l'autre Etat que si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public* », l'article 5 de cette Convention n'est pas contraire ni manifestement incompatible à la conception française de l'ordre public international tel qu'envisagé par la loi française du 17 mai 2013. Dès lors, en écartant l'application de cette Convention, la Cour d'appel a violé l'article 3 et les principes du droit international privé.

Le Défenseur des droits a proposé une autre lecture. Dans un premier temps, c'est à raison que la Cour d'appel a mobilisé la clause d'ordre public prévue par l'article 4 de la Convention franco-marocaine pour faire échec à l'application des règles de conflit de loi prévue par la Convention qui faisaient obstacle au mariage de couple de même sexe. L'exception d'ordre public, qui permet au juge d'écarter l'application d'une loi étrangère contraire aux « *principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue* » (Civ. 25 mai 1948, Lautour), est expressément prévue par l'article 4 de la convention franco-marocaine. Or, la loi du 17 mai 2013 a modifié le contenu de l'ordre public français pour y inclure le droit pour les personnes de même sexe de se

marier, ce dont témoignent d'une part les principes fondamentaux qui ont incité le législateur à l'adopter et qui participent de l'ordre public, à savoir le principe d'égalité, et son corollaire le principe de non-discrimination et la liberté du mariage ; d'autre part, la dérogation au principe traditionnel de l'application de la loi personnelle pour l'appréciation des qualités et conditions pour pouvoir contracter mariage qu'elle introduit pour le mariage entre personnes de même sexe (art. 202-1, alinéa 2, du Code civil). Cette dérogation tend à ouvrir très largement ce mariage, ce qui révèle une politique législative spécifique, s'inscrivant dans l'ordre public. Par conséquent, la clause d'ordre public stipulée à l'article 4 de la Convention franco-marocaine devait être mise en œuvre et, partant, l'application de cette Convention devait être écartée.

Dans un second temps, la Convention EDH, qui proscriit toute discrimination fondée sur la nationalité et sur l'orientation sexuelle et qui prévaut sur la convention bilatérale franco-marocaine, s'oppose en tout état de cause à ce qu'il soit fait application de l'article 5 de cette convention. Le Défenseur des droits faisait valoir que dès lors qu'un Etat avait accordé aux personnes du même sexe le droit de se marier, il ne pouvait, sans méconnaître l'article 14 combiné aux articles 8 et 12 de la Convention EDH, en refuser le bénéfice à certaines personnes en raison de leur nationalité. A cet égard, il précisait que ce refus ne pouvait être valablement justifié par l'existence d'une convention bilatérale, puisque la Convention européenne prévaut sur les conventions bilatérales (Cour EDH, 23 février 2012, *Hirsi Jamaa c. Italie* ; Civ. 1^{re}, 17 févr. 2004 (5 arrêts)).

La question de droit posée était de déterminer si le droit accordé aux personnes du même sexe de se marier fait-il partie de l'ordre public français en matière internationale, de sorte que l'application de la convention franco-marocaine doit être écartée au profit de la loi française ?

La première chambre civile a rejeté le pourvoi, aux motifs substitués que « *si, selon l'article 5 de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, les conditions de fond du mariage telles que les empêchements, sont régies pour chacun des futurs époux par la loi de celui des deux Etats dont il a la nationalité, son article 4 précise que la loi de l'un des deux Etats désignés par la Convention peut être écartée par les juridictions de l'autre Etat si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public ; que tel est le cas de la loi marocaine compétente qui s'oppose au mariage de personnes de même sexe*

dès lors que, pour au moins l'une d'elles, soit la loi personnelle, soit la loi de l'Etat sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet ».

Il est possible de faire trois observations sur cette décision.

D'une part, le droit au mariage pour les personnes du même sexe fait partie de l'ordre public international français. La première chambre suit l'avis de l'Avocat général Jean-Dominique Sarcelet, qui avait souligné que « *la loi du 17 mai 2013 a implicitement mais nécessairement modifié l'ordre public international français, de sorte qu'une discrimination à l'accès au mariage fondée sur le sexe justifie l'éviction de l'article 5 de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981* ». Cela est valable pour toutes les conventions passées par la France en matière de statut personnel.

D'autre part, le fait que la première chambre civile ait rejeté le moyen en invoquant la clause d'ordre public n'enlève rien à la pertinence de l'argument subsidiaire tiré de la violation de la CEDH. Ainsi que le souligne le professeur Hugues Fulchiron, « *si le problème était venu devant la CEDH, il eût été difficile de lui faire admettre que certains Français ne puissent se marier en France en raison de la nationalité de leur conjoint, alors que le droit français a fait le choix d'ouvrir le mariage à tous, qu'il a donné à ce choix le plus large rayonnement international possible et que le jeu de l'ordre public, qui fonde les règles dérogatoires édictées par le législateur français à l'article 2021, alinéa 2, du code civil, aurait permis d'éviter une telle différence de traitement...* » (H. Fulchiron, « *le « mariage pour tous » est d'ordre public en matière internationale* », Recueil Dalloz 2015, p. 464).

Invoquer les arguments conventionnels en particulier lors de l'audience relève d'une véritable stratégie judiciaire, afin de signifier à l'Assemblée plénière que faire droit au pourvoi reviendrait à exposer la France à une condamnation assurée à Strasbourg. Ainsi, même si la Cour de cassation ne s'est pas prononcée explicitement sur ce point, cet élément reste déterminant.

Enfin, la portée de l'arrêt est incertaine en raison de la publication d'un communiqué de presse peu fidèle au contenu de l'arrêt. De façon surprenante, le communiqué de presse modifie le sens de l'arrêt en posant des conditions qui ne figuraient pas dans celui-ci. Certes, il rappelle qu'« *on ne peut priver une personne de la liberté fondamentale de se marier, mariage qui, depuis la loi du 17 mai 2013, est ouvert, en France, aux couples de même sexe* ». Mais il restreint immédiatement la portée de cette affirmation, en indiquant que « *néanmoins, la Cour de cassation rappelle que le mariage entre personnes de même sexe n'est reconnu que*

par une minorité d'Etats. Dès lors, elle considère que la loi du pays étranger ne peut être écartée que si l'une des conditions suivantes est remplie : il existe un rattachement du futur époux étranger à la France (dans cette affaire, le ressortissant marocain était domicilié en France) ; l'Etat avec lequel a été conclu la convention, n'autorise pas le mariage entre personnes de même sexe, mais ne le rejette pas de façon universelle. »

2. Discrimination fondée sur la nationalité dans la jouissance des droits économiques : l'exemple du droit à percevoir des prestations familiales des enfants arrivés en France en dehors de la procédure de regroupement familial

Pour mieux saisir **la jurisprudence fluctuante**, il convient d'abord de rappeler brièvement les **règles de droit interne applicables** en la matière et leurs évolutions.

Rappel des règles de droit interne applicables

La loi du 19 décembre 2005, déclarée conforme à la Constitution par une décision du Conseil constitutionnel en date du 15 décembre 2005, et complétée par le décret du 27 février 2006, a restreint le droit des étrangers aux prestations familiales.

Avant l'entrée en vigueur de cette loi, il résultait de l'article L. 512-1 du code de la sécurité sociale (CSS) que toute personne résidant régulièrement en France, quelle que soit sa nationalité, pouvait bénéficier des prestations familiales pour les enfants à sa charge résidant en France.

Depuis l'entrée en vigueur de cette loi, il résulte de l'article L. 512-1 du CSS que les étrangers non ressortissants d'un Etat membre de la Communauté européenne qui résident régulièrement en France peuvent bénéficier de ces prestations à la condition que les enfants qui sont à leur charge et au titre desquels les prestations familiales sont demandées soient entrés sur le territoire français par le biais de la procédure de regroupement familial.

En application de l'article D. 512-2, 2° du CSS, la régularité de l'entrée et du séjour de ces enfants est justifiée par la production du certificat de contrôle médical, lequel est délivré par l'office français de l'immigration et de l'intégration à l'issue de la procédure de regroupement familial.

La question qui se pose ici est de savoir si la différence de traitement instaurée entre les enfants, selon qu'ils sont entrés en France dans le cadre d'une procédure de regroupement familial ou hors procédure de regroupement familial, est constitutive d'une discrimination fondée sur la nationalité. Si c'est le cas, cette discrimination est-elle de nature à entraîner une violation des textes internationaux (CEDH, CIDE, Accords d'association ou de coopération européens) ?

L'évolution de la jurisprudence

La Cour de cassation, comme la Cour européenne des droits de l'Homme, se sont prononcées sur la question de savoir si l'article L. 512-1 du CSS était conforme au principe de non-discrimination en raison de la nationalité.

Les faits sont, à chaque fois, identiques. Un ressortissant étranger résidant régulièrement en France, dont l'enfant mineur est entré sur le territoire national en dehors de la procédure de regroupement familial, demande l'octroi de prestations familiales. La CAF refuse de faire droit à cette demande au motif que le certificat médical attestant de la régularité de l'entrée et du séjour des enfants étrangers en France n'a pas été produit.

a) La jurisprudence de la Cour de cassation

A trois reprises, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a eu à connaître de cette question.

Ass. Plén. 16 avril 2004, n°02-30.157

L'Assemblée plénière semble considérer en 2004 que, pour être conformes aux articles 8 et 14 de la CEDH, les articles L. 5121 et L. 5122 du CSS doivent être interprétés comme permettant aux étrangers résidant régulièrement en France de bénéficier des prestations familiales pour leurs enfants, quand bien même ces derniers seraient entrés sur le territoire national sans que n'ait été respectée la procédure de regroupement familial. Le critère déterminant étant alors la régularité du séjour du parent allocataire. Deux « réserves » sont à apporter. La question de savoir si cette solution n'est pas limitée à l'hypothèse dans laquelle les enfants étrangers sont entrés en France avec leurs parents, comme c'était le cas en l'espèce. En outre, cet arrêt a été rendu avant l'entrée en vigueur de la loi du 19 décembre 2005, laquelle semble avoir remis en cause la solution adoptée dans cet arrêt.

En l'espèce, une femme de nationalité congolaise a sollicité le bénéfice des prestations familiales à compter du 1^{er} mars 1993 en faveur de ses deux

enfants mineurs nés au Congo et entrés en France avec elle en 1991. Un certificat médical a été délivré par l'Office des migrations internationales le 1^{er} février 1995, puis produit à la CAF. Cette dernière accorda les prestations familiales à partir du 1^{er} février 1995, mais refusa de les verser pour la période antérieure à la délivrance du certificat médical.

La Cour d'appel a accueilli la demande de prestations familiales pour la période antérieure à la délivrance du certificat médical. Le moyen faisait valoir que les droits ne pouvaient être ouverts avant que les enfants ne soient titulaires des pièces justifiant de la régularité de leur situation sur le territoire français, à savoir le certificat de contrôle médical

L'Assemblée plénière rejette le pourvoi. Après avoir rappelé que « *selon les articles L. 5121 et L. 5122 du Code de la sécurité sociale, les étrangers résidant régulièrement en France avec leurs enfants mineurs bénéficient de plein droit des prestations familiales* », elle juge que la Cour d'appel, qui constatait que la requérant résidait régulièrement en France depuis 1991 avec ses deux enfants, en avait exactement déduit, par une interprétation des textes précités, conforme aux exigences des articles 8 et 14 de la Convention EDH, que les prestations familiales étaient dues à compter du 1^{er} mars 1993 (c'est-à-dire pendant la période antérieure à la période visée par l'obligation de délivrance du certificat attestant de la régularité de l'entrée des enfants en France).

Dans le Rapport annuel 2008 de la Cour de cassation consacré aux discriminations, il est indiqué que cet arrêt « a marqué la volonté de la Cour de cassation, dans sa formation plénière, d'interpréter l'article L. 512-1 du code de la sécurité sociale à la lumière de la jurisprudence européenne, en considérant que la jouissance de prestations sociales comme les prestations familiales, doit, sauf raisons objectives et impérieuses, être assurée sans distinction aucune fondée notamment sur l'origine nationale » (Rapport 2008, p. 70).

Ass. Plén. 3 juin 2011 (2 arrêts : n°09-71.352 et 09-69.052)

L'Assemblée plénière refuse de faire prévaloir, comme en 2004, les textes internationaux, et juge que les nouvelles dispositions législatives et réglementaires « *qui revêtent un caractère objectif justifié par la nécessité dans un Etat démocratique d'exercer un contrôle des conditions d'accueil des enfants, ne portent pas une atteinte disproportionnée au droit à la vie familiale garanti par les articles 8 et 14 de la Convention [européenne], ni ne méconnaissent les dispositions de l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant* ». Ainsi, la discrimination est justifiée.

L'Assemblée plénière est saisie par la deuxième chambre civile, laquelle avait considéré, dans un arrêt du 15 avril 2010, que « *la production du certificat médical exigée à l'appui de la demande de prestations familiales du chef d'un enfant étranger [...] répondant à l'intérêt de la santé publique et à l'intérêt de la santé de l'enfant [...] ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit à la vie familiale* ». Dans ces deux arrêts, la question de la violation des articles 8 et 14 de la Convention européenne était posée à l'Assemblée plénière de la Cour de cassation. Mais, cette fois-ci, cette dernière refuse de faire prévaloir les textes internationaux sur la législation interne, laquelle a évolué avec la loi du 19 décembre 2005 et le décret du 27 février 2006. En effet, l'Assemblée plénière affirme dans ses deux arrêts que les nouvelles dispositions législatives et réglementaires « *qui revêtent un caractère objectif justifié par la nécessité dans un Etat démocratique d'exercer un contrôle des conditions d'accueil des enfants, ne portent pas une atteinte disproportionnée au droit à la vie familiale garanti par les articles 8 et 14 de la Convention [européenne], ni ne méconnaissent les dispositions de l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant* ». Dès lors, encourt la censure l'arrêt d'une Cour d'appel, qui, pour accueillir la demande du requérant, avait considéré que la nouvelle réglementation portait « *une atteinte disproportionnée au principe de non-discrimination en raison de l'origine nationale et au droit à la protection de la vie familiale garantis par les articles 8 et 14 de la Convention européenne* ».

L'Assemblée plénière ne nie pas le caractère discriminant de la législation, mais elle considère que cette discrimination est justifiée, d'où le constat de l'absence de violation des textes internationaux. Pour la période postérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 19 décembre 2005, le bénéfice des prestations familiales est subordonné à la production du certificat médical délivré à l'issue de la procédure de regroupement familial.

Ass. Plén. 5 avril 2013 (2 arrêts : n°11-17520 et 11-18.947)

D'une part, il s'agit de la confirmation de la solution retenue dans les arrêts du 3 juin 2011 en ce que les articles L.512-2 et D. 512-2 du CSS ne violent ni les articles 8 et 14 de la CEDH, ni la Convention internationale des droits de l'enfant.

D'autre part, la Cour déclare qu'en présence d'un accord d'association ou de coopération entre l'Union européenne et l'Etat étranger dont le requérant est ressortissant, d'effet direct, applicable aux prestations familiales, et interprété par la CJUE comme interdisant toute discrimination fondée sur la nationalité de sorte que les ressortissants de cet Etat résidant légalement dans un Etat membre doivent être traités de la même

manière que les nationaux de l'Etat membre d'accueil, l'application des articles L.512-2 et D.512-2 du CSS qui, en ce qu'ils subordonnent l'octroi de prestations familiales à la production du certificat médical, instituent une discrimination fondée sur la nationalité, doit être écartée.

La première affaire concerne un ressortissant algérien qui réside régulièrement en France et dont la fille mineure est entrée en France en dehors de la procédure de regroupement familial. Le requérant a sollicité auprès de la CAF le bénéfice de prestations familiales pour cet enfant, qui a refusé de faire droit de sa demande. Sa réclamation auprès de la commission des recours amiables a été rejetée. La Cour d'appel a rejeté sa demande d'allocations familiales pour la période postérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 19 décembre 2005 au motif que le certificat de contrôle médical délivré par l'ANAEM n'avait pas été produit. Le moyen invoquait en ses trois premières branches, la violation des articles 8 et 14 de la CEDH, 3-1, 26 et 27 de la Convention internationale des droits de l'enfant, 14 de la CEDH et 1^{er} du Protocole additionnel à cette Convention et en sa quatrième branche, la violation des articles 68 et 69 de l'Accord d'association entre l'Union européenne et l'Algérie, signé le 22 avril 2002, et l'article 11 de la Directive 2003/109/CE du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants des pays tiers de longue durée.

L'Assemblée plénière a rejeté les trois premières branches du moyen, en reprenant dans les mêmes termes la solution qu'elle avait adoptée en 2011, selon laquelle les articles L. 512-2 et D. 512-2 du CSS « *ne portent pas une atteinte disproportionnée au droit à la vie familiale garanti par les articles 8 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ni ne méconnaissent les dispositions de la Convention internationale des droits de l'enfant* ». Elle confirme ainsi le principe posé par les arrêts du 3 juin 2011.

Elle accueille cependant le moyen en sa quatrième branche, aux motifs qu'« *il se déduit de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (...) qu'en application de l'article 68 de l'accord euro-méditerranéen susvisé, d'effet direct, applicable aux prestations familiales (...), l'absence de toute discrimination fondée sur la nationalité dans le domaine d'application de l'accord implique qu'un ressortissant algérien résidant légalement dans un Etat membre soit traité de la même manière que les nationaux de l'Etat membre d'accueil, de sorte que la législation de cet Etat membre ne saurait soumettre l'octroi d'une prestation sociale à un tel ressortissant algérien à des conditions supplémentaires ou plus rigoureuses par rapport à celles applicables à ses propres ressortissants ; qu'il en résulte que l'application*

des articles L. 5122, D. 5121 et D. 5122 du code de la sécurité sociale qui, en ce qu'ils soumettent le bénéfice des allocations familiales à la production du certificat médical délivré par l'Office français de l'intégration et de l'immigration à l'issue de la procédure de regroupement familial, instituent une discrimination directement fondée sur la nationalité, devait être écartée en l'espèce ; »

La Cour reconnaît un effet direct à l'accord d'association entre l'UE et l'Algérie. S'agissant des ressortissants algériens, la subordination du bénéfice des allocations familiales à la production du certificat médical délivré par l'Office français de l'intégration et de l'immigration institue une discrimination directement fondée sur la nationalité en violation de l'accord susvisé.

La deuxième affaire concerne des faits similaires s'agissant d'un ressortissant turc. La Cour d'appel a, pour annuler la décision de la commission de recours amiable refusant de faire droit à la demande de prestations familiales, appliqué la jurisprudence *Sürül* du 4 mai 1999 de la CJUE et, partant, considéré qu'en application de l'article 3 § 1 de la décision 3/80 du conseil d'association CEETurquie du 19 septembre 1980, relative à l'application des régimes de sécurité sociale des Etats membres des Communautés européennes aux travailleurs turcs et aux membres de leur famille, applicable aux prestations familiales aux termes de son article 4, l'absence de toute discrimination fondée sur la nationalité dans le domaine d'application de cette décision implique qu'un ressortissant turc visé par cette dernière soit traité de la même manière que les nationaux de l'Etat membre d'accueil, de sorte que la législation de cet Etat membre ne saurait soumettre l'octroi d'un droit à un tel ressortissant turc à des conditions supplémentaires ou plus rigoureuses par rapport à celles applicables à ses propres ressortissants.

Elle en a déduit que l'application des articles L. 5122, D. 5121 et D. 5122 du CSS, qui instituent une discrimination directement fondée sur la nationalité, devait être écartée en l'espèce. L'Assemblée plénière considère qu'en statuant ainsi, la Cour d'appel a justifié sa décision.

L'Assemblée plénière admet que la différence de traitement est discriminatoire. En présence d'un accord d'association ou de coopération européen d'effet direct, l'application des articles du CSS est exclue en raison du principe de non-discrimination fondée sur la nationalité stipulé dans ces accords. En revanche, en l'absence d'un tel accord, ces textes, qui ne violent ni la CEDH ni la CIDE du fait du caractère proportionnée et justifiée de l'atteinte qu'ils génèrent, seront appliqués.

Comme le souligne Mme MONÉGER, « ces nouveaux arrêts conduisent à distinguer deux catégories d'Etats : ceux qui ont passé, avec les instances européennes, des accords assurant à leurs ressortissants une égalité de traitement dans le domaine de la protection sociale, et ceux qui n'ont pas passé de tels accords. » Le critère déterminant de l'application du CSS est donc l'existence d'un tel accord.

Le problème soulevé par Mme MONÉGER est que « tous les accords passés entre les Etats tiers et l'UE ne sont pas et n'ont pas le même impact : il conviendra donc de distinguer également selon l'étendue de ces accords et selon leur effet direct ». La discrimination consistant à traiter différemment les enfants étrangers entrés en France en dehors de la procédure de regroupement familial, selon que le pays dont ils sont les ressortissants a conclu ou non un accord d'association avec l'UE, est-elle conforme aux articles 8 et 14 de la CEDH ? On peut se questionner sur l'opportunité d'une réforme législative.

b) La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme

Cour EDH, 1^{er} octobre 2015, Okitaloshima Okonda Osungu et Selpa Lokongo c. France, Req. n°76860/11 et 51354/13

Il s'agit en l'espèce d'une affaire concernant des ressortissants d'origine congolaise. Suite à l'un des arrêts d'Assemblée plénière du 3 juin 2011, les époux Okitaloshima Okonda Osungu ont saisi la Cour EDH.

Les requérants se plaignent du grief tiré de la violation des articles 8 et 14 de la Convention européenne. La Cour rejette ce grief.

La différence de traitement entre les requérants et les parents recevant des prestations familiales intervient dans le domaine économique et social, domaine dans lequel les Etats disposent d'une ample marge d'appréciation et n'est pas exclusivement fondée sur la nationalité. Or, par ailleurs, cette différence de traitement apparaît justifiée. En effet, les prestations familiales ont été refusées en raison du caractère irrégulier de l'entrée en France des enfants des requérants. Ce refus apparaît donc comme étant une conséquence d'un comportement volontaire des requérants, contraire à la loi.

Par ailleurs, la Cour indique qu'elle accorde une grande importance à l'existence d'une faculté de régularisation effective, permettant aux personnes s'étant vues refuser des prestations, de les obtenir finalement.

Or, elle constate que la possibilité d'obtenir le regroupement familial pour un enfant se trouvant déjà sur le territoire français est réelle (elle

[Retour Index](#)[Notes](#)

se réfère notamment à la décision du Conseil constitutionnel du 15 décembre 2005).

En l'espèce, les requérants ne justifient pas avoir entrepris des démarches sérieuses pour bénéficier de la jurisprudence relative au regroupement familial sur place, alors même que ceux-ci jouissent par ailleurs de ressources susceptibles de répondre aux critères fixés par l'administration.

La Cour conclut au refus d'attribuer les allocations familiales aux requérants était dû, non pas à leur seule nationalité ou à tout autre critère couvert par l'article 14, mais au non-respect par eux des règles applicables au regroupement familial, ces dernières constituant une différence de traitement reposant sur une justification objective et raisonnable.

Agir contre les discriminations LGBT en emploi

Maître Yann Pedler

Avocat au barreau de Paris

La reconnaissance légale de l'homosexualité en France a eu un parcours spécifique lié à celui de son acceptation par la société, portée par les discussions sur l'adoption du PACS et les discours sur le droit au mariage de même sexe.

Le Pacte Civil de Solidarité (PACS), adopté en 1999¹⁶, n'est pas né d'une volonté politique ou d'une demande communautaire, mais se conçoit dans le contexte spécifique du SIDA. Il est le produit d'un projet de loi porté par les associations de lutte contre le sida en se fondant essentiellement sur des arguments de santé publique. Son vote au Parlement est le reflet de ces préoccupations.

Le mariage pour tous s'est inscrit à l'agenda politique en 2004 après que divers pays l'aient déjà adopté (par exemple, le Danemark dès 1989, les Pays-Bas depuis 2001, la Belgique depuis 2003) et après l'annonce par Mr Zapatero de la volonté de le faire adopter en Espagne.

C'est le mariage de « Bègles », en juin 2004, qui révèle brutalement les oppositions, institutionnelles et sociétales à l'égal accès des personnes homosexuelles, qui pose le problème en termes d'exclusion des couples homosexuels des institutions républicaines et qui a permis l'élaboration d'un argumentaire juridique sur l'égalité des droits en la matière.

C'est auprès du Parlement européen que l'avancée nécessaire des droits des personnes LGBT trouvera un premier appui à compter des années 1990 à travers diverses résolutions du Parlement européen.

La résolution¹⁷ sur l'égalité des droits des homosexuels et des libertés dans la Communauté européenne du 8 février 1994 indique qu'il faut considérer le nonaccès des couples homosexuels au mariage comme une discrimination. Elle a été adoptée au Parlement européen sur la base du rapport rendu par Claudia Roth le 26 janvier 1994.

Cette résolution sera suivie de l'adoption du Traité d'Amsterdam en 1998, qui sera le premier texte à poser l'orientation sexuelle comme critère

visé par les textes prohibant les discriminations, suivi de l'adoption de la Directive 2000/78 **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**, qui pose pour la première fois l'interdit de la discrimination directe et indirecte fondée sur l'orientation sexuelle.

Parallèlement, à la reconnaissance des droits au sein des institutions, les avancées législatives qui découleront des directives européennes à compter des années 2000, intégreront la prohibition des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle dans le droit des discriminations¹¹⁸ (article 225-1 du code pénal, article L1132-1 du code du travail, loi n°2008-496 du 27 mai 2008).

L'interdiction des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle amorce l'interdiction de l'homophobie par le droit et donne des outils juridiques pour défendre les droits des gays et des lesbiennes. Mais la promulgation de la loi ne change pas immédiatement les attitudes, ni de ceux qui discriminent, ni des victimes.

Plus de dix années plus tard, les débats autour du PACS et du mariage, s'ils amèneront une avancée des droits, seront les relais qui mettront en évidence la persistance d'un climat homophobe qui sera particulièrement exacerbé pendant le processus qui a mené à l'adoption du projet de loi sur le mariage pour tous. Ces débats ont mobilisé la France sur une période de plusieurs mois. Ils participeront à libérer la parole homophobe mais aussi à libérer la parole des personnes discriminées depuis de nombreuses années.

Si des droits restent à conquérir pour atteindre l'égal respect et reconnaissance des personnes transsexuelles, ainsi que pour les gays et lesbiennes, eu égard à l'accès à la parentalité, aux méthodes de procréation tels que la PMA et la GPA, et à la possibilité de donner son sang, le cadre juridique nouveau n'a pas mis fin aux discriminations persistantes nourrissant le climat homophobe.

Mais ce qui a changé durablement, c'est que les personnes osent se défendre et dénoncer les situations dont elles sont victimes. Non seulement elles réagissent, mais la parole se libère, ouvrant des blessures anciennes.

L'homophobie est ouverte et souvent violente. Ces situations se règlent dans la douleur.

Lorsque la personne est en emploi, les décisions sont prises dans une situation de détresse psychologique, où il s'agit de mettre fin à une situation intenable.

Sinon, la situation est ancienne et la réclamation relève d'un processus d'appropriation de ses droits qui a été rendu possible par la reconnaissance et le cheminement provoqués par les réformes récentes.

Le contentieux de la discrimination homophobe est donc une matière où, très souvent, le contexte soulève la question de la preuve et celle de la faculté de revenir sur des décisions prises ou sur des faits anciens. Les questions de prescription et de gestion des règlements intervenus deviennent donc un enjeu majeur de ce contentieux, régulièrement confronté au retour sur les situations passées.

La difficulté pour la victime de faire reconnaître la discrimination devant la justice

La victime pour faire valoir ses droits se heurte à de nombreuses difficultés.

Un exemple récent en droit du travail est significatif. La Cour de cassation a rendu le 24 avril 2013 un arrêt important (pourvoi n° D 11-15204- N° 818 FS-P+B)¹¹⁹ portant sur un blocage de carrière qui s'est déroulé de 1989 à 2005.

La Cour de cassation rejetait le pourvoi du Crédit Agricole et confirmait un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 10 mars 2011 qui avait condamné la Caisse Régionale du Crédit Agricole au paiement d'une somme de 580.000 € au titre du préjudice financier découlant de l'entrave au déroulement de carrière du requérant en raison de son homosexualité et de la perte des droits à la retraite consécutifs à la discrimination subie ainsi qu'à la somme de 35.000 euros à titre de dommages et intérêts pour le préjudice moral subi.

La Caisse du Crédit Agricole faisait grief à la Cour d'appel de Paris de ne pas avoir tenu compte d'une transaction du 7 juillet 2005 qui stipulait que « les parties ont décidé de se retrouver sur la base de concessions réciproques pour rechercher, sous l'égide de leurs conseils, une solution au règlement de leurs différends nés ou à naître ayant trait à l'exécution et à la cessation du contrat de travail qui les liait », que « la concession de M. X... est d'accepter les conditions et modalités de la rupture de son contrat

de travail et de se déclarer rempli de tous les droits qu'il pouvait tenir tant de son contrat de travail que du droit commun ou de la convention collective et réparé de son entier préjudice » ; qu'enfin, l'article 6 stipulait que « sous réserve de l'exécution intégrale du présent protocole d'accord intervenu librement après négociation, les parties soussignées renoncent irrévocablement à tous autres droits, instances, actions ou indemnités de quelque nature que ce soit » et que « la présente transaction règle définitivement le litige intervenu entre les parties ».

Le débat portait sur la portée de la transaction qui ne visait pas les griefs du demandeur eu égard à son développement de carrière. Or la Cour de cassation a jugé que la Cour d'appel était fondée à retenir que la transaction ne visait pas la discrimination en ce que l'indemnisation correspondait à « l'équivalent de vingt mois de salaire » tandis que le salarié justifiait d'une ancienneté de vingt-neuf années, et enfin qu'« aucune mention ne fait explicitement état du fait que la transaction portait aussi sur le règlement d'un contentieux relatif à une difficulté en lien avec le déroulement de la carrière du salarié au sein de l'entreprise » ou une situation de discrimination.

Cette décision de la Cour de cassation est d'importance à double titre car elle valide, d'une part, que la transaction ne peut mettre fin à des litiges nés ou à naître que pour ce qui a été visé par les parties dans l'objet de la transaction convenue entre les parties. La jurisprudence de la Cour évolue donc au regard de ses précédents arrêts en affirmant que les formules générales ne suffisent pas à englober tout ce qui peut être lié à l'exécution du contrat de travail.

Le pourvoi faisait également grief à la Cour d'appel d'avoir retenu l'existence d'une discrimination, et de ne pas avoir tenu compte de l'argument de la défenderesse à l'effet que le demandeur avait refusé d'être muté en province.

La Cour d'appel avait relevé que le requérant, diplômé de l'ESSEC, avait été recruté en 1976 en qualité de directeur d'agence. Il avait ensuite été nommé en tant que responsable commercial en charge d'un réseau d'agences à Paris. Après avoir passé un concours interne, il accédait à une liste d'aptitude aux fonctions de sous-directeur de caisse régionale, dès 1989. Or, le requérant a postulé, en vain, à 14 reprises, à un poste de sous-directeur ou à un poste de niveau équivalent. Le mémento des cadres de direction publié par la fédération nationale du Crédit Agricole révèle qu'il est le seul de la promotion de 1989 à ne pas avoir été nommé à un tel

poste bien qu'il ait été parmi les candidats les plus diplômés.

Or, la Cour de cassation retient l'analyse de la Cour d'appel en s'appuyant sur la preuve du climat homophobe de l'entreprise et du fait que le bien fondé des refus de candidature n'était pas établi. La Cour de cassation a souligné en outre que la Caisse du Crédit Agricole ne pouvait soutenir utilement qu'elle n'avait pas disposé de poste de direction en son sein entre 1989 et 2005 et qu'elle ne pouvait soutenir qu'elle n'avait pas été en mesure de recommander activement la candidature de son salarié sur des postes à l'international.

Cet arrêt apparaît trouver sa limite avec les nouvelles règles du Code du travail concernant les délais de prescriptions. En effet, la loi du 17 juin 2008¹²⁰ a prévu à l'article L.1134-5 du code du travail que « *l'action en réparation du préjudice résultant d'une discrimination se prescrit par cinq ans à compter de la révélation de la discrimination* ».

La révélation court à compter du moment où il est considéré que le requérant a la connaissance de la discrimination et de son étendue. Au-delà du soupçon, cette connaissance court, selon la Cour de cassation à compter « *de la communication par l'employeur d'éléments de comparaison nécessaires* » (**Soc., 22 mars 2007, pourvoi n° 05-45.163**).

La Cour de cassation, le 4 novembre 2015 rend un arrêt dans lequel elle casse l'arrêt de la Cour d'appel au motif que cette dernière n'a pas recherché la date à laquelle l'employeur avait porté à la connaissance de M.X les conditions d'attribution et le montant des primes de bilan versées aux autres salariés et à opposer la prescription quinquennale à la demande du requérant. La Cour de cassation relève que le requérant n'a pris connaissance de ses droits et de la discrimination qu'il subissait depuis onze années qu'en mai 2009, lorsque son employeur avait communiqué en cours d'instance le montant des primes versées en 2004, et que la prescription quinquennale ne peut courir qu'à compter de cette date.

Dans un arrêt récent en date du 13 janvier 2016, la Cour de cassation reprend ce raisonnement et considère que le point de départ de la prescription ne court qu'à la date où le requérant formule pour la première fois sa demande au Conseil des Prud'hommes, c'est-à-dire en l'espèce dans sa seconde requête et non la requête initiale où il ne mentionne les heures supplémentaires litigieuses.

La Cour de cassation a donc une interprétation libérale de la notion de révélation de la discrimination, en estimant que le délai de prescription pour effectuer une action en justice court à compter du moment où il est attesté que le requérant a pris connaissance de l'existence de la discrimination par des éléments probants, et non au moment où la discrimination a réellement commencé. Cela est particulièrement important concernant des discriminations qui ne résultent pas uniquement d'une mesure prise par l'employeur mais d'une succession de situations et de décisions qui forment une situation continue de discrimination et dont le salarié peut mettre plusieurs années pour en prendre connaissance.

De plus, le principe de la réparation intégrale du préjudice repris dans la loi du 18 juin 2008 permet de réparer le préjudice depuis son origine, et de dépasser ainsi le délai de prescription de 5 ans, en accord avec une jurisprudence ancienne de la Cour de cassation (**Soc., 1^{er} avril 1997, Bull. 1997, V, n° 130, pourvoi n° 94-43.381**).

Mais de nombreuses victimes ne sont en capacité de se mobiliser pour faire valoir leur dignité et demander réparation suite à une discrimination qu'après un certain temps, pour accéder à une prise de conscience de leur situation ainsi qu'à l'accès à leurs droits.

Agir en justice équivaut à s'exposer et donc se révéler ; c'est précisément ce que ne souhaitent pas faire nombres de victimes encore sur le marché de l'emploi ou dans l'espoir d'une perspective d'évolution professionnelle dans leur entreprise.

L'arrêt exemplaire de la Cour de cassation dans l'affaire du Crédit Agricole n'a été rendu possible que parce que le requérant était proche de la retraite et en état de prendre un risque de visibilité. Le climat d'homophobie persistant à l'école, dans les entreprises, dans les établissements publics... est un obstacle véritable à l'action des victimes de discrimination. Faire valoir ses droits contre une discrimination homophobe revient à exposer sa propre personne à une visibilité qui peut être difficile à vivre, pouvant mettre en péril sa carrière au sein de l'entreprise ; ainsi, cela revient à un acte d'engagement que les victimes ne sont souvent pas en mesure de mener. C'est souvent au moment de quitter l'entreprise, de prendre sa retraite, que la personne est prête à déclencher le recours.

Des victimes se heurtent aussi parfois à l'autisme de certaines entreprises qui privilégient aveuglément ce qu'ils pensent être l'intérêt partagé entre l'entreprise et la victime pour justifier une mise à l'écart d'un salarié. C'est le cas d'un employé d'un centre hospitalier accueillant des personnes ayant

[Retour Index](#)[Notes](#)

un handicap en long séjour, mis à l'écart de ses fonctions afin qu'il ne soit pas confronté à un patient qui l'avait mis abusivement en cause. Malgré deux décisions du Tribunal administratif de Paris ordonnant à l'institution hospitalière de revoir la situation du salarié, ce dernier n'a toujours pas pu être réintégré dans ses fonctions qu'il a été obligé de quitter depuis plus d'une année (TA Paris n° 1400522/2-2 et n° 1501163/2-2). La procédure en cours, nous l'espérons devrait permettre le rétablissement du salarié dans ses droits. Il a saisi le Défenseur des droits pour l'assister dans sa démarche de réintégration.

La défense des droits d'une victime est un long parcours d'efforts et de courage.

L'émergence du contentieux de l'égalité femme/homme dans l'emploi

Maître Emmanuelle Boussard-Verrecchia

Avocate au barreau de Paris

La présente intervention évoquera les acquis en matière de contentieux de l'égalité femme/homme dans l'emploi sur la période 2005/2015, avant de s'attacher à dégager les prochaines étapes des évolutions nécessaires pour combattre de manière plus efficace les discriminations à raison du sexe dans l'emploi.

1. 2005/2015 :

la qualification de discrimination sexuée dans l'emploi et les acquis procéduraux

La période 2005/2015 n'a pas connu de bouleversement normatif majeur en matière de lutte contre la discrimination entre les femmes et les hommes. Néanmoins, sur le plan contentieux, l'accent a été mis sur les enjeux de qualification des faits et des stratégies procédurales. L'action des avocats s'est concentrée autour de ces axes ; cela a permis à partir de 2005 un certain développement du contentieux de la discrimination fondée sur le sexe.

Antérieurement, dans les années 1980 et 1990, il faut rappeler que d'importantes décisions sont intervenues en matière d'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes. Deux décisions notamment symboliquement fortes : d'une part en matière pénale, les décisions « Bocama »¹²¹ et, d'autre part en matière civile, la décision dite « Champignons de Paris »¹²². Ces décisions ont eu un retentissement fort mais ponctuel car elles n'ont pas entraîné un développement du contentieux initié par les femmes.

Entre 2005 et 2015, le contentieux de l'égalité femme/homme s'est développé sur deux volets. En matière de qualification des faits premièrement, puisque l'on est passé de la protection de droits spécifiques à un droit de la lutte contre les discriminations. Cette nouvelle qualification plus globalisante fondée sur la discrimination a donc eu un impact non négligeable en matière d'accès à la preuve (1.1). La stratégie contentieuse

s'est également considérablement transformée, empruntant beaucoup au droit de lutte contre les discriminations syndicales (1.2).

1.1 Le glissement de la protection des droits spécifiques vers le domaine de la lutte contre les discriminations

A partir de 2005, la notion de discrimination a pris le pas sur ce que l'on considérait antérieurement comme violation des droits spécifiques. Ce tournant conceptuel a eu de nombreux effets directs sur le traitement contentieux.

a) La notion de discrimination : une vision globalisante des atteintes aux droits des femmes

En effet, on ne considérait la situation des femmes que lorsqu'il y avait la violation d'un droit protecteur d'un aspect particulier de l'individu (maternité, égalité salariale). De ce fait, l'on ne disposait alors que d'une vision séquentielle de la situation des femmes.

La notion de discrimination permet une vision plus globale qui permet de débusquer toutes les atteintes aux droits mêmes les plus fines, de saisir la cohérence du comportement de l'employeur et non pas de se contenter d'invoquer la violation d'un droit particulier ou d'une protection particulière. Il ne s'agit plus alors de qualifier la violation d'un droit ou d'une protection mais un acte de discrimination, pouvant s'inscrire dans une logique discriminatoire.

En matière de retour à l'emploi après un congé maternité et d'évolution professionnelle par exemple, le juge s'appuie sur un ensemble d'éléments pour qualifier une « situation discriminatoire » ou encore un « comportement discriminatoire ». La Cour d'appel de Paris, en date du 5 mai 2010¹²³ s'est prononcée en l'espèce sur la requalification d'une prise d'acte faite par une employée en licenciement sans cause réelle et sérieuse. La discrimination est retenue par le juge, qui considère un ensemble d'éléments tels que les conditions de réintégration de la demanderesse, le montant de sa rémunération et l'évolution de sa carrière à l'issue de son congé parental¹²⁴.

Les juges ont à plusieurs reprises admis cette lecture : le lien est dorénavant fait entre le droit ou la protection spécifique violé et l'article 1132-1 du Code du Travail qui dispose que « aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte

[...] ». On peut souligner que tant la Cour d'appel de Paris en 2010¹²⁵ que le Conseil des Prud'hommes en 2013¹²⁶, ou encore la Cour de cassation en 2015¹²⁷ se sont récemment prononcés au regard de cet article.

b) Un régime judiciaire favorable à la partie demanderesse

Se positionner sur le terrain des discriminations a permis un traitement judiciaire plus efficace de la situation défavorable vécue par les femmes.

D'une part, dans ce domaine, le régime probatoire est l'aménagement de la charge de la preuve¹²⁸, qui consiste à faire peser sur la partie défenderesse le fait de prouver qu'il n'y a pas eu de violation du principe de l'égalité de traitement, à compter du moment où la partie demanderesse a établi des éléments de faits qui présument l'existence d'une discrimination¹²⁹.

D'autre part, le régime de la nullité, arme particulièrement puissante pour réparer les situations de violations de droits, s'applique¹³⁰. Il permet de sanctionner les employeurs en cas de licenciements qualifiés de discriminatoires, et entraîne notamment l'obligation de réintégration dans l'emploi du salarié licencié. Cette sanction est de plus en plus fréquemment sollicitée, et permet d'apporter une solution adaptée à une situation économique difficile (chômage...). Il a été nécessaire d'attendre 2003, la veille de la période examinée ici, pour que le droit à la réintégration soit accordé aux femmes victimes d'un licenciement discriminatoire, c'est-à-dire pour que le juge tire toutes les conséquences de la nullité de la décision attaquée.

1.2 L'émergence de la méthode comparative pour établir et réparer la situation des femmes victimes de discrimination

a) Une méthode comparative développée dans le domaine de la discrimination syndicale transposée en discrimination femme/homme

En droit français, contrairement au droit anglo-saxon, le contentieux de la discrimination syndicale s'est développé antérieurement au contentieux relatif aux discriminations à raison du sexe. Parmi les acquis en matière syndicale transposés dans le domaine des discriminations fondées sur le sexe, les juges du fond ont notamment admis la méthode comparative par groupe.

Dans un arrêt de 2011¹³¹, la Cour d'appel de Paris accepte de prendre en considération le fait que « pour apporter les éléments de nature à laisser supposer l'existence d'une discrimination à raison de son sexe, la salariée opère une comparaison de sa situation et de celles des femmes en général

avec celles de salariés placés au départ dans une situation sinon identique au moins équivalente afin de vérifier si leur évolution de carrière a été ou non comparable ».

b) La facilitation de l'accès aux éléments nécessaires au procès

Bien évidemment, pour appliquer la méthode comparative, l'obtention des éléments d'information, nécessaires au procès est un enjeu majeur. La jurisprudence sur l'obtention des éléments en matière de discrimination fondée sur le sexe a été concomitante avec le contentieux relatif à la discrimination syndicale. L'accès à la preuve, question fondamentale tant sur l'aspect procédural que sur le fond, s'est développé à partir de 2005.

Il est possible que considérant le fait que le cadre du contentieux de la discrimination homme/femme soit plus individuel, la nécessité de trouver le moyen d'accéder à l'information soit plus pressante. A partir de 2005 environ, cet accès à la preuve était absolument fondamental. I ne s'agissait plus d'une simple question de procédure mais d'un argumentaire présentant l'accès à la preuve comme une question de fond du droit. Nous avons mis tous nos espoirs dans les juges car nous sentions bien les limites des possibilités d'action de l'Inspection du Travail que ce soit par la charge de travail de cette administration ou que ce soit par difficulté d'appréhension du contentieux.

Principalement deux stratégies ont été mises en place par les avocats. Le premier fondement utilisé a été l'article R.1454-14 du Code du travail⁴³², qui donne compétence au Bureau de Conciliation du Conseil de Prud'hommes d'enjoindre à l'employeur la communication des éléments pertinents dans le cadre de l'instruction. Cette stratégie s'est opposée à la résistance des juges des Prud'hommes qui refusaient de statuer sur ces demandes. C'est à la suite de nombreux appels nullité devant la Cour d'appel devant les refus des Conseillers prud'hommes de délivrer des ordonnances, et ce en l'absence même de décision, en soutenant qu'il existait un excès de pouvoir négatif à refuser de rendre des ordonnances, que les juges ont peu à peu accepté de faire droit aux requêtes fondées sur cet article⁴³³.

Le second fondement permettant l'obtention des éléments est l'article 145 du Code de procédure civile⁴³⁴. L'arrêt de la Cour de cassation du 19 décembre 2012⁴³⁵, présente un intérêt majeur puisqu'il dispose que le respect de la vie personnelle du salarié et même le secret des affaires « ne constituent pas en eux-mêmes un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du code de procédure civile, dès lors que le juge constate que les mesures demandées procèdent d'un motif légitime et sont

nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées ». Ainsi, cette disposition permet la communication d'éléments nécessaires à la protection des droits du salarié lorsque l'employeur refuse de les communiquer alors même qu'il est le seul à en disposer. La Cour de cassation rappelle à ce propos qu'il appartient à la partie demanderesse d'utiliser les moyens procéduraux mis à sa disposition pour avoir accès à la preuve, et qu'il peut lui être reproché de ne pas s'en être servi¹³⁶.

A ce titre, la Cour de Justice de l'Union européenne a précisé dans un arrêt en date du 19 avril 2012 que si aucun texte européen ne prévoit à ce jour un droit d'accès à l'information, il n'en demeure pas moins que le refus d'accès à l'information opposé par l'employeur peut être interprété comme un élément de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination.

b) Un nouveau terrain contentieux : l'atteinte à la dignité de la personne

Enfin, la grande évolution sur la période a été de comprendre que l'atteinte à un droit constitue une atteinte à la personne, permettant par conséquent de placer le contentieux de la discrimination sur le terrain de la dignité de la personne.

La loi du 27 mai 2008¹³⁷ inclut dans la définition de la discrimination le fait de « porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ». De ce fait, il est désormais possible de faire un lien entre les situations discriminatoires vécues par les femmes et des situations que l'on peut qualifier de harcèlement moral et/ou d'atteinte à la santé. La chambre sociale de la Cour de cassation a, à ce propos, établi clairement dans l'arrêt précité du 3 mars 2015 que les violations des articles 1132-1 du code du travail relatif à la discrimination et 1152-1 du même code relatif au harcèlement moral doivent être indemnisées de façon distincte. Il s'agissait en l'espèce d'une situation où la salariée avait été privée d'une partie de ses fonctions après le retour de ses congés maternité, or l'atteinte à sa dignité et à sa santé ont été indemnisées de façon distincte par rapport à la situation de discrimination. Cette meilleure compréhension de la situation concrète des femmes nous a permis de mieux l'appréhender du point de vue du droit.

2. Les prochaines étapes

2.1 Une meilleure responsabilisation des partenaires sociaux

Etablir un accord collectif relatif à l'égalité entre les femmes et les hommes permet de mieux responsabiliser les partenaires sociaux à soutenir la lutte contre les situations discriminatoires. L'accord collectif permet de soutenir qu'il y a de la part de l'employeur une discrimination individuelle mais aussi une violation de l'accord collectif relatif à l'égalité entre les femmes et les hommes. Cette nouvelle perspective contentieuse a été là encore initiée dans le cadre d'un contentieux relatif à la discrimination syndicale¹³⁸. Récemment, la Cour d'appel de Paris¹³⁹ a reconnu que la situation discriminatoire touchant la salariée constituait également une violation de l'accord égalité interne à l'entreprise.

Il est également très important d'inciter les organisations syndicales à se porter partie intervenante dans les procédures (c'était le cas dans l'arrêt rendu par la Cour d'appel précité Thibault c. RATP), et qu'elles soutiennent et demandent des dommages et intérêts elles-mêmes pour violation de l'accord égalité.

2.2 Vers une sanction dissuasive

On est dans le cadre ici de la directive 2006/54 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 dite « refonte » qui prévoit que les sanctions aux situations de discriminations doivent être effectives, proportionnées et dissuasives¹⁴⁰.

Les juridictions qui se prononcent sur ce type de contentieux rendent aujourd'hui des sanctions effectives et proportionnées (notamment lorsque l'estimation du préjudice est effectuée selon la méthode comparative). Cependant, sont-elles dissuasives ? C'est ce dernier aspect qui semble faire défaut. En effet, au titre de l'indemnisation de la salariée victime d'une discrimination, la juridiction se contente généralement, lorsqu'il s'agit de décisions discriminatoires ayant fait obstacle à l'évolution professionnelle de la salariée, de restituer les dommages et intérêts qui correspondent à la perte de salaire qu'elle seule a subie et éventuellement de repositionner la salariée au niveau professionnel et au coefficient auxquels elle aurait pu prétendre en l'absence de discrimination. Or, compte tenu du faible nombre de contentieux au regard de l'ampleur du phénomène, il reste plus rentable pour l'employeur d'attendre d'être poursuivi que de corriger la situation dans l'entreprise.

2.3 Une meilleure responsabilisation des partenaires sociaux

Etablir un accord collectif relatif à l'égalité entre les femmes et les hommes permet de mieux responsabiliser les partenaires sociaux à soutenir la lutte contre les situations discriminatoires. L'accord collectif permet de soutenir qu'il y a de la part de l'employeur une discrimination individuelle mais aussi une violation de l'accord collectif relatif à l'égalité entre les femmes et les hommes. Cette nouvelle perspective contentieuse a été là encore initiée dans le cadre d'un contentieux relatif à la discrimination syndicale¹³⁸. Récemment, la Cour d'appel de Paris¹³⁹ a reconnu que la situation discriminatoire touchant la salariée constituait également une violation de l'accord égalité interne à l'entreprise.

Il est également très important d'inciter les organisations syndicales à se porter partie intervenante dans les procédures (c'était le cas dans l'arrêt rendu par la Cour d'appel précité *Thibault c. RATP*), et qu'elles soutiennent et demandent des dommages et intérêts elles-mêmes pour violation de l'accord égalité.

2.4 Vers une sanction dissuasive

On est dans le cadre ici de la directive 2006/54 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 dite « refonte » qui prévoit que les sanctions aux situations de discriminations doivent être effectives, proportionnées et dissuasives¹⁴⁰.

Les juridictions qui se prononcent sur ce type de contentieux rendent aujourd'hui des sanctions effectives et proportionnées (notamment lorsque l'estimation du préjudice est effectuée selon la méthode comparative). Cependant, sont-elles dissuasives ? C'est ce dernier aspect qui semble faire défaut. En effet, au titre de l'indemnisation de la salariée victime d'une discrimination, la juridiction se contente généralement, lorsqu'il s'agit de décisions discriminatoires ayant fait obstacle à l'évolution professionnelle de la salariée, de restituer les dommages et intérêts qui correspondent à la perte de salaire qu'elle seule a subie et éventuellement de repositionner la salariée au niveau professionnel et au coefficient auxquels elle aurait pu prétendre en l'absence de discrimination. Or, compte tenu du faible nombre de contentieux au regard de l'ampleur du phénomène, il reste plus rentable pour l'employeur d'attendre d'être poursuivi que de corriger la situation dans l'entreprise.

2.5 La surveillance des dispositions conventionnelles qui instaurent des situations discriminatoires

On pourrait évoquer également comme piste d'action pour les prochaines étapes le fait de devoir passer au crible de la discrimination les dispositions conventionnelles qui bien trop souvent installent des situations de discrimination. Plusieurs grandes décisions sont intervenues récemment sur le sujet, et notamment la décision de la Cour de cassation du 3 juillet 2012⁴⁴¹.

Dans cette affaire, le GIE Pari Mutuel Hippodrome était affilié à l'organisme de retraite et de prévoyance des employés des sociétés de courses (ORPESC), lequel prévoyait dans l'article 21 de ses statuts la condition pour pouvoir bénéficier du régime de l'allocation de retraite supplémentaire d'avoir été rémunéré au moins 200 heures par trimestre pendant quinze ans. Or, la Cour relève que « parmi l'ensemble des travailleurs soumis à ladite réglementation, un pourcentage considérablement plus élevé de travailleurs féminins que masculins était affecté » et confirme l'arrêt de la Cour d'appel qui condamne l'ORPESC pour atteinte au principe d'égalité.

2.6 La prise en compte de l'interaction entre motifs de discrimination

La notion juridique de discrimination est riche, mais la lecture actuelle qui en est faite par le droit ne permet pas de saisir la globalité et la complexité de toutes les situations discriminatoires vécues par les femmes. Lorsque l'on est femme et syndicaliste, femme et d'origine étrangère, femme et à temps partiel, des interactions se produisent entre ces divers critères de discrimination fondés sur plusieurs aspects de l'individu. Les différents critères de discrimination peuvent se conjuguer de telle sorte qu'il ne s'agit pas en réalité d'une simple addition des motifs de discrimination, mais de la création d'une *situation* de discrimination spécifique, plus difficile à saisir.

Il serait alors nécessaire d'envisager d'orienter la lecture habituelle de la discrimination vers une lecture systémique des motifs de discrimination, c'est-à-dire qu'il s'agirait d'aller au-delà de l'intentionnalité de l'auteur de la discrimination pour concevoir une situation dans son ensemble : les faits, les pratiques, les actes qui, en dehors de toute intention et parfois effectués par plusieurs auteurs de manière échelonnée dans le temps, créent des situations de discrimination d'une ampleur importante, notamment par la projection de stéréotypes, et contre lesquels il convient encore de trouver les moyens de lutter.

La "stratégie contentieuse" en matière pénale

Maître Nicolas Demard

Avocat au barreau de Paris

Envisager la « *stratégie contentieuse en matière pénale* », c'est s'interroger, non plus sur l'un des motifs discriminatoires, mais sur l'une des voies de droit offertes à la victime de discrimination.

Il s'agit pour beaucoup de la voie de droit par excellence en cette matière.

Dès l'origine, que ce soit en France mais également en Europe continentale, la lutte contre les discriminations a été envisagée sous l'angle du droit pénal.

C'est évidemment la fonction expressive du droit pénal qui a inspiré le choix de l'outil répressif.

Comme l'a rappelé Monsieur le Président Guérin, la loi pénale exprime les valeurs essentielles de la société et des règles d'organisation de la vie en société.

Il s'agissait et il s'agit toujours d'exprimer l'attachement de la société au principe d'égalité.

Ce mouvement s'est poursuivi et en 40 ans, l'arsenal pénal de lutte contre les discriminations s'est considérablement renforcé.

Le résultat est-il à la hauteur des ambitions affichées en matière de lutte contre les discriminations ?

Beaucoup reprochent au droit pénal d'être ineffectif dans la lutte contre les discriminations.

Il est difficile de prendre l'exacte mesure de cette ineffectivité régulièrement alléguée.

Il n'y a en effet pas de statistique publique précise sur le nombre de condamnations prononcées par les juridictions pénales.

A en croire certaines publications, il s'agirait d'une dizaine à une vingtaine de condamnations par an au maximum.

Il s'agit en tout état de cause d'un nombre relativement faible comparativement à un phénomène par ailleurs largement démontré, notamment dans le domaine de l'emploi et du logement.

Rappelons d'ailleurs qu'il existe vingt critères de discrimination punissables à l'occasion d'une douzaine de comportements. Cela donne 240 combinaisons que nous ne retrouvons pas - c'est peu dire - dans la jurisprudence pénale.

Ce constat d'une relative inefficacité des dispositifs pénaux en matière de lutte contre les discriminations est partagé par un bon nombre d'Etats européens qui ont opté pour la même approche.

La principale pierre d'achoppement dans l'utilisation du droit pénal réside dans la difficulté d'apporter la preuve du motif discriminatoire de l'acte commis.

Le Juge pénal exigerait, selon de nombreux praticiens, une preuve impossible.

Faut-il continuer de recourir à la voie pénale ? Faut-il en préférer une autre ?

C'est la grande question de stratégie contentieuse qui se pose régulièrement aux praticiens de la matière, c'est-à-dire aux associations, syndicats et aux avocats.

Nous verrons que l'option pénale présente des avantages certains (1) mais également des limites importantes (2).

Nous confirmerons ces avantages et ces limites avec l'examen de quelques affaires (3).

Nous nous demanderons enfin si les limites peuvent être dépassées dans le cadre d'une autre voie de droit (4).

1. Sur les avantages de l'option pénale

Quels sont les avantages pour un praticien de recourir à l'option pénale ?

Nous verrons que cette option apparaît seule à même de :

- réactiver la fonction pédagogique de la loi pénale ;
- mettre un terme à certaines pratiques ou politiques discriminatoires en l'état actuel de la législation ;

- réparer pleinement le préjudice subi par une victime ;
- recueillir des preuves déterminantes et de les faire admettre comme recevables.

En premier lieu, l'option pénale permet de réactiver régulièrement la fonction pédagogique attachée à la loi pénale.

La loi pénale a une fonction expressive, nous l'avons dit, répressive, évidemment, mais également éducative.

En posant un interdit social fort, le droit pénal prévient la commission d'actes discriminatoires, mais plus encore, participe de l'évolution des idées et de la lutte contre les préjugés.

Or, cette fonction fondamentale de la loi pénale ne peut perdurer que si elle est suivie d'applications concrètes.

C'est la valeur de l'exemple en quelque sorte.

Cette fonction explique pourquoi beaucoup de praticiens, et notamment les associations qui veulent sensibiliser le public à certaines situations discriminatoires, décident d'opter pour la voie pénale.

En deuxième lieu, l'option pénale constitue une arme sans équivalent, en tout cas à ce jour en droit français. Peut-être que la situation évoluera demain avec l'avènement du recours collectif.

En l'état, le recours au bras armé de l'Etat est le seul à même de vaincre certains actes de discrimination, et plus précisément, certaines politiques discriminatoires.

Prenons l'exemple d'une compagnie aérienne qui aurait une politique discriminatoire à l'égard des personnes handicapées, en exigeant d'elles qu'elles soient accompagnées d'une personne valide, son personnel n'étant pas en nombre et formé pour les prendre en charge, contrairement à ce qu'exige la réglementation européenne.

Il n'est pas difficile de comprendre que lorsque l'on réalise tous les ans un chiffre d'affaires de plusieurs milliards d'euros, la seule menace de procédures civiles n'est pas de nature à remettre en cause une politique, qui peut d'ailleurs reposer sur une propre logique de rentabilité.

Un procès pénal est autrement considéré.

D'abord, parce qu'il peut s'accompagner d'un risque de réputation et d'image extrêmement dommageable.

Mais surtout, parce qu'à la différence des autres droits, le droit pénal ne s'embarrasse pas de l'écran, du « *masque juridique* » de la personne morale pour reprendre le terme utilisé par Monsieur le procureur général.

Des poursuites peuvent être exercées et des condamnations peuvent être prononcées à l'encontre des personnes physiques, salariés et dirigeants.

Dès lors que la situation personnelle, le patrimoine propre des personnes physiques est en jeu, les résistances ne sont évidemment plus les mêmes.

En troisième lieu, l'option pénale permet d'accorder une pleine réparation à la victime de discrimination.

Les praticiens peuvent mesurer à quel point l'humiliation, la blessure qu'inflige un acte de discrimination fait naître chez la victime le besoin d'une réponse pénale.

Cette réponse pénale est en effet perçue comme la reconnaissance par la société du mal qui a été causé.

Elle est également perçue comme seule susceptible de dissuader l'auteur de recommencer.

Madame le Juge Tulkens évoquait « *l'obligation positive procédurale* » dégagée par la Cour européenne des droits de l'homme, c'est-à-dire l'obligation qui pourrait exister d'enquêter sur certains faits de discrimination.

On peut se demander dans quelle mesure la Cour européenne des droits de l'homme ne pourrait pas un jour « tirer » cette « *obligation positive procédurale* » vers une « *obligation positive répressive* », c'est-à-dire une obligation de sanctionner certains actes de discrimination.

Sans entrer plus longuement dans un tel débat, le besoin d'une réponse pénale est en tout cas régulièrement exprimé par les victimes de discrimination.

En quatrième et dernier lieu, l'option pénale présente un avantage pour la recherche et l'admissibilité de la preuve.

Le recours au droit pénal permet tout d'abord de mobiliser les moyens de l'Etat pour rechercher la preuve de la discrimination.

A défaut, peu de victimes auraient les moyens financiers et moraux de s'engager dans une procédure judiciaire.

Force est toutefois de constater, dans la pratique judiciaire, un recours de plus en plus fréquent à la citation directe en matière de discrimination, c'est-à-dire à la procédure qui consiste pour une victime à attirer une personne directement devant le Tribunal correctionnel.

Or, enquêter, instruire, c'est un métier. C'est celui des policiers, des gendarmes, des Juges d'instruction, des agents du Défenseur des droits.

Ce n'est pas celui de l'avocat, de l'avocat français à tout le moins.

C'est peu dire que les magistrats n'apprécient pas cet usage dans des dossiers qui donnent généralement lieu à des débats de fond passionnés, qu'une enquête ou une instruction aurait pu circonscrire et éclairer.

Au-delà de la recherche de la preuve, c'est l'admissibilité de la preuve qui fait l'intérêt essentiel de l'option pénale en matière de lutte contre les discriminations.

Depuis plus de 20 ans, la Chambre criminelle considère qu'aucune disposition légale ne permet aux juges repressifs d'écarter des moyens de preuve remis par un particulier aux services d'enquête au seul motif qu'ils auraient été obtenus de manière illicite et déloyale¹⁴².

On estime notamment que la recherche de la vérité en matière pénale ne peut pas être entravée par un débat sur la recevabilité de la preuve, que cela se fasse au bénéfice de l'accusation ou du prévenu.

C'est dans le cadre de cette jurisprudence que la Chambre criminelle a considéré que le Juge pénal ne pouvait pas écarter les résultats d'une opération de testing¹⁴³.

Ce procédé aujourd'hui validé par le législateur consiste par exemple pour plusieurs personnes d'origines différentes à postuler à une offre d'emploi ou à solliciter un logement et d'enregistrer la manière dont chacune d'elles est accueillie.

A ce jour, le bilan apparaît relativement décevant.

Il semble y avoir eu une forme de découragement à la suite de quelques décisions qui ont considéré que le procédé n'était pas suffisamment concluant pour établir une discrimination¹⁴⁴.

A la lecture de ces décisions, on peut se demander si la méthodologie employée ne devrait pas être tout simplement perfectionnée, en faisant participer des personnes totalement tierces à l'association, et en multipliant les situations pour établir une certaine systématique.

Cela suppose évidemment des moyens. Rappelons que des agents du Défenseur des droits sont spécialement habilités pour procéder à ces opérations et les constater par procès-verbal.

En revanche, les policiers, gendarmes, Juges d'instruction ne peuvent procéder de la sorte, comme l'a parfaitement expliqué Monsieur le Président Guérin.

Une autre preuve illicite s'avère en revanche clairement déterminante dans beaucoup d'affaires.

Il s'agit des enregistrements clandestins pratiqués par la victime pour « piéger » l'auteur de la discrimination.

C'est un phénomène qui s'est largement développé avec les nouvelles générations de téléphone portable.

Force est de constater que ces enregistrements clandestins ont permis d'établir plusieurs cas de discrimination.

2. Sur les limites de l'option pénale

Quelles sont maintenant les limites de l'option pénale ?

La principale difficulté tient – nous l'avons évoqué tout au long de la journée – à la preuve du motif discriminatoire.

Plusieurs autres raisons ont été avancées.

Il est parfois reproché :

- aux victimes de pas oser franchir le pas et déposer plainte ;
- aux forces de l'ordre de ne pas enregistrer les plaintes ou s'ils le font, de ne pas s'y intéresser suffisamment ;
- aux Parquets de ne pas poursuivre une fois l'enquête terminée;
- aux Juges d'exiger une preuve impossible.

Il n'y a évidemment aucun désintérêt pour la matière de la part des forces de l'ordre et de la magistrature, bien au contraire.

Ces situations rejoignent pleinement la difficulté d'établir la preuve du motif discriminatoire.

Si la preuve est difficilement rapportable devant le Juge, cela peut décourager les Parquets de poursuivre, et donc les forces de l'ordre d'enquêter, et donc les victimes de déposer plainte.

Pourquoi est-il si difficile d'établir la preuve du motif discriminatoire ?

Cela tient essentiellement à la spécificité du délit mais également aux principes généraux du droit pénal.

a) Sur la spécificité du délit

S'agissant du délit, l'article 225-1 du Code pénal dispose que constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes à raison de l'un des 20 critères discriminatoires.

L'article 225-2 du Code pénal précise quant à lui que cette discrimination est punissable lorsqu'elle consiste en l'un des agissements regroupés en 6 séries.

Tout délit requiert un élément dit matériel et un élément dit intentionnel.

L'élément matériel du délit de discrimination consiste en l'un des agissements visés à l'article 225-2 du Code pénal.

Cet élément matériel est nécessaire évidemment, mais il n'est pas au cœur de la caractérisation du délit, alors qu'en règle générale en droit pénal, il l'est.

Ainsi, par exemple, on ne peut pas prendre le bien qui ne nous appartient pas, porter des coups, etc.

En revanche, un employeur peut embaucher qui il veut. Un propriétaire peut louer son bien à qui il le souhaite.

Non seulement cela est « *licite* » comme l'indiquait Monsieur le Président Guérin, mais cela relève de leur liberté d'appréciation, qui peut s'appuyer sur des ressorts éminemment subjectifs et parfois même, inconscients ou indiscibles.

Cette liberté n'a qu'une seule limite : le choix ne peut être fait à raison de l'un des 20 critères prévus par la loi.

C'est donc l'élément intentionnel – l'intention discriminatoire – qui est au cœur du délit, alors qu'en général, en droit pénal, il s'infère des faits qui ont été commis.

Quand on prend le bien qui ne nous appartient pas, quand on porte des coups, etc., la question de l'intention ne fait pas long feu.

En matière de discrimination, on demande au Juge pénal d'établir le motif qui a inspiré un acte neutre et libre en apparence.

Il faut donc qu'il se penche sur une pensée pour établir si cet acte est délictueux.

Cela bouscule ses mécanismes traditionnels de formation de son intime conviction

b) Sur les principes généraux du droit pénal

Et plus encore, le Juge pénal doit se forger cette conviction dans le cadre de principes généraux du droit pénal qui imposent :

- de faire reposer la charge de la preuve sur l'accusation et sur elle-seule ;
- d'accorder à la personne poursuivie le bénéfice du doute (du doute raisonnable), si un tel doute existe ;

et ce, eu égard au principe de la présomption d'innocence qui est un droit aussi fondamental que celui à la non-discrimination.

Ces principes généraux du droit pénal alourdissent évidemment encore la difficulté probatoire.

La question se pose régulièrement de savoir s'il ne serait pas possible d'aménager la preuve de l'intention discriminatoire, comme la Chambre criminelle de la Cour de cassation a pu le faire avec certaines présomptions sans considérer qu'il y avait atteinte constitutionnelle ou conventionnelle.

Force est de constater que ces rares présomptions s'induisent toujours d'un acte matériel.

Prenons par exemple, en matière d'abus de biens sociaux, la présomption d'usage à des fins personnelles des biens prélevés de manière occulte par le dirigeant¹⁴⁵. Cette présomption peut se justifier dès lors que le seul fait

de prélever des fonds de manière occulte au sein d'une société constituée en lui-même un acte illicite.

Une présomption ne peut en revanche raisonnablement porter sur une intention précise quand elle ne peut s'induire de l'acte même.

Il n'est alors possible de la rapporter que par l'aveu ou par des éléments objectifs matériellement vérifiables.

3. De l'analyse de quelques affaires

L'analyse de quelques affaires que j'ai eu à connaître permet précisément de distinguer ces deux situations.

La première situation correspond à celle où le motif discriminatoire a été avoué.

L'aveu, parce qu'il révèle la pensée qui a présidé à l'acte par celui qui en est l'auteur, est à l'évidence la reine des preuves en la matière.

Certains revendiquent le motif discriminatoire de leur acte.

Tel est le cas d'un responsable des ressources humaines qui assume avoir indiqué à un agent de Pôle Emploi qu'il n'a pas embauché et qu'il n'embauchera pas des hommes ou femmes de ménage d'origine maghrébine parce qu'ils pourraient s'agir soit de terroristes, soit de la sœur ou de la mère de terroristes susceptibles de menacer l'entreprise¹⁴⁶.

Tel est également le cas de personnes qui appellent à boycotter les produits d'un certain nombre de commerçants d'origine juive, pour protester contre la politique générale de l'Etat d'Israël¹⁴⁷.

Dans les autres cas, il faut que l'aveu ait été « *saisi* », faute de quoi il pourra évidemment par la suite être nié.

C'est le cas lorsqu'il a été fait par écrit.

C'est également le cas lorsqu'il a été fait oralement et que la conversation a été enregistrée, filmée ou que des témoins extérieurs à la victime peuvent en attester.

Très souvent, l'aveu est fait à la victime par un intermédiaire, pensant être, en cette qualité, hors de portée de la loi pénale.

Tel est le cas d'une agence d'intérim de la côte d'azur qui indique par courriel à un candidat que le propriétaire d'un navire ne veut pas de capitaine français¹⁴⁸.

Tel est également le cas d'une agence d'intérim qui indique aussi par courriel à un candidat que l'employeur ne veut pas de femme enceinte comme hôtesse d'accueil, quand bien même elle serait au tout début de grossesse et qu'il s'agirait d'une courte mission¹⁴⁹.

Tel est encore le cas de l'agence immobilière qui explique, dans le cadre d'un testing téléphonique réalisé par un agent du Défenseur des droits, que le propriétaire d'un logement ne veut pas le louer à des personnes âgées¹⁵⁰.

Tel est enfin le cas d'un responsable des ressources humaines d'une entreprise de magasins, enregistré à son insu par la victime, qui reconnaît avoir mis fin à sa période d'essai après avoir appris qu'il était de confession juive, parce que le dirigeant de l'entreprise, lui-même de cette religion, ne veut pas avoir à le faire travailler le samedi, jour de shabbat.

Dans toutes ces hypothèses où le motif est exprimé, souvent par extrémisme ou maladresse, les juridictions pénales entrent en général en voie de condamnation.

La seconde situation, évidemment plus compliquée, recouvre l'hypothèse où des éléments objectifs permettent d'établir la discrimination.

Quels éléments objectifs matériellement vérifiables peuvent établir le motif ayant présidé à un acte neutre et libre ?

Chaque dossier présente des spécificités et il n'est évidemment pas possible d'établir une liste ou des catégories exhaustives.

Force est toutefois de constater que le Juge pénal va très souvent rechercher si la situation individuelle qui lui est dénoncée s'inscrit dans un contexte de mise à l'écart systématique.

Tel est par exemple le cas d'un camping de la côte d'azur, ayant refusé deux jeunes gens d'origine maghrébine au motif qu'il ne restait plus de place.

Ayant pressenti que leur origine n'avait pas été totalement étrangère à cette décision, ils ont fait intervenir un ami d'origine européenne à qui une place a été accordée.

L'enquête a permis d'établir que le listing client était dépourvu de noms à consonance maghrébine.

Le Tribunal est entré en voie de condamnation¹⁵¹.

A contrario, si le prévenu est en mesure d'établir qu'il n'y a pas mise à l'écart systématique, il y a souvent relâche.

Tel est le cas d'une société ayant sélectionné et recruté plusieurs intérimaires qui se sont présentés le même jour.

L'un d'eux, porteur d'une barbe ayant, selon lui, suscité une réaction plus qu'étonnée, a été éconduit avant même de commencer, au motif d'un sureffectif.

La preuve de l'embauche de nombreuses personnes d'origine maghrébine a été déterminant dans la relâche intervenue¹⁵².

Or, un refus isolé a parfaitement pu être inspiré par un motif discriminatoire.

C'est précisément ces situations de refus isolés – non quantifiables mais assurément nombreuses – qui sont si difficiles à saisir par le droit pénal.

4. Une autre voie doit-elle être préférée ?

La question se pose de savoir si d'autres voies de droit pourraient saisir ces situations. On pense évidemment à la voie civile ou prud'homale.

Il faut immédiatement observer qu'il est bien plus difficile de produire devant les juridictions civiles ou prud'homales des preuves déloyales ou illicites. C'est un désavantage certain quand on sait le rôle qu'elles peuvent jouer en matière pénale.

En revanche, à la différence de la procédure pénale, la preuve est expressément aménagée en matière civile :

- il appartient à la victime d'apporter des éléments de nature à faire présumer la discrimination ;
- si une présomption de discrimination est avérée, il appartient à la partie mise en cause d'établir que son comportement n'était pas fondé sur des considérations discriminatoires.

Cette différence de régime doit être atténuée en pratique.

Dans le cadre d'un procès pénal :

- la victime a nécessairement dû apporter des éléments de nature à faire présumer la discrimination ;
- le prévenu invoque toujours un motif non-discriminatoire.

En réalité, on escompte que le niveau de preuve soit abaissé par rapport à celui qui est exigé dans le cadre d'une procédure pénale.

C'est possible, mais c'est loin d'être évident dans notre tradition juridique, sauf en matière sociale, où la jurisprudence dynamique s'explique par un rapport particulier employeur-employé, grandement normé. La composition de la table ronde de ce matin semble d'ailleurs le confirmer.

On peut d'ailleurs se demander s'il serait une bonne chose que le niveau de preuve soit abaissé dans une matière où il s'agit de sonder l'esprit ? On peut ne pas le penser.

Cela ne veut évidemment pas dire qu'il n'y a pas de place pour l'essor d'une jurisprudence civile, notamment dans les cas où la voie pénale n'est pas possible (Monsieur le Président Guérin évoquait l'exemple d'un droit de présomption motivé par des considérations discriminatoires) ou alors n'est pas pertinente.

Les procès en responsabilité de l'Etat pour contrôles d'identité discriminatoires qui ont été portés devant les juridictions civiles en sont une illustration parfaite.

Mais le droit pénal reste assurément essentiel au dispositif et la solution passe par une amélioration de la recherche de la preuve. En particulier, les opérations de testing doivent être poursuivies et perfectionnées et une enquête doit être absolument confiée aux professionnels de la recherche de la preuve au sein du monde judiciaire ou du Défenseur des droits.

Un contentieux des contrôles d'identité discriminatoires

Maître Félix de Belloy

Avocat au barreau de Paris

Slim ben Achour et moi avons été contactés en 2010 par une ONG américaine, Open Society Justice, qui venait d'établir, en lien avec le CNRS, des statistiques confirmant scientifiquement que lorsqu'on est Noir ou Arabe, on a, selon les lieux de contrôles, entre 7 et 15 fois de chances d'être contrôlés que lorsqu'on est Blanc.

Cette ONG nous a demandé de réfléchir aux procédures juridictionnelles qu'on pourrait mettre en place pour dénoncer et lutter contre ce phénomène des contrôles au faciès. Ce qui m'a frappé d'emblée c'est le paradoxe de la situation, puisqu'à la fois un contrôle au faciès un acte évidemment illégale et discriminatoire, mais qu'en même temps il est extrêmement difficile, voire impossible, de porter en justice un cas de contrôle d'identité abusif.

Pour une raison essentielle : il n'y a pas de trace officielle du contrôle, sauf dans les rares cas où le contrôle est suivi d'une procédure pénale. Soit que le contrôle ait permis d'identifier l'auteur d'une infraction, soit, cas beaucoup plus fréquent, qu'à l'occasion du contrôle la personne contrôlée se rebelle et s'ouvre alors une procédure pénale outrage et rébellion. Et c'est à l'occasion de cette procédure pénale que l'avocat peut dénoncer l'absence de motif légale du contrôle. La jurisprudence sur les contrôles d'identité était jusque-là uniquement pénale, et la sanction était la nullité de la procédure pénale, sans mise en cause de l'Etat ou de ses agents auteurs de contrôles illégaux/discriminatoires.

Mais pour l'écrasante majorité des contrôles, ceux à l'issue desquels aucune poursuite n'est initiée, pas de possibilité d'action, pas de possibilité apparente de contestation. Paradoxal : le droit à contester n'est réservé qu'à la happy few qui est arrêtée à la suite du contrôle !

Pour changer les choses, on a dû affronter plusieurs difficultés et obstacles juridiques. Le plus apparent de tous est évidemment celui de la preuve du contrôle (son existence et son motif), mais avant d'en parler, je voudrais insister sur les questions presque plus fondamentales encore,

d'un point de vue procédural, qu'on a dû se poser : que demande-t-on et devant quel juge ?

Qu'allions-nous demander et devant quel juge ?

On a très vite écarté l'idée d'une action pénale fondée sur le délit de discrimination, parce qu'elle aurait nécessairement visé non pas l'Etat, mais chacun des agents de police auteur des contrôles litigieux. On aurait fait le procès de tel ou tel policier, le procès de son acte, de son intention, de son racisme supposé : on se serait totalement trompé de cible. Nous voulions dénoncer le fait que l'Etat ait laissé se développer une situation quotidiennement répétée, admise comme discriminatoire et pour autant admise tout court.

Notre cible c'est l'Etat et on ne peut demander au juge autre chose que de condamner pécuniairement l'Etat en raison de ces agissements, faits en son nom par ses agents, illégaux et discriminatoires. Responsabilité administrative de l'Etat, jurisprudence Blanco. Ça paraît simple.

Mais quand on s'interroge sur la possibilité de saisir la juridiction administrative, on est immédiatement pris d'un doute : un contrôle d'identité relève-t-il de la police judiciaire ou de la police administrative ? D'emblée on serait tenté de dire qu'il s'agit d'un contrôle de police administrative : il n'y a pas de constatation d'un délit, on est donc en prévention ; et l'alinéa 3 de l'article 78-2 vise clairement des contrôles de type préventif, relevant de la juridiction administrative ;

Mais l'alinéa 2 porte sur les contrôles sur réquisitions judiciaires, sous autorité du Procureur. Quant à l'alinéa 1, qui est le droit commun, une thèse de doctorat ne suffirait pas à savoir si les contrôles relèvent de la police judiciaire ou de la police administrative. En réalité, la police contrôle sans savoir dans lequel des 3 régimes elle se trouve. C'est l'absurdité de la situation juridique : je dois saisir un juge pour que l'Etat me dise dans quel cadre il a contrôlé, mais je ne sais pas quel juge saisir tant que l'Etat ne me l'a pas dit.

Jusqu'à ce que je relise la décision du Conseil constitutionnel qui, en août 1993 avait validé la loi instaurant l'article 78-2, et au détour de laquelle le CC avait indiqué qu'il appartient à l'autorité judiciaire, en tant que gardienne des libertés individuelles, de contrôler la légalité et la pertinence des raisons ayant motivé un contrôle d'identité.

Cette mention nous a permis de saisir le juge judiciaire sans qu'on nous oppose la compétence du juge administratif, mais on verra plus loin que

de cette compétence, les tribunaux ont déduit que devait s'appliquer de faute lourde, très contestable, on y reviendra plus loin.

A ce stade, on s'aperçoit simplement à quel point toute la complexité des règles de compétence juridictionnelle en droit français, à commencer par la dualité juridictionnelle, occupent les juristes et donnent du sel à nos métiers, mais sont autant d'obstacles pour quiconque voudrait simplement contester un acte de police attentatoire à une liberté fondamentale. On ne peut pas parler de recours effectif quand le chemin pour y parvenir est semé de chausse-trappes.

Une fois identifiée la juridiction judiciaire, il ne faut pas se tromper de tribunal, ce qui suppose de bien définir sa demande. On veut que l'Etat répare le préjudice, certes, l'Etat c'est qui ? Le ministre de l'intérieur, premier concerné ? Hélas non, puisqu'on demande de l'argent, il faut assigner l'AJE. Et où ? Si, grand prince, on demande un € de dommages-intérêts, on se retrouve devant le tribunal d'instance du 12^{ème} arrondissement.

Si l'on veut le TGI de Paris, il faut une demande plus importante et nous avons décidé de demander 10.000 euro par contrôle discriminatoire, pas tant parce que ça nous permettait de saisir le TGI plutôt que le TI, mais surtout parce (1) un contrôle au faciès est une mesure profondément vexatoire et humiliante, et (2), nous voulons que les choses changent.

Enfin, dernière problématique stratégique importante, au nom de qui et comment on assigne. Il était évident qu'on voulait que nos actions rassemblent le plus de demandeurs possibles pour qu'elles aient de la force, pour qu'elles soient représentative de l'étendue des contrôles au faciès ; mais la question était de savoir si nous pouvions les rassembler en une seule demande, une seule action civile. C'aurait été beaucoup trop risqué au regard de ce qu'est une demande au sens du CPC, et nous avons décidé d'initier autant d'actions que de demandeurs, mais de les initier toutes en même temps pour qu'elles aient une allure unitaire.

Nous sommes reconnaissants à la juridiction civile d'avoir, en 1ère et 2^{de} instance, accepté que l'ensemble des dossiers soient examinés aux mêmes audiences, et de nous laisser les plaider toutes en même temps. Certes, c'était aussi une bonne administration de la justice, mais rien n'obligeait les magistrats à accéder à cette demande, de même qu'ils ont accepté, en 1ère instance, de tenir l'audience dans la salle des criées et, en appel, devant la grand-salle de la 1^{ère} Chambre.

Comment allons-nous surmonter le problème de la preuve ?

Donc le cadre procédural était enfin défini, comment allait-on faire pour surmonter le problème de la preuve ? Un contrôle d'identité existe puis s'efface immédiatement, puisqu'il n'est consigné nulle part. Nous avons bâti notre action sur une idée assez simple : beaucoup de contrôles d'identité se font en présence de témoins oculaires, voir auditifs. Très souvent, la personne contrôlée l'est en même que l'un de ses camarades, et donc chacun peut être le témoin du contrôle de l'autre.

Nous avons ainsi rassemblé une quinzaine de cas où l'existence du contrôle était étayée par une attestation de témoins, dans les formes prévues par l'article 202 du CPC, et nous avons avec Slim ben Achour écrit au Ministre de l'intérieur un courrier par demandeur : « M. Untel XXX a été contrôlé tel jour, en tel lieu, à telle heure, merci de nous faire part des raisons qui ont justifié ce contrôle ».

Le Ministère ne pouvait pas décevantement répondre la vérité, à savoir qu'il n'en savait rien. Parce que c'aurait l'aveu de sa part que les contrôles d'identité, alors qu'ils sont encadrés par la loi, se font sans que personne ni aucune autorité ne puissent en contrôler l'existence et donc, moins encore, les motifs. Mais le ministère ne pouvait pas non plus affirmer que nos attestations étaient fausses et que le contrôle n'avait jamais eu lieu. Il était donc un peu piégé.

Le Ministère a fait une première réponse d'attente, puis est revenu vers nous, quelques semaines plus tard, avec une réponse dans 9 de nos 15 contrôles, pour lesquels ils avaient retrouvé une réquisition judiciaire couvrant le lieu et le temps du contrôle, et autorisant les contrôles quel que soit le comportement de la personne contrôlé. Ce qui laissait en suspens deux questions : quid des 6 contrôles hors réquisitions ; et une réquisition est-elle de nature à absoudre par avance tout contrôle discriminatoire, à autoriser la pratique des contrôles au faciès, réponse non, et nous avons lancé nos assignations pour les 15 contrôles.

Illégalité ou discrimination ?

En rédigeant ces assignations, on a des discussions avec Slim ben Achour. Pour moi, il y avait une situation illégale et inconstitutionnelle dans ces actes de police dont on ne peut connaître les motifs alors qu'ils sont encadrés par la loi. Pour Slim ben Achour, il y a avait d'abord et avant tout une pratique discriminatoire, révélée accessoirement par des actes illégaux.

Et c'était beaucoup plus intelligent, d'abord parce que la notion de discrimination colle plus à la réalité des contrôles au faciès, ensuite parce que le recours au droit de la discrimination a été essentiel stratégiquement puisqu'il a permis de plaider l'aménagement de la charge de la preuve, et tout s'est joué, dans nos dossiers, sur la question de la preuve.

D'un côté, nous avançons avec la loi de 2008 et le droit européen en établissant un faisceau d'indices et en demandant à l'Etat de prouver qu'il n'y avait pas eu discrimination ; de l'autre, l'Etat rétorquait :

- que la loi de 2008 ne s'applique pas à l'activité de la police et que le demandeur devait rapporter la preuve entière de ses allégations
- que, de surcroît, puisque nous avons saisi le juge judiciaire d'une demande de réparation touchant à l'activité de la police judiciaire, nous nous trouvions nécessairement dans le cadre du régime de faute lourde prévu en matière de responsabilité du fait du service de la justice.

Je vous passe les détails des arguments de chacun, mais ce qui m'a frappé, là encore, c'est qu'on nous opposait mille raisons liées à des petites spécificités de notre droit interne, dans lesquels on risquait de s'engluer, alors même que la réalité du contrôle aux faciès n'était contredite par personne, pas même par notre adversaire l'Etat.

La Cour d'appel a su aller au-delà de ces arguties, sans pour autant nier le droit interne : en substance, elle a dit que, même si la loi de 2008 ne s'applique pas en la matière (ce que nous contestons) et que l'Etat ne peut être condamné que pour faute lourde (ce que nous contestons), il n'en demeure pas moins, premièrement, que le droit européen oblige l'Etat à dire ce qui a justifié objectivement les contrôles et, deuxièmement, que s'il n'y parvient pas, il doit être condamné car la discrimination raciale constitue une faute lourde.

Analysant les faits au cas par cas, la Cour d'appel a considéré que, dans 5 affaires, l'Etat n'était pas en mesure de justifier les contrôles et devait donc être condamné.

Cette victoire n'aurait pas été possible sans les associations et les acteurs sociaux qui, sur le terrain, ont fait connaître l'action ; ni, peut-être, sans les médias qui l'ont relayée et ont fait connaître son caractère nouveau ; ni enfin sans le soutien d'institutions, à commencer par le DDD intervenu en cause d'appel, et dont la présence a montré que cette action n'était pas le fait de militants anti-police, mais celui de citoyens et de juristes n'acceptant pas que perdure une telle zone de non-droit.

Le recours collectif, prochain enjeu de l'accès au droit en matière de discrimination

Maître Véronique Tuffal-Nerson

Avocate au barreau de Paris, vice-présidente de la commission
égalité du Conseil national des barreaux

Introduction

Le traitement actuel au cas par cas de situations de discrimination collectives dans lesquelles une victime parmi d'autres ose aller devant les tribunaux a peu d'impact pour les mis en cause puisque chaque jugement n'a d'effet qu'entre le plaignant et lui, sans emporter de ce fait beaucoup de conséquences pour l'auteur de la discrimination.

Le recours collectif permet d'apporter une réponse judiciaire efficace lorsque l'enjeu financier ne justifie pas le recours de justiciables dont les moyens sont faibles au regard de ceux des défendeurs; il facilite l'accès au droit dans des domaines très techniques, permettant de plus aux juridictions de mieux traiter des contentieux de masse.

Il a été introduit en droit français pour les consommateurs par la loi du 17 mars 2014. La Directive communautaire 2006/54/CE du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail prévoit expressément le droit d'agir des associations, ce qui justifie qu'elles puissent saisir le Défenseur des Droits (contrairement aux organisations syndicales représentatives).

Si le code du travail ne prévoit pas la possibilité d'action en cas de discrimination collective :

- des associations et des organisations syndicales peuvent agir sans mandat express pour la défense d'intérêts particuliers (L 1134-2 et L 1134-3), mais peu d'actions sont exercées ;
- l'article L 2132-3 du Code du travail permet au syndicat d'agir pour la défense collective des intérêts de la profession mais pas d'obtenir réparation individuelle pour les salariés ;

- le décret du 20 août 2008 prévoit une dérogation au principe selon lequel seul le destinataire d'une décision individuelle négative peut ester en justice pour l'agent public ou le candidat à un emploi public qui s'estimerait frappé par une mesure discriminatoire ou constitutive de harcèlement. Les associations existant depuis plus de cinq ans peuvent introduire l'action, agir au nom de plusieurs victimes identifiées, mais en 2013 aucune action n'avait été intentée.

C'est dans ce contexte que le 14 janvier 2014, Monsieur Razzy Hammadi a déposé une proposition de loi instaurant une action de groupe pour lutter contre les discriminations, qui a été adoptée par la commission des Lois le 27 mai 2015, puis le 10 juin 2015 en première lecture par l'Assemblée Nationale.

1. La proposition de loi

La ou les personnes s'estimant discriminées devront saisir un syndicat ou une association créée depuis au moins trois ans qui seuls pourront agir en justice.

La procédure pourra viser des entreprises mais aussi le secteur public.

Le Tribunal compétent est le TGI ou la juridiction administrative.

Le juge demandera à l'entreprise de prouver qu'elle n'a pas pratiqué de discrimination, faute de quoi elle sera considérée comme responsable.

Il peut ordonner toute mesure d'instruction et ordonner la communication de pièces.

Une fois la responsabilité reconnue, le juge définit le groupe de victimes, en fixe les critères de rattachement et détermine le montant des préjudices.

Il peut ordonner toute mesure pour mettre fin à la discrimination, condamner le défendeur à indemniser directement et individuellement les victimes, dans un délai et selon des modalités qu'il fixe.

La décision, lorsqu'elle n'est plus susceptible de recours ordinaire ni de pourvoi en cassation, fait l'objet de mesures d'information individuelle des personnes lésées, aux frais du défendeur, afin de leur permettre d'accepter d'être indemnisées dans les termes de la décision.

En cas d'inexécution, à l'égard des personnes ayant accepté l'indemnisation, de la décision rendue dans le délai fixé, l'acceptation de l'indemnisation

dans les termes de la décision vaut mandat aux fins d'indemnisation au profit de l'association ou de l'organisation syndicale.

Le juge ordonne la publicité de sa décision et fixe un délai (de deux à six mois) pour que les personnes qui souhaitent appartenir à ce groupe y adhèrent.

Une fois ce délai expiré, le juge établit la liste des personnes redevables à obtenir une réparation et fait appliquer la condamnation.

A tout moment le requérant pourra participer à une médiation pour obtenir réparation des préjudices individuels. L'accord s'il est conclu devra être homologué par le Juge.

2. L'avis du Défenseur des droits

Le Défenseur des Droits a été auditionné le 2 juin 2015. Il a émis un avis.

Il s'interroge : « *Quelle sera la capacité à agir de celles et ceux qui ne trouveraient pas des appuis associatifs ou syndicaux ? Quelle sera la capacité effective d'agir des associations de lutte contre les discriminations et les syndicats ?* ».

Il fait observer que :

- « *L'histoire des réclamations nous indique plutôt que les victimes ont beaucoup de difficultés à obtenir le soutien des syndicats et des associations pour entreprendre des recours : ouvriers de Renault, femmes dans les grandes entreprises, victimes de racisme.* »
- Dans plusieurs domaines, il n'y a pas d'associations assez solides pour s'engager dans de telles actions (égalité hommes/femmes...)
- « *Le droit des discriminations est un contentieux des situations humaines et des faits qui exige la présentation d'éléments concrets* ».

Il préconise de :

- donner accès au recours collectif aux personnes se réunissant pour les besoins de l'action et aux nouvelles associations qui vont se développer sur des sujets nouveaux et soutenir les besoins techniques de ce contentieux nouveau ;
- d'instaurer une étape d'évaluation-modélisation qui qualifie les demandes et ouvre un espace à la médiation une fois la liste des

plaignants établie et le mis en cause confronté au risque d'une lourde condamnation pécuniaire (sans compter les enjeux d'image).

3. La position du Conseil national des barreaux

3.1 Le communiqué du Conseil national des barreaux

Le 5 juin 2015 dans un communiqué, le CNB a dénoncé la création d'un monopole de fait au profit des associations qui ne présentent pas forcément toutes les garanties d'indépendance, et de confidentialité.

Le CNB rappelle que c'est l'avocat qui est, avec sa déontologie, le mieux à même d'accompagner le justiciable victime de discrimination tout au long de la procédure, dans une relation de confiance, en toute sécurité.

3.2 Commentaires du Conseil national des barreaux sur l'avant-projet

Le 24 juillet 2015, le CNB a fait ses commentaires sur l'avant-projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXI^{ème} siècle qui reprend ce même schéma procédural concernant l'action de groupe.

Après avoir rappelé le dispositif de l'action de groupe (Titre 5), le CNB dénonce le socle processuel prévu qui ne permettra pas pour lui à l'action de groupe de tenir ses promesses.

Pour le CNB l'action de groupe doit :

- Bénéficier d'un large champ d'application, englobant par principe tous les préjudices sériels, dans tous les domaines du droit
- Pouvoir être introduite aussi par une association créée à cet effet ou par un avocat.

Le CNB, comme le Défenseur des Droits, fait le constat de l'inexistence d'associations suffisamment solides pour s'aventurer dans de tels contentieux, qui présenteraient des garanties suffisantes en matière de secret professionnel, d'indépendance, de confidentialité et d'interdiction de conflit d'intérêts. Dans le domaine de la santé, le recours à un avocat garantirait à chaque victime le respect de la confidentialité de son dossier médical dans le cadre de la conduite de l'action de groupe. Le CNB considère que l'avocat a vocation naturelle à jouer ce rôle de par son expérience et la garantie qu'offre sa déontologie.

Le CNB estime que le juge doit être le seul filtre de la recevabilité de l'action de groupe, qu'il doit exercer un triple contrôle, sur le sérieux et le caractère collectif du contentieux, sur la capacité du demandeur à représenter de manière indépendante les intérêts du groupe, et sur le respect du délai dans lequel l'action doit être menée. Au terme de ce triple examen de la recevabilité de l'action il faudrait qu'il détermine les critères d'appartenance au groupe et ordonne les mesures de publicité adaptées.

Le CNB réitère sa demande de suppression du filtre de l'association.

A titre subsidiaire et pour le cas où cette demande serait écartée, le CNB demande qu'il soit possible de constituer une association ad hoc et subsidiairement que l'avocat intervienne pour le groupe dans les quatre cas de figure suivant :

- absence d'association pouvant introduire l'action ;
- association qui malgré une mise en demeure n'a pas agi ;
- impossibilité matérielle pour l'association d'agir ;
- conflit d'intérêts de l'association

Le Conseil national des barreaux espère que son avis sera suivi.

Allocutions de clôture

« L'avenir du droit de la non-discrimination »

Monsieur Jacques Toubon

Défenseur des droits

Mesdames et Messieurs les hauts magistrats,

Mesdames et Messieurs les avocats,

Chers amis,

Le 30 décembre 2004 était promulguée la loi portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE). Le 8 mars 2005, le collège de ses membres était désigné et cette nouvelle autorité administrative indépendante allait entamer ses premiers travaux.

Dix ans plus tard, j'ai souhaité nous réunir afin de dresser le bilan de cette décennie. Dans ce court laps de temps, un domaine du droit, peu connu, peu usité dans notre pays, a acquis ses lettres de noblesse si j'en crois la qualité de celles et ceux qui ont bien voulu apporter leur témoignage, leur expérience et leur point de vue tout au long de la journée.

Qu'il me soit permis de remercier une nouvelle fois le premier président de la Cour de cassation d'avoir accueilli nos travaux.

Je salue aussi Jean Claude Bonichot, Yves Bot et Françoise Tulkens.

Les juges européens, sans doute nos premiers inspirateurs en matière de contentieux des discriminations, de droit de cette notion, les meilleurs représentants des cours suprêmes de nos deux ordres juridictionnels, des avocats chevronnés, tous ont bien voulu nous exposer, de leurs points de vue respectifs, la montée en puissance comme les obstacles rencontrés par cette nouvelle branche du droit.

Je remercie le Bâtonnier Eydoux et je partage ses points de vue sur la lettre contre le racisme et la procédure du futur recours collectif.

Il est vrai que, sur le plan législatif au moins, la France a fait montre d'un activisme sans pareil en Europe! Pas moins de vingt critères légaux de discriminations figurent aujourd'hui dans notre arsenal légal. Il y aurait d'ailleurs beaucoup à dire sur cette soudaine inflation et les risques qu'à terme, la lutte contre les inégalités de traitement soit utilisée comme substitut aux politiques publiques comme l'aménagement du territoire, la politique de la ville ou la lutte contre la pauvreté...

Le temps paraît loin - quinze ans déjà - où 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] dite "race" invitait les États Membres à créer des organismes indépendants en charge de promouvoir l'égalité et d'apporter leur aide aux victimes de discriminations.

Sous la HALDE, au cours de ses cinq années d'existence, puis au cours des cinq années suivantes, sous l'égide du Défenseur des droits, le droit de la non-discrimination a progressé dans notre pays, au profit de nombre de nos concitoyens. Il a permis de condamner les auteurs d'actes motivés par le racisme, le sexisme ou l'homophobie, le mépris des personnes en situation de handicap, dépendantes du fait de l'âge ou de la maladie ou victimes de harcèlement. De nombreux exemples ont été rapportés aujourd'hui. Ils attestent selon moi de la pertinence d'un modèle de protection généraliste, qui combat toutes les formes de discriminations, un modèle adapté aux enjeux contemporains en conservant une perspective universaliste et un traitement intersectionnel pour des discriminations qualifiées de multiples par Antoine Lyon-Caen.

Nous ne saurions évidemment considérer que la question des discriminations est réglée dans notre pays, loin s'en faut.

Pour protéger les droits fondamentaux toujours bafoués, la société civile et les institutions créent des mécanismes pour mettre en œuvre l'accès aux droits. Les recours se développent et permettent la construction d'une jurisprudence affirmant et précisant toujours plus les exigences de la norme et les contours des droits, malgré un contexte où le pragmatisme et les impératifs économiques favorisent plutôt le statu quo. Nous avons entendu les avocats nous présenter les stratégies contentieuses qui ont été mises à *contribution où toute leur créativité a été nécessaire afin que le procès livre sa promesse d'accès au droit.*

Le Défenseur des droits a continué le travail engagé par la HALDE. Il poursuit sa mission d'accès au droit en facilitant l'accès à la preuve grâce à ses pouvoirs d'enquête et en proposant une grille de lecture des faits et des droits dans le cadre des observations qu'il présente devant les juridictions civiles, pénales et administratives.

Son rôle est distinct de celui des parties et de leurs avocats, mais il assure cette mission d'auxiliaire de justice en proposant sa lecture des droits dans les dossiers dont il est saisi. Sa participation à l'action judiciaire est son premier moyen de promotion de l'égalité en matière de discrimination. J'espère qu'un jour nous pourrons présenter des observations devant la Cour de justice de l'Union européenne.

Mais l'on voit bien que les sujets soulevés et les réalités de la casuistique sont tels, que la reconnaissance d'une situation discriminatoire, si elle applique les principes et impose le respect de la norme, reste un succès individuel et ne signe pas la fin d'une pratique discriminatoire ou la résolution d'un problème pour tous ceux qui sont dans la même situation.

Si l'on observe l'affaire des travailleurs étrangers marocains de la SNCF, dans laquelle le Conseil des prud'hommes de Paris a rendu sa décision la semaine dernière, ils plaident la discrimination fondée sur la nationalité tout au long de leur carrière en raison du statut de la SNCF interdisant le recrutement des étrangers au statut de cheminot. Les arguments économiques plaidés par la SNCF pour justifier le maintien de l'inégalité de traitement n'ont pas été retenus, mais ils posent une question centrale :

Combien coûte le choix de corriger les discriminations fondées sur la nationalité à la SNCF pour le passé et pour l'avenir? En comparaison, attendre que quelques-uns osent se plaindre et aient le courage d'affronter l'entreprise et les tribunaux, peut paraître rentable, face à l'ampleur de l'enjeu financier quand on parle de grilles de rémunération, de carrière des femmes, de carrière des travailleurs étrangers recrutés il y a plus de trente ans, de pratiques de recrutement favorisant les nationaux.

Le bilan

Dix ans après, l'expérience nous indique que la HALDE et le Défenseur des droits ont réussi à développer et promouvoir une grille d'analyse pour établir les situations de discrimination et les pratiques discriminatoires et à faire reconnaître la dimension collective du problème.

Prenons deux exemples de dossiers qui sont tous deux allés jusqu'en cassation.

Dans le dossier qu'a évoqué **Maître Boussard-Verrecchia** cet après-midi, la Cour d'appel de Paris a eu à se prononcer sur une discrimination au retour du congé de maternité et parental. Pour ce faire, la Cour s'est fondée sur la comparaison de la carrière de la réclamante avec un groupe de personnes qui étaient en situation comparable à leur arrivée dans l'entreprise ; c'est une preuve collective en quelque sorte. La Cour d'appel en a conclu que la preuve avait été rapportée qu'une grande banque française avait une pratique de gestion des carrières discriminatoire à l'égard des femmes...

Dans un autre dossier, où l'enquête de la HALDE a duré trois ans et dont la procédure judiciaire a duré cinq ans, la Cour d'appel de Toulouse a conclu, sur la base d'une preuve examinant toutes les embauches pendant six ans, qu'un grand industriel français qui embauchait des personnes d'origine maghrébine en contrat à durée déterminée mais qui privilégiait les embauches en contrat à durée indéterminée de Français de souche, avait des pratiques d'embauche discriminatoire à raison de l'origine.

Mais à l'issue de ces affaires, la pratique de gestion discriminatoire de la banque n'aura donné lieu qu'à une indemnisation de quelques 200 000 €, et la pratique d'embauche discriminatoire de l'industriel qu'à une condamnation à 20 000 € de dommages et intérêts. Elles sont restées des condamnations isolées sans enjeu financier et sans impact sur les pratiques de l'entreprise.

Ainsi, indépendamment d'un éventuel souci d'image, il reste économiquement plus rentable de maintenir des inégalités de traitement dont la correction aurait un coût économique substantiel, dès lors que les poursuites restent éventuelles et isolées, sont traitées au cas par cas et n'ont à la fin qu'un impact financier minime.

Par ailleurs, en matière de discriminations à l'embauche, les réclamations et les recours restent rares et peu représentatifs de la réalité, et surtout ils ont peu de succès. Le droit n'est toujours pas un outil de sanction efficace et il n'offre pas un mécanisme de régulation des pratiques des opérateurs économiques en matière d'embauche.

De la même manière, les personnes victimes des politiques commerciales d'exclusion de certains publics, par exemple :

- Les personnes âgées, exclues du crédit
- Les personnes handicapées, exclues du transport aérien

ont pour seul recours le droit pénal et sont confrontées aux limites

inhérentes à ce recours- exigeant une preuve explicite du fondement discriminatoire de la décision- que nous a exposées **Maître Demard**.

Le Président Guérin nous a bien expliqué comment les tests de situation pouvaient être considérés comme une provocation à commettre une infraction et combien la tâche de la Chambre criminelle était délicate pour en fixer la limite.

Ainsi, le recours judiciaire n'offre pas la réponse effective à toutes les situations de discrimination.

C'est pourquoi l'enjeu est désormais celui de notre capacité à développer les instruments qui vont nous permettre de traiter les discriminations résultant de pratiques collectives au nom de la promotion de l'égalité et des droits, de leur effectivité, mais aussi du devoir de responsabilité de l'État et des grands acteurs économiques privés et publics.

Il n'est plus acceptable que l'embauche, le salaire, la carrière, les droits à la retraite des personnes soient biaisés du fait du sexe ou de la nationalité.

Il n'est plus acceptable que les fractures idéologiques de la société française s'expriment au travail par la violence et le harcèlement des personnes en raison de leur religion, de leur origine ou de leur orientation sexuelle supposée, sans que l'entreprise ou l'État ne s'imposent un devoir d'intervenir concrètement, et évaluent l'effectivité sur le terrain des moyens mis en œuvre.

Au début des années 2000, le principe de non-discrimination est nouveau et perçu comme une démarche pénale. L'enjeu était de faire en sorte que la norme de non-discrimination devienne une « **menace crédible** ».

Nous avons pu constater que ce défi a été relevé et que depuis les quinze dernières années, les juridictions françaises ont intégré les modes de raisonnement de la grille d'analyse des situations de discrimination, de sorte que l'on peut réellement parler de **norme partagée et comprise**.

Mais, après une approche fondée sur la promotion de l'accès au droit pour susciter le recours et quinze ans de contentieux, on constate que l'impact de la règle de non-discrimination ne permet pas d'offrir une réponse aux victimes et aux groupes concernés dès que des sommes importantes sont en jeu. L'ampleur de l'impact financier et structurel de la cessation des discriminations collectives paralyse les opérateurs économiques et institutionnels.

En fait le niveau de développement en France du cadre juridique et de la jurisprudence offre déjà les repères techniques pour créer les prochains outils non-contentieux de l'efficacité juridique, fondés sur l'évaluation et l'obligation d'intervenir.

Une stratégie pour la promotion et l'effectivité du principe de non-discrimination.

La norme a pris sa place et continuera à se développer grâce à l'action contentieuse. Mais en parallèle, la prochaine étape doit être construire l'effectivité de la norme sur le terrain. La discrimination ne doit plus être rentable et sa répression ne doit plus être fondée sur le seul recours à l'action judiciaire individuelle.

Il m'apparaît d'abord nécessaire de développer une stratégie d'éducation aux droits pour développer une culture des droits à l'école, au sein des services de l'État mais aussi auprès du grand public qui doit connaître ses droits pour les exercer.

Mais ce travail sur les esprits n'est pas suffisant si les discriminations ne sont pas combattues par tous les moyens et notamment sans que des outils d'intervention collective ne soient adoptés, à l'instar de nombreux pays.

Deux pistes se dégagent :

- Approfondir les obligations légales et les mécanismes pour généraliser les obligations d'études et de rapports, comme le rapport de situation comparée, et construire des obligations d'audit des droits dans certains secteurs, choisis pour leur caractère d'exemplarité ;
- L'effectivité du futur dispositif de recours collectif.

Le recours collectif :

L'introduction dans le droit procédural d'un dispositif de recours collectif permettrait de passer d'une approche individuelle de la réparation au bénéfice d'une victime, qui se limite à des effets symboliques pour les tiers, à une approche collective de la situation en faveur de l'ensemble des victimes se trouvant dans une situation similaire.

C'est le risque économique encouru qui incite à régler une situation collective de discrimination. Il en résulte que le recours collectif est un outil d'accès au droit efficace : un seul recours pour toutes les victimes, susceptible de déboucher sur des réparations, et, corrélativement,

une remise en cause des pratiques discriminatoires, l'intérêt financier commandant de les faire cesser.

Enfin, face à une situation qui ferait l'objet d'une série contentieuse, comme l'affaire des travailleurs marocains de la SNCF, dont le traitement du dossier en première instance a débuté il y a dix ans, le recours collectif permet de construire un cadre pour rationaliser l'administration de la justice et traiter au mieux le volume potentiel d'un contentieux de masse.

Cependant les différents textes en discussion au soutien de l'action collective à la française, donnent tous le monopole de la mobilisation aux associations et aux syndicats, ce qui me semble une erreur.

- Quelle serait la capacité d'agir de ceux ou celles qui ne trouveraient pas ce type d'appuis ?
- Les acteurs syndicaux ont-ils les mêmes intérêts que les personnes discriminées ? On sait notamment que les organisations syndicales ont été peu intéressées à la discrimination fondée sur l'origine ou la discrimination à l'égard des femmes et que les travailleurs ont trouvé peu d'appui auprès d'elles pour entreprendre des recours.

Par ailleurs, quelles sont leurs compétences et leurs moyens pour soutenir des contentieux de cette ampleur ?

L'écran de l'association ou du syndicat n'apparaît ni vecteur d'accès au droit, ni garant de l'efficacité technique et juridique du recours. Il ne faut rechercher que la capacité effective et l'intérêt à agir des plaignants.

Le traitement collectif des discriminations annonce une nouvelle étape qui verra se développer de nouvelles stratégies d'action. Il semble nécessaire d'encourager les nouvelles formes de mobilisation pour favoriser l'organisation de nouveaux collectifs réunis autour de la mobilisation et de l'action judiciaire.

Pour finir j'énoncerais devant vous quelques idées pour avancer.

On peut d'une part améliorer la loi.

D'abord préciser les critères, par exemple mentionner la maltraitance avec le critère d'âge comme le Parlement l'envisage par un amendement à la loi sur le vieillissement.

Puis uniformiser et rationaliser un droit quelque peu « bancal ».

Ainsi le critère de la situation de famille ne s'applique pas dans la fonction

publique comme dans l'emploi privé. Ou bien la notion d'aménagement raisonnable n'existe pas pour l'accès aux biens et aux services.

Surtout, envisager de créer une voie civile pour l'accès aux biens et services ; certains critères ne peuvent être retenus que par la voie pénale, contrairement à l'emploi qui est couvert aussi par le code du Travail.

Nous souhaitons en outre que la loi dispose en faveur de l'égal accès à la cantine scolaire ainsi que le Défenseur des droits le proposait dès 2013 et que le prévoit la proposition de loi adoptée en première lecture pour l'Assemblée nationale.

Par ailleurs sur un sujet fort épineux, celui des contrôles d'identité « subjectifs », après l'arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 24 juin dernier, nous envisagerons de proposer d'introduire une forme de traçabilité dans la proposition de loi de Gilles Savary qui entend donner de nouveaux pouvoirs aux agents des services de sécurité des sociétés de transport ferroviaire.

On doit, d'autre part, conduire une politique de promotion afin de développer le recours au droit existant ou à venir alors que nous constatons des comportements marqués de timidité, d'incompréhension, d'indifférence ou de fatalisme.

Nous devons mener une action de sensibilisation et de formation auprès des élèves, des policiers, des directeurs des ressources humaines et des partenaires sociaux.

Nous devons élargir l'accès aux droits des plus vulnérables qui sont le plus fréquemment discriminés.

Ainsi, nous lançons une grande enquête auprès de la population générale sur les motifs de non-recours.

Nous agissons concrètement pour élargir l'accès : élargissement de notre réseau de délégués territoriaux, égalité des territoires pour les services publics, accessibilité des personnes handicapées.

Nous allons affiner et contrôler les tests de situation qui permettent de diagnostiquer les discriminations systémiques.

Finalement, mon propos ne comportera aucune autre conclusion que celle de notre volonté de continuer la marche, de s'appuyer sur la sécurité juridique, de prévenir la non-application, de faciliter la tâche des juges, car il n'y a rien au-dessus de l'égale dignité de chaque personne humaine.

Monsieur Laurent Le Mesle

Premier avocat général doyen à la Cour de cassation

Il est sans doute paradoxal que ce soit un magistrat du parquet de la chambre commerciale qui vienne conclure ce séminaire consacré à la lutte contre les discriminations tant on peinerait à trouver dans la jurisprudence de la chambre commerciale de quoi illustrer, ou même mettre en perspective vos débats d'aujourd'hui.

A bien y réfléchir, cette situation est, au demeurant, étonnante - On sait, en effet, la part importante que les discriminations dites "économiques" ont pris à l'origine dans la prise de conscience du phénomène puis dans l'organisation de la lutte contre celui-ci. - Il suffit de rappeler l'Ordonnance du 30 juin 1945 réprimant le refus de vente ou de prestation de service (celui-ci n'est plus aujourd'hui réprimé que par une contravention et n'incrimine plus que le refus opposé par un commerçant à un consommateur) - Désormais, c'est en réalité l'article 225-2 du code pénal qui incrimine ce type de comportement : toute distinction opérée à raison de etc...qui consiste à : (notamment)

- 1/ Refuser la fourniture d'un bien ou service
- 2/ Entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque.
- 3/ Subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur l'un des éléments visés aux article 225-1 et 225-1-1 du code pénal.

Alors pourquoi ce silence en la matière de la jurisprudence commerciale?

Une première raison pourrait tenir à ce que l'essentiel de la lutte contre les discriminations est organisé en France par des textes répressifs et que c'est donc la jurisprudence pénale qui est la mieux à même de rendre compte de l'activité judiciaire en la matière.

C'est vrai bien sûr, mais en partie seulement. En effet si la réponse n'était que répressive, comment expliquer l'abondante jurisprudence en matière sociale, ou bien la part prise par la lutte contre les discriminations dans la jurisprudence administrative ?

Le refus d'embauche, le licenciement, l'aménagement du temps de travail, des modalités du travail...autant de sujets qui sont susceptibles de donner

lieu à des poursuites pénales, mais qui sont également appréhendés par le juge du contrat de travail.

Même chose en droit public - les discriminations en matière d'accès aux concours, de statut, de déroulement de carrière et de traitement des agents publics par exemple ne sont pas étrangères au juge pénal, et elles génèrent pourtant un contentieux qui est loin d'être négligeable devant la juridiction administrative.

Pourquoi le juge du contrat commercial ne serait-il pas, autant que celui du contrat de travail par exemple, le gardien ou le défenseur de l'égalité civile à laquelle portent atteinte les discriminations?

Je me posai la question en m'intéressant à un événement jurisprudentiel récent qui est l'une des suites de l'affaire dite Baby Lou. Vous savez mieux que moi - et vous avez du l'évoquer aujourd'hui - que la chambre sociale de la Cour de cassation a décidé de transmettre à la CJUE une question préjudicielle dans le cadre d'une affaire relative au port du voile islamique en entreprise. Il s'agissait, au cas d'espèce d'une consultante en informatique que son employeur détachait auprès d'entreprises clientes; or le client refusait que la prestation de service informatique soit exercée par une salariée portant le foulard, et menaçait de rompre le contrat commercial.

J'ai été frappé de lire sous la plume des commentateurs de cette affaire à la Revue des Droits de l'Homme, l'observation suivante : “ la particularité de l'espèce résidait cependant dans le particularisme des rapports de sous-traitance informatique dans lesquels le rapport de travail se dilue dans un rapport entre le salarié, l'entreprise prestataire et l'entreprise cliente. Sans assumer les responsabilités d'employeur, le client pouvait ainsi exiger certains comportements des salariés qui lui sont affectés, sous peine de rompre le contrat commercial qui le lie à l'entreprise prestataire. **En toute logique, on devrait considérer qu'il revient à l'employeur, face à une demande potentiellement discriminatoire d'un client, d'assumer sa responsabilité d'employeur, en affectant sa salariée chez un autre client, ou à défaut, de la licencier pour motif économique** ” et les auteurs poursuivaient, sur un mode critique “ l'employeur a cependant fait le choix ici de placer le débat sur le terrain disciplinaire ”.

En réalité, n'aurait-on pas pu voir les choses différemment? De deux choses l'une en effet, ou bien la demande du client était légitime, par exemple parce que la salariée devait être en contact avec la clientèle, et alors pourquoi la réaction de l'employeur serait-elle condamnable?

Ou bien, au contraire, rien ne justifiait son refus et alors c'est la menace même du cocontractant qui était condamnable : la rupture de contrat était abusive. Ce qui est proprement une question de droit commercial. Si bien que je me demande si parfois le débat ne devrait pas avoir vocation à se déplacer du terrain social au terrain commercial.

Pour autant il ne faut pas sous estimer le risque que comporterait pour l'employeur le choix d'engager un contentieux commercial.

Et par exemple, quelle certitude y'aurait-il d'une cohérence avec la jurisprudence sociale? Comment être certain que le juge du contrat commercial et celui du contrat de travail auront la même lecture du fait qualifié de discriminatoire?

On peut donc dire que, si le champs des discriminations dans l'entreprise (vis à vis des salariés, vis à vis des clients) est largement pris en compte, outre le droit pénal, par le droit social et le droit de la consommation notamment, le droit commercial n'est pas apparu comme étant le meilleur vecteur de la lutte qui a été engagée.

Pourquoi?

Je vous propose deux explications possibles (sans prétendre épuiser le sujet).

1/ C'est la philosophie même du droit commercial qui serait en cause.

On connaît la définition de la discrimination que donne le vocabulaire juridique Gérard Cornu : "différenciation contraire au principe de l'égalité civile consistant à rompre celle-ci au détriment de certaines personnes physiques (...) par application de critères sur lesquels la loi interdit de fonder des distinctions juridiques".

Le terme important est celui d'Egalité - La discrimination est répréhensible et condamnable en ce qu'elle est une atteinte à l'égalité. Bien sûr le droit commercial et la jurisprudence des juridictions qui sont chargés de l'appliquer n'ignorent-ils pas ce deuxième élément de notre triptyque républicain. Il n'en reste pas moins que le droit commercial c'est peut-être plus encore l'expression d'une Liberté constitutionnellement garantie, à savoir la liberté d'entreprendre.

Par exemple, lorsqu'à l'occasion d'une QPC est invoquée une atteinte au principe d'Egalité, la chambre commerciale fait application, comme il est normal du considérant de principe du Conseil constitutionnel : " le

principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, **ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général**, pourvu que dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit " - Seulement, il arrive sans doute plus souvent que dans d'autres domaines que les dérogations à l'égalité correspondent à l'intérêt général.

Et il m'est arrivé de me demander si les commercialistes n'étaient pas un peu les descendants des auteurs français du XIX^{ème} siècle qui, de Chateaubriand à Tocqueville, ont souvent opposé liberté et égalité, en faisant le choix de la première (Chateaubriand allant jusqu'à souligner les relations particulières que la seconde entretenait avec la tyrannie, ancien nom du totalitarisme). Auquel cas les organisateurs de ce colloque auraient pris un grand risque en me demandant de le conclure.

Mais à la réflexion il me semble que la liberté s'arrange presque aussi mal des injustices que ne le fait l'égalité. Après tout la prise en compte des éléments contenus dans l'article 225-1 du code pénal (origine, sexe, situation de famille, grossesse, apparence physique, patronyme, lieu de résidence, état de santé, handicap, caractéristiques génétiques, moeurs, orientation ou identité sexuelle, âge, opinion politique, activités syndicales, appartenance vraie ou supposée à une nation, une ethnie, une race ou une religion déterminée), pour porter atteinte à l'exercice normal de l'activité économique, se fait toujours au détriment du seul critère de distinction recevable qui doit être celui du mérite.

2/ Si bien que je me demande si le vrai sujet n'est pas celui de la confusion des notions et même, d'une certaine manière, celui de l'incohérence (voire de la contradiction) des priorités. Deux exemples, en forme de conclusion :

- Comment mettre en cohérence, par exemple, la lutte contre le boycott de certains produits à raison de leur origine, au titre de l'entrave à une activité économique quelconque (on pense bien sûr au boycott des produits israéliens, et aux mesures de rétorsion imposées par certains pays de la Ligue arabe) avec les dispositions anti-embargo imposées proprio motu par d'autres pays (c'est à dire hors tout cadre onusien, ou plus largement international) - je veux bien sûr parler des sanctions infligées par la justice américaine pour violation de l'embargo cubain (très fortes amendes, menaces de retrait de licence). Discrimination

condamnables dans un cas? Bien sûr - Mais alors pourquoi ne le serait-elle pas dans l'autre?

- En France même, que penser de l'action des agriculteurs qui invitent " fermement " au boycott des produits étrangers en ce compris les productions de nos partenaires européens? Il est peu douteux qu'il s'agisse de discrimination, et d'incitation à discriminer. D'aucuns (et pas seulement les gouvernants) diront que c'est de la discrimination légitime; on a ainsi pu lire dans la presse qu' " acheter français est devenu un geste citoyen ". Dans d'autre domaine pourtant, c'est la lutte contre les discriminations qui est, au contraire, considérée comme un geste citoyen (c'est par exemple souvent ainsi que l'on présente le testing).

Ainsi il y aurait de la bonne discrimination et de la mauvaise - sans que l'on sache toujours très bien où faire passer le curseur. Il me semble que la matière économique est sujette plus que toute autre à ce type de casuistique.

Si bien que mon intervention à titre conclusif n'est pas seulement paradoxale, j'ai le sentiment qu'elle est aussi un peu... exotique.

Notes

- ¹ Texte écrit en collaboration avec Stéphane Eustache, magistrat administratif, chargé de mission auprès du vice-président du Conseil d'État.
- ² A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, t. 2, éd. GF-Flammarion, 1981, Paris, p. 122.
- ³ L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, J.-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux et G. Scoffoni, *Droit constitutionnel*, éd. Dalloz, 8e éd., p. 866.
- ⁴ Art.1^{er} : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune » ; art. 6 : « La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents. »
- ⁵ Par sa décision CC n°73-51 DC du 27 décembre 1973, *Loi de finances pour 1974*, dite « Taxation d'office », le Conseil constitutionnel s'est référé pour la première fois au principe d'égalité devant la loi, tel que « contenu dans la Déclaration des droits de l'Homme de 1789 et solennellement réaffirmé par le préambule de la Constitution ». Dès 1971, le Conseil constitutionnel avait consacré la valeur constitutionnelle du préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 (CC n°71-44 DC du 16 juillet 1971, *Liberté d'association*).
- ⁶ Voir pour la reconnaissance d'un principe général du droit d'égalité devant le service public : CE, Sect., 9 mars 1951, *Société des concerts du conservatoire*, Rec. 151.
- ⁷ Voir pour la reconnaissance d'un principe général du droit d'égalité d'accès aux emplois et fonctions publics : CE, Ass., 18 mai 1954, *Barel*, Rec. 308.
- ⁸ Voir pour la reconnaissance du principe de l'égalité des femmes aux emplois publics : CE, Ass., 3 juillet 1936, *Dlle Bobard*, Rec. 721 ; pour le développement de ce principe, en particulier dans les statuts de la fonction publique : GAJA, n°48, 19e éd., p. 306.
- ⁹ Voir en ce qui concerne le principe d'égalité devant l'impôt : CE, Sect., 4 février 1944, *Guiéysse*, Rec. 45.
- ¹⁰ CE, Sect., 2 novembre 1956, *Biberon*, Rec. 403.

- ¹¹ Voir en ce qui concerne une décision individuelle légale : CE 30 novembre 1923, *Couitéas*, Rec. 789 ; en ce qui concerne un acte réglementaire légal : CE, Sect., 22 février 1963, *Commune de Gavarnie*, Rec. 113 ; en ce qui concerne une loi : CE, Ass., 14 janvier 1938, *Société anonyme des produits laitiers « La Fleurette »*, Rec. 25 ; en ce qui concerne une convention internationale : CE, Ass., 30 mars 1966, *Compagnie générale d'énergie radio-électrique*, Rec. 257.
- ¹² J. Rivero, « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, tome XIV, années 1961-1962, éd. Dalloz, 1965, p. 841.
- ¹³ Voir, par exemple, en ce qui concerne les conditions de modulation des tarifs d'un service public selon le lieu de résidence des usagers : CE, Sect., 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, Rec. 274 ; ou encore en ce qui concerne les conditions d'accès à un service public communal non obligatoire, selon l'intensité du lien entre les usagers et la commune : CE, Sect., 13 mai 1994, *Commune de Dreux*, Rec. 233 ; ou les conditions de modulation des tarifs de ce type de service public, selon le niveau de ressources de la famille de l'utilisateur : CE, Sect., 29 décembre 1997, *Commune de Gennevilliers*, Rec. 499.
- ¹⁴ Voir CE, Ass., 28 mars 1997, *Sté Baxter*, n°179049 : « le principe d'égalité n'implique pas que des entreprises se trouvant dans des situations différentes doivent être soumises à des régimes différents ».
- ¹⁵ R. Hernu, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, éd. LGDJ, 2003, p. 18.
- ¹⁶ G. Calvès, « Non-discrimination et égalité : de la fusion à la séparation ? », in F. Fines, C. Gauthier et M. Gautier, *La non discrimination entre les européens*, éd. Pedone, 2012, p. 9.
- ¹⁷ G. Calvès, « Non-discrimination et égalité : de la fusion à la séparation ? », in F. Fines, C. Gauthier et M. Gautier, *La non discrimination entre les européens*, éd. Pedone, 2012, p. 10.
- ¹⁸ Voir notamment en ce qui concerne l'égalité entre les femmes et les hommes : le second alinéa de l'art. 1^{er} de la Constitution, dans sa version issue de la loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République : « La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales » ; voir également les attributions du Défenseur des droits : titre XI bis, art. 71-1, issu de la loi constitutionnelle n°2008-724 : « Le Défenseur des droits veille au respect des droits et libertés par les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics, ainsi que par tout organisme investi d'une mission de service public, ou à l'égard duquel la loi organique lui attribue des compétences. / Il peut être saisi,

dans les conditions prévues par la loi organique, par toute personne s'estimant lésée par le fonctionnement d'un service public ou d'un organisme visé au premier alinéa. Il peut se saisir d'office. (...) ».

¹⁹ Voir en particulier la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations ; voir aussi la récente loi n°2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes.

²⁰ Voir notamment en ce qui concerne le droit dérivé : directive n°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, directive n°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, directive n°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 (refonte) ; voir en ce qui concerne le droit primaire de l'Union européenne, depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne : Art. 19 TFUE (ex art. 13 TCE) : « 1. Sans préjudice des autres dispositions des traités et dans les limites des compétences que ceux-ci confèrent à l'Union, le Conseil, statuant à l'unanimité conformément à une procédure législative spéciale, et après approbation du Parlement européen, peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. / 2. Par dérogation au paragraphe 1, le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, peuvent adopter les principes de base des mesures d'encouragement de l'Union, à l'exclusion de toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres, pour appuyer les actions des États membres prises en vue de contribuer à la réalisation des objectifs visés au paragraphe 1. ».

²¹ Loi n°2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité.

²² Voir, par exemple, en ce qui concerne l'âge de mise en inactivité du personnel des industries électriques et gazières : CE 13 mars 2003, *Cherence*, n°352393 ; en ce qui concerne la limite d'âge de 65 ans pour un cadre d'emploi dans la fonction publique territoriale : CE 22 mai 2013, *Kiss*, n°351183 ; en ce qui concerne la limite d'âge de 57 ans pour tous les fonctionnaires du corps des ingénieurs du contrôle de la navigation aérienne : CE 4 avril 2014, *Ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie c. Lambois*, n°362785 et autres ; en ce qui concerne la condition d'âge minimal pour se présenter au second concours d'agrégation de droit public : CE 26 janvier 2015, *Slama*, n°373746.

- ²³ Voir, par exemple, en ce qui concerne une discrimination directe liée au sexe en matière de droit à une pension de réversion : CE 5 juin 2002, *Choukroun*, n°202667 ; en matière de droit à une pension de retraite bonifiée : CE 29 juillet 2002, *Griesmar*, n°141112 ; en matière de droit à une jouissance immédiate à une pension de retraite : CE 29 janvier 2003, *Beraudo*, n°245601 et CE 26 février 2003, *Llorca*, n°187401.
- ²⁴ Voir pour une des premières formulations explicites dans la jurisprudence administrative : CE 18 octobre 2002, *Spaggiari*, n°224804.
- ²⁵ CE, Ass., 27 mars 2015, *Quintanel*, n° 372426.
- ²⁶ Voir en ce qui concerne l'insuffisante accessibilité de locaux des palais de justice : CE, Ass., 22 octobre 2010, *Bleitrach*, n°301572.
- ²⁷ CE, Ass., 30 octobre 2009, *Perreux*, n°298348.
- ²⁸ Voir titre V du projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXI^{ème} siècle (JUSX1515639L) ainsi que l'avis du Conseil d'Etat : <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Avis/Selection-des-avis-faisant-l-objet-d-une-communication-particuliere/Mesures-relatives-a-la-justice-du-XXIeme-siecle>.
- ²⁹ Voir notamment en ce qui concerne l'Union européenne, les art. 5 et 12 du TUE ; en ce qui concerne la Convention européenne des droits de l'Homme, le protocole n°15 – qui n'est pas encore entré en vigueur – réaffirme le principe de subsidiarité, en introduisant dans le préambule de la Convention une référence à ce principe ainsi qu'à la doctrine des marges nationales d'appréciation.
- ³⁰ J. Rivero, « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, tome XIV, années 1961-1962, éd. Dalloz, 1965, p. 841.
- ³¹ Voy. de manière générale, O.M. Arnadottir, *Equality and Non-Discrimination under the European Convention of Human Rights*, La Haye-Londres-New York, Martinus Nijhoff Publishers, 2003 ; *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, sous la direction de F. Sudre et H. Surrel, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, collection « Droit et justice », 2008. Plus récemment, voy. J. Gerards, « The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention on Human Rights », *Human Rights Law Review*, vol. 13, n° 1, 2013, pp. 99 et s. ; E. Bribosia et I. Rorive, « Chronique – Droit de l'égalité et de la non-discrimination », *Journal européen des droits de l'homme*, 2013, n° 2, pp. 297 et s. ; *Id.*, 2014, n° 2, pp. 205 et s. ; *Id.*, 2015, n° 2, pp. 223 et s. ; E. Bribosia et I. Rorive, « Le droit de la non-discrimination à l'ère de la mondialisation », *Journal européen des droits de l'homme*, 2015, n° 1, pp. 3 et s.

- ³² Cette intervention est une version remaniée et actualisée de Fr. Tulkens, « L'évolution du principe de non-discrimination à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *L'étranger face au droit*, sous la direction de J.-Y. Carlier, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 193 et s.
- ³³ M. Melchior, « Le principe de non-discrimination dans la Convention européenne des droits de l'homme », *Égalité et non-discrimination*, Anvers, Kluwer, 1991, p. 26.
- ³⁴ F. SUDRE, « Rapport introductif », *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 24, n° 8.
- ³⁵ Cour Inter-Am. D.H., Avis consultatif OC-18/03 du 17 septembre 2003 sur la situation juridique et les droits des migrants sans papiers rendu à la demande des États-Unis du Mexique.
- ³⁶ Cour eur. D.H., arrêt *Strain et autres c. Roumanie* du 21 juillet 2005, § 59.
- ³⁷ F. Sudre, « Rapport introductif », op. cit., p. 23, n° 7.
- ³⁸ L'arrêt *Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine* de la Grande Chambre du 22 décembre 2009 est le premier cas d'application du Protocole n° 12. La Cour a jugé les dispositions constitutionnelles en cause discriminatoires dans la mesure où elles empêchaient un Rom ou un Juif de se présenter aux élections (§ 56). Voy. aussi Cour eur. D.H., arrêt *Zornic c. Bosnie-Herzégovine* du 15 juillet 2014, où la requérante n'avait pas pu se présenter aux élections en raison de sa décision de ne pas déclarer d'appartenance à l'un des « peuples constituants » définis dans la Constitution : le constat de violation formulé dans cette affaire résulte directement du fait que les autorités nationales n'ont pas adopté de mesures pour se conformer à l'arrêt rendu par la Grande Chambre dans l'affaire *Sejdić et Finci* (§ 32). Dix-huit ans après la fin du conflit tragique qui a sévi en Bosnie-Herzégovine, la Cour juge que le moment est venu d'adopter un système politique apte à offrir à tout citoyen de ce pays le droit de se porter candidat à la présidence du pays et à la Chambre des peuples sans distinction fondée sur l'appartenance ethnique (§ 43).
- ³⁹ Voy. par exemple : Cour eur. D.H., arrêt *Pla et Puncernau c. Andorre* du 13 juillet 2004, § 62 ; Cour eur. D.H., arrêt *Ünal Tekeli c. Turquie* du 16 novembre 2004, § 66.
- ⁴⁰ S. Van Drooghenbroeck, *La Convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. 2002-2004*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 131, n° 485.
- ⁴¹ Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Chassagnou et autres c. France* du 29 avril 1999, § 89.
- ⁴² Cour eur. D.H., arrêt *Sidabras et Dziautas c. Lituanie* du 27 juillet 2004, § 47. Voy. aussi E. Brems et J. Gerards (éds.), *Shaping Rights in the ECHR : the Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

- ⁴³ Cour eur. D.H. (GC), décision *Stec et autres c. Royaume-Uni* du 6 juillet 2005, § 40.
- ⁴⁴ Cour eur. D.H., arrêt *Membres de la Congrégation des Témoins de Jehovah de Gldani et autres c. Géorgie* du 3 mai 2007, §§ 140-141.
- ⁴⁵ Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Demir et Baykara c. Turquie* du 12 novembre 2008.
- ⁴⁶ Voy. Fr. Tulkens, « 50 ans de la Cour européenne des droits de l'homme vus par les autres Cours internationales. Introduction au séminaire », in COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME, *Dialogue entre juges*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2009, p. 13.
- ⁴⁷ Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Demir et Baykara c. Turquie* du 12 novembre 2008, §§ 85-86.
- ⁴⁸ Voy. F. Krenc, Fr. Tulkens et S. Van Drooghenbroeck, « Le soft law et la Cour européenne des droits de l'homme : questions de légitimité et de méthode » *Rev. trim. dr. h.*, n° 91, 2012, pp. 433 et s.
- ⁴⁹ Cour eur. D.H., arrêt *Glor c. Suisse* du 30 avril 2009, §§ 71 et s.
- ⁵⁰ Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Thlimmenos c. Grèce* du 6 avril 2000, § 44 ; Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Chapman c. Royaume-Uni* du 18 janvier 2001, § 127 ; Cour eur. D.H., arrêt *Posti et Rahko c. Finlande* du 24 septembre 2002, § 82.
- ⁵¹ R. Hernu, v° « Égalité et non-discrimination », *Dictionnaire des droits de l'homme*, sous la direction de J. Andriantsimbazovina et al., Paris, PUF, 2008, p. 359.
- ⁵² Cour eur. D.H. (GC), arrêt *D.H. et autres c. République tchèque* du 13 novembre 2007, § 195. Voy. S. Humphreys et J. Ringelheim, « Some Craven Scruple or Discriminating Between European Constitutional Orders. The Case of D.H. and Others v. Czech Republic », *European Society of International Law – Research Forum* (Budapest, 28 septembre 2007).
- ⁵³ R. Hernu, v° « Égalité et non-discrimination », *op. cit.*, p. 359.
- ⁵⁴ Cour eur. D.H., arrêt *Sampanis et autres c. Grèce* du 5 juin 2008, § 83. Sur l'usage des statistiques, voy. Cour eur. D.H., arrêt *Zarb Adami c. Malte* du 20 juin 2006, où la Cour a pour la première fois établi son constat d'une discrimination, en l'espèce fondée sur le sexe, sur la production d'une preuve statistique (§ 76).
- ⁵⁵ Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Orsus et autres c. Croatie* du 16 mars 2010, § 155. Voy. A. GRGIC, « Recognizing Formal and Substantive Equality in the Orsus Case », *European Yearbook of Minority Issues*, vol. 9, 2010, pp. 327 et s.
- ⁵⁶ Voy. déjà Cour eur. D.H., arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni* du 28 mai 1985.

- ⁵⁷ Cour eur. D.H. (GC), arrêt *D.H. et autres c. République tchèque* du 13 novembre 2007, § 209 ; voir aussi Cour eur. D.H., arrêt *Zarb Adami c. Malte* du 20 juin 2006.
- ⁵⁸ D. Martin, *Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire. Étude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 253 et s. ; J.-M. Larralde, « La Convention européenne des droits de l'homme et la protection de groupes particuliers », *Rev. trim. dr. h.*, 2003, p. 1248.
- ⁵⁹ J. Andriantsimbazovina, « Le droit à la non-discrimination appliqué aux groupes. Brèves remarques sur la reconnaissance progressive d'un droit des groupes par la Cour européenne des droits de l'homme », *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 197 et s.
- ⁶⁰ S. Van Drooghenbroeck S., *La Convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. 2002-2004*, vol. 2, op. cit., p. 130, n° 480.
- ⁶¹ A. Heringa, « Standards of review for discrimination », *Non-discrimination law : comparative perspectives*, sous la direction de T. Loenen et al., La Haye-Londres-Boston, Kluwer Law International, 1999, p. 31.
- ⁶² S. Van Drooghenbroeck, *La Convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. 2002-2004*, vol. 2, op. cit., p. 131, n° 483. Voy. aussi D. Martin, *Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire. Étude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, op. cit., pp. 272 et s.
- ⁶³ O. De Schutter, *L'interdiction de discrimination dans le droit européen des droits de l'homme. Sa pertinence pour les directives communautaires relatives à l'égalité de traitement sur la base de la race et dans l'emploi*, Bruxelles, Commission européenne, Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances, 2005, pp. 14-15.
- ⁶⁴ Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Konstantin Markin c. Russie* du 22 mars 2012, § 127.
- ⁶⁵ *Ibid.* Sur la question des stéréotypes, voy. A. Timmer, « Towards an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights », *Human Rights Law Review*, vol. 11, n° 4, 2011, pp. 707 et s.
- ⁶⁶ Sur la question de la nationalité en général, voy. S. Sarolea, *Droits de l'homme et migrations. De la protection du migrant aux droits de la personne migrante*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 482 et s.
- ⁶⁷ O. De Schutter, *L'interdiction de discrimination dans le droit européen des droits de l'homme. Sa pertinence pour les directives communautaires relatives à l'égalité de traitement sur la base de la race et dans l'emploi*, op. cit., p. 15.

- ⁶⁸ Cour eur. D.H., arrêt *Koua Poirrez c. France* du 30 septembre 2003, §§ 46 et 49.
- ⁶⁹ Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Andrejeva c. Lettonie* du 18 février 2009, § 87.
- ⁷⁰ O. De Schutter, « Interdiction de discrimination envers les étrangers et obligation d'intégration par le droit », *Le droit et la diversité culturelle*, sous la direction de J. Ringelheim, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 393.
- ⁷¹ Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Natchova et autres c. Bulgarie* du 6 juillet 2005, § 168. Voy. M.-B. DEMBOUR, « Postcolonial Denial : Why the European Court of Human Rights Finds it so Difficult to Acknowledge Racism », in K.M. Clarke et M. Goodale (éds.), *Mirrors of Justice : Law, Power, and the Making of History*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 45 et s.
- ⁷² Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Natchova et autres c. Bulgarie* du 6 juillet 2005, § 145.
- ⁷³ *Ibid.*, § 164.
- ⁷⁴ *Ibid.*, § 168.
- ⁷⁵ Cour eur. D.H., arrêt *Kiyutin c. Russie* du 10 mars 2011, § 64 et Cour eur. D.H., arrêt *I.B. c. Grèce* du 3 octobre 2013, § 81.
- ⁷⁶ *Ibid.*, §§ 85-91.
- ⁷⁷ Cour eur. D.H., arrêt *Gulay Cetin c. Turquie* du 5 mars 2013, §§ 126-133.
- ⁷⁸ Cour eur. D.H., arrêt *Martzaklis et autres c. Grèce* du 9 juillet 2015, §§ 60-75.
- ⁷⁹ Cour eur. D.H., arrêt *Cumhuriyetçi Eğitim Ve Kültür Merkezi Vakfı c. Turquie* du 2 décembre 2014 (concernant le refus d'octroyer une dispense du paiement des factures d'électricité conférée aux lieux de culte à un lieu consacré à l'exercice culturel des alévis).
- ⁸⁰ Cour eur. D.H., arrêt *Begheluri et autres c. Géorgie* du 7 octobre 2015 (concernant le harcèlement violent dont ont été victimes les témoins de Jéhovah en Géorgie dans les années 2000-2001).
- ⁸¹ S. Van Drooghenbroeck, *La Convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. 2002-2004*, vol. 2, op. cit., p. 133, n° 486.
- ⁸² *Ibid.*, § 160.
- ⁸³ Cour eur. D.H., arrêt *Moldovan et autres c. Roumanie* du 12 juillet 2005 ; Cour eur. D.H., arrêt *Bekos et Koutropoulos c. Grèce* du 13 décembre 2005 ; Cour eur. D.H., arrêt *Sečić c. Croatie* du 31 mai 2007 ; Cour eur. D.H., arrêt *Cobzaru c. Roumanie* du 26 juillet 2007 ; Cour eur. D.H., arrêt *Angelova et Iliev c. Bulgarie* du 26 juillet

2007 ; Cour eur. D.H., arrêt *Stoica c. Roumanie* du 4 mars 2008.

⁸⁴ S. Van Drooghenbroeck, *La Convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. 2002-2004*, vol. 2, op. cit., p. 134, n° 487 *in fine*.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 134, n° 488.

⁸⁶ Cour eur. D.H., arrêt *Pla et Puncernau c. Andorre* du 13 juillet 2004, § 46.

⁸⁷ *Ibid.*, § 59.

⁸⁸ S. Van Drooghenbroeck, *La Convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. 2002-2004*, vol. 2, op. cit., p. 135, n° 488 *in fine*.

⁸⁹ E. Bribosia et I. Rorive, « Chronique – Droit de l'égalité et de la non-discrimination », *op. cit.*, 2013, p. 298.

⁹⁰ Voy. E. Decaux, « Principe de non-discrimination et droit à la différence », *Annuaire international des droits de l'homme*, 2007, vol. II, pp. 327 et s.

⁹¹ C. Perelman, « Égalité et valeurs », *L'égalité*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 1971.

⁹² V. Jean-Guy Huglo : Le principe d'égalité de traitement, vecteur de l'intégration sociale, *Gazette du Palais*, 18-19 juin 2008, page 52.

⁹³ Affaires jointes 117/76 et 16/77.

⁹⁴ Arrêt du 21 février 2013, LN, C 46/12, points 27 et 28.

⁹⁵ Pour une vue générale : Jean-Claude Bonichot : Approches de l'égalité : la Cour de justice de l'Union européenne, in *Egalité et droit social, Les rencontres sociales de la Sorbonne*, Bibliothèque de l'IRJS-André Tunc, 2014, page 65.

⁹⁶ Sur l'ensemble de cette évolution et les Traités successifs : B. Stirn, *Vers un droit public européen*, Montchrestien, coll. Clefs, 2^{ème} éd. 2015, pages 13 et s. et 41 et s.; J Ziller : *Les nouveaux Traités européens : Lisbonne et après*, Montchrestien, coll. Clefs, 2008.

⁹⁷ Cette formule n'est pas sans rappeler celle de l'article 1^{er}, al. 2 de la Constitution française : « La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales. »

⁹⁸ Article 2, sous 7) du Traité d'Amsterdam.

⁹⁹ Article 2, sous 2) du Traité de Nice. Maintenant article 19 TFUE.

- ¹⁰⁰ V. P. Rodière, Droit social de l'Union européenne, LGDJ, 2^{ème} éd. 2014, pages 183 et s.
- ¹⁰¹ Jean-Claude Bonichot : La citoyenneté européenne, signification et portée d'une curiosité juridique, Aktuelle Herausforderungen der Europäischen Integration, Konrad Adenauer Stiftung, 3^{ème}s rencontres de Cadenabbia, 2009, page 83 ; European Citizenship : Treaties and case law of the European Court of Justice, Citizenship in America and Europe, Beyond the Nation-State? The AEI Press, 2009, page 123.
- ¹⁰² Article 20 : "*toutes les personnes sont égales en droit*".
- ¹⁰³ Directive 75/117 de 1975. On songe bien sûr à l'arrêt Defrenne du 8 avril 1976, aff. 43/75.
- ¹⁰⁴ Affaire 222/84. Les grands arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne, N° 20, page 276.
- ¹⁰⁵ Arrêts du 25 juillet 1991, Stoeckel, C-345/89 et du 2 août 1993, Levy, C-158/91
- ¹⁰⁶ Dans un premier temps, semble-t-il, des sociétés d'État auxquelles ont succédé des opérateurs privés.
- ¹⁰⁷ C-394/11, AJDA 2013, p. 342, chron. M. Aubert, E. Broussy, H. Cassagnabère.
- ¹⁰⁸ C-83/14, AJDA 2015, p. 2260, chron. E. Broussy, H. Cassagnabère, C. Gänsler.
- ¹⁰⁹ V. un arrêt récent de la Cour de justice à propos du « tribunal catalan des marchés du secteur public » : 6 octobre 2015, Consorci Sanitari del Maresme, C-203/14, AJDA 2015. 2257, chron. E., Broussy, H. Cassagnabère, C. Gänsler.
- ¹¹⁰ Affaire 61/65. Les grands arrêts de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, N° 64, page 857.
- ¹¹¹ Sur l'ensemble de la question : Jean-Claude Bonichot : Loin des théories : le refus de la Cour de justice d'imposer un modèle juridictionnel européen, Rev. Dr. Public 2008, page 745. V ; sur les différences qui peuvent exister entre les juridictions administratives en France, le célèbre article du professeur Chapus : « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La réponse de la juridiction administrative, Mélanges Eisenmann, 1975, page 293.
- ¹¹² La loi organique 2011-333 prévoit qu'il peut être entendu à la demande de la juridiction saisie, mais aussi qu'il peut demander à être entendu et qu'alors « son audition est de droit ».
- ¹¹³ C-83/14. V. références note 14.
- ¹¹⁴ Arrêt Coleman, du 17 juillet 2008, C-303/06 : constitue une discrimination fondée

sur le handicap le traitement moins favorable et le harcèlement au travail subi par un parent d'enfant handicapé obligé de lui dispenser l'essentiel de soins indispensables.

¹¹⁵ Règle qui, contrairement à ce qui est souvent dit, même dans certains arrêts, n'a aucun caractère général. V. sur ce point l'analyse d'A. Scalia et B. Garner : Reading Law, Thomson-West 2012, pages 355 et s.

¹¹⁶ Loi n°99-944 du 15 novembre 1999 relative au Pacte Civil de Solidarité.

¹¹⁷ Résolution A3-0028/94, JO C 61 du 28.2.1994, p. 40.

¹¹⁸ Notamment la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 intégrant les notions de discrimination directe et discrimination indirecte dans le Code du travail (article L1132-1) ; Code pénal, articles 225-1, 225-2 et 225-3.

¹¹⁹ <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&id-Texte=JURITEXT000027367726&fastReqId=451100760&fastPos=35>

¹²⁰ Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile.

¹²¹ Cass., Crim., 31 mai 1988, n°87-84.441 et Cour de cassation, Chambre criminelle, du 6 novembre 1990, 89-86.526 : la Cour procède à une analyse réelle de la « polyvalence » qui serait exigée du travail des salariés hommes, avancée comme motif par l'employeur pour justifier des différences de rémunérations à la faveur des salariés hommes. Le juge relève que « la polyvalence invoquée ne correspondait pas à l'exercice de tâches exigeant des qualifications différentes mais ne consistait que dans l'accomplissement d'un même travail de manipulation dans des **secteurs différents de l'atelier** ».

¹²² Cass., Soc., 12 février 1997, n°95-41.694 et n°95-41.695 : le juge procède à l'évaluation de la discrimination **par groupe** de travailleurs, et non de manière individuelle. Il apparaît que le groupe majoritairement composé de travailleurs de sexe masculin était mieux rémunéré que le groupe majoritairement composé de travailleurs de sexe féminin, pour des activités similaires, et que **l'employeur n'apporte pas d'éléments de nature à justifier cette inégalité de rémunération.**

¹²³ CA Paris, 5 mai 2010, Niel contre PNB Paribas, n°06/05388.

¹²⁴ Voir également : Cass., Soc., 3 mars 2015, n°13-23.521 : sur la réparation du « préjudice causé par la discrimination à raison de l'état de grossesse, caractérisé par la privation de l'exercice des fonctions antérieures, d'une part, et du préjudice causé par la violation du principe d'égalité de traitement entre salariés, caractérisé en contemplation des avantages dont Mme Z... avait été gratifiée pour exercer une activité comparable à celle lui revenant normalement, d'autre part, en faisant valoir qu'elle avait été, non seulement privée de son activité

antérieure, mais en outre, privée des avantages salariaux et de progression de carrière dont avait bénéficié Mme Z. ».

¹²⁵ CA Paris, 5 mai 2010, Niel contre PNB Paribas, n°06/05388.

¹²⁶ CPH Paris Départage 27 mai 2013 Mercy contre société générale.

¹²⁷ Cass., Soc., 3 mars 2015, n°13-23.521.

¹²⁸ En matière de discrimination fondée sur le sexe, voir : **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, article 4, 1° et les réaffirmations de ce principe, notamment dans la Directive 2004/113/CE du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services, article 9, 1° transposée en droit interne par la loi n°2008-496 du 27 mai 2008, article 4 codifié à l'article L.1134-1 du code du travail.**

¹²⁹ Code du travail, article L.1144-1. Il convient de noter que ce régime spécifique de la preuve ne s'applique pas en matière pénale, voir : Directive précitée 97/80/CE, article 3, 2° : « La présente directive ne s'applique pas aux procédures pénales, sauf si les États membres en disposent autrement. »

¹³⁰ Code du travail, article L.1142-3 : « Est nulle toute clause d'une convention ou d'un accord collectif de travail ou d'un contrat de travail qui réserve le bénéfice d'une mesure quelconque, à un ou des salariés, en considération du sexe ».

¹³¹ CA Paris, 16 juin 2011, Mancinho Pereira contre CGT Precilec Aubervilliers, n°09/08065.

¹³² Code du travail, ancien article R.516-18.

¹³³ CPH Paris, 12 janvier 2007, Niel c. BNP Paribas, n°06/05388 ; CPH Nanterre, 18 janvier 2012, Cauvin c. Association ARSEG, n°11/02045 ; CPH Versailles, 17 décembre 2013, Park c. Alcatel Lucent, n°13/00333.

¹³⁴ « S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé. »

¹³⁵ Cass., Soc., 12 décembre 2012, n°10-20.256.

¹³⁶ Cass., Soc., 3 décembre 2014, n° 13-18.966.

¹³⁷ Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

¹³⁸ CA Paris, 20 décembre 2012, Claux c. Arcelor, n°11/02572.

¹³⁹ CA Paris, 16 juin 2015, Thibault c. RATP, n°12/13363.

¹⁴⁰ Article 25 : « Les États membres déterminent le régime des sanctions applicables aux violations des dispositions nationales adoptées conformément à la présente directive et prennent toute mesure nécessaire pour assurer l'application de ces sanctions. Les sanctions, qui peuvent comprendre le versement d'indemnités à la victime, doivent être effectives, proportionnées et dissuasives. Les États membres notifient les dispositions pertinentes à la Commission au plus tard le 5 octobre 2005 et toute modification ultérieure les concernant dans les meilleurs délais. »

¹⁴¹ Cass., Soc., 3 juillet 2012, n°10-23.013.

¹⁴² V. not. Cass. crim. 23 juill. 1992, n°92-82721.

¹⁴³ Cass. crim. 11 juin 2002, n°01-85559.

¹⁴⁴ V. not. Cass. crim., 12 oct. 2004, n° 04-80.624.

¹⁴⁵ V. par ex. Cass. crim. 11 janv. 1996, n°95-81.776.

¹⁴⁶ CA Paris, 16 sept. 2014, n°13/03592.

¹⁴⁷ Cass. crim. 22 mai 2012, n°10-88315.

¹⁴⁸ TGI de Grasse, 4 avr. 2012, n°11000002175.

¹⁴⁹ TGI de Bobigny, 20 juin 2013, n°13070000123.

¹⁵⁰ TGI de Versailles, 2 janv. 2012, n°11126080164.

¹⁵¹ TGI de Grasse, 18 sept. 2012, n°10000021600.

¹⁵² TGI de Bobigny, 21 nov. 2013, n°13070000305.

¹⁵³ L'action de substitution le permet, mais il faut que le salarié ait été identifié

