



ANTI-DISCRIMINATION DANS LE CONTEXTE JURIDIQUE FRANÇAIS

1. La transposition des directives européennes en droit national

Le principe d'égalité est affirmé par la Constitution française de 1958 qui renvoie à deux textes fondamentaux inclus dans le bloc de constitutionnalité : la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, et le Préambule de la Constitution de 1946. Y sont affirmées pour tous l'égalité en droits, l'égalité devant la loi et l'égal accès aux emplois publics, ainsi que l'égalité entre les femmes et les hommes et l'interdiction des discriminations dans l'emploi à raison de l'origine, des opinions ou des croyances. Le Conseil Constitutionnel contrôle le respect de ce principe d'égalité.

Le cadre législatif français avait néanmoins besoin d'être complété en matière de protection concrète contre les discriminations. La jurisprudence française a, sur plusieurs aspects, anticipé les évolutions législatives, en reprenant notamment les évolutions de la jurisprudence européenne : ainsi du partage de la charge de la preuve, adopté depuis 1995 pour les discriminations sexuelles, 1996 pour les discriminations syndicales et 2000 pour l'ensemble des discriminations.

En matière de discrimination sur les critères de la race ou l'origine ethnique, l'âge, la religion ou les convictions, l'orientation sexuelle, et le handicap, le droit légiféré et le cadre institutionnel français ont fortement évolué ces dernières années sous l'impulsion des directives européennes 43 et 78 de 2000.

- *Etapas de la transposition des directives européennes de 2000*

La transposition des directives 2000/43 et 2000/78 s'est effectuée par étapes :

- soit par le biais de lois dont l'objet principal était la transcription de ces directives (loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations et loi du 30 décembre 2004 portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité) ;
- soit par le biais de dispositions spécifiques dans des lois ayant un objet plus large (loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002, loi du 11 février 2005 pour l'égalité des chances la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, loi du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique).

Au 2 décembre 2003, date à laquelle les transpositions en droit national devaient être achevées, la France était dans les délais pour l'intégration de la majeure partie du cadre communautaire de lutte contre les discriminations. Elle avait signalé à la Commission européenne qu'elle utiliserait les trois années supplémentaires prévues par la directive 2000/78 pour la transposition des dispositions relatives aux discriminations liées à l'âge dans la fonction publique et au handicap. Fin juin 2007, la Commission européenne a enjoint la France (et treize autres Etats membres de l'UE) d'achever entièrement la transposition des directives sur certains points précis encore incomplètement traités. Le législateur français a répondu à cette demande par la loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

En terme de contenu, que ce soit pour l'extension de la liste des critères discriminatoires, l'extension des secteurs couverts, le partage de la charge de la preuve, ou la qualification de discrimination indirecte, entre autres exemples, l'adoption des textes nécessaires s'est faite de manière consensuelle.

La disposition la plus débattue, au bout du compte, aura été la mise en place de l'organe indépendant préconisé dans l'article 13 de la directive 2000/43. Le Groupement d'Etude et de Lutte contre les Discriminations, créé en 1999, n'était pas doté de pouvoirs indépendants satisfaisants en matière d'accompagnement juridique des plaignants. Bien que la France se soit engagée à régler ce point avant l'échéance de « clôture » des transpositions fin 2003, l'intégration réelle de cette disposition n'a eu lieu qu'en 2004, par la loi du 30 décembre créant la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (Halde). Le statut de la Halde a suscité et suscite encore certains débats, concernant les limites et l'organisation de ses pouvoirs vis-à-vis du système juridictionnel classique.

- *Grands apports législatifs issus de la transposition*

Au sein du périmètre des directives 43 et 78 de 2000, les apports de la **loi du 16 novembre 2001** concernent essentiellement le domaine de l'emploi et du travail. La loi est venue notamment modifier :

- le code du travail pour le secteur privé et celui de l'économie sociale,
- la loi de juillet 1983 « portant droits et obligations des fonctionnaires » pour le secteur public.

La loi de novembre 2001 introduit, dans ces deux textes, les motifs discriminatoires de « l'orientation sexuelle » et de « l'âge ». Elle précise, dans les deux textes, les conditions autorisant une distinction fondée sur l'âge. Au rang des critères pouvant être liés à l'origine, elle introduit dans ces deux textes « l'apparence physique » et le « patronyme ». Elle les introduit également dans le code pénal, qui condamne toute discrimination dans l'accès et dans la fourniture des biens et des services. Enfin, sur les cinq critères prohibés par les directives de 2000, la loi de 2001 interdit les discriminations :

- dans l'accès aux stages et aux formations en entreprise (code du travail et code pénal) ;
- dans l'accès à l'emploi et dans tout élément de la vie salariée (code du travail et loi de 1983).

En outre, la loi de novembre 2001 :

- consacre, sur tous les critères, les qualifications de discrimination directe et de discrimination indirecte, dans le code du travail et dans la loi de juillet 1983 pour la fonction publique ;
- consacre dans le code du travail, sur tous les critères, le partage de la charge de la preuve devant la juridiction civile : le candidat ou le salarié doit présenter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination, la partie défenderesse doit prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ;
- introduit dans le code du travail la capacité des syndicats et des associations à ester en justice pour discrimination en lieu et place du candidat ou du salarié concerné, dès lors que celui-ci ne s'y oppose pas (syndicats) ou donne son accord écrit (associations de plus de cinq ans) ;
- introduit dans le code du travail, et dans la loi de 1983 pour la fonction publique, des dispositions de protection des plaignants et des témoins contre les rétorsions ;
- étend les pouvoirs d'enquête des inspecteurs du travail en matière de discrimination ;
- introduit dans le code du travail des mesures incitant les partenaires sociaux à conclure des conventions collectives s'assurant de l'égalité de traitement entre les salariés sans distinction de race ou d'origine ethnique.

La **loi du 17 janvier 2002** étend au domaine de la location de logement les apports pertinents de la loi de novembre 2001 : consécration législative des qualifications de discrimination directe et indirecte et du partage de la charge de la preuve devant la juridiction civile. La loi précise aussi que le propriétaire ou son représentant ne peuvent pas demander une photo aux candidats à une location.

La **loi du 30 décembre 2004** crée un organisme indépendant de défense et de promotion de l'égalité de traitement : la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (Halde). La loi met pleinement la France en conformité avec l'article 13 de la directive 2000/43 et va même au-delà. En effet, la Halde est compétente pour traiter de toutes les discriminations directes ou indirectes prohibées en droit français, donc notamment sur tous les domaines et les critères des directives 43 mais aussi 78 de 2000. La loi de décembre 2004 a conféré à la Halde des pouvoirs et des missions :

- de conseil, d'assistance juridique et d'investigation, en faveur de toute personne qui estime subir une discrimination, et qui peut directement et librement avoir recours à la Halde ;

- de recherche, de sensibilisation, d'appui à la formation, de diffusion des bonnes pratiques et de promotion de l'égalité dans tous les domaines ;
- de consultation, d'observation et de recommandation, notamment auprès des pouvoirs publics et des juridictions.

La loi de décembre 2004 a en même temps étendu les domaines couverts par la condamnation de la discrimination raciale en France, en achevant la transposition de la directive 2000/43. Elle affirme le droit à un traitement égal sans distinction de race ou d'origine :

- en matière d'accès à l'emploi, d'emploi et de travail indépendants ou non salariés ;
- en matière de protection sociale, de santé, d'avantages sociaux, d'éducation, d'accès aux biens et aux services, de fourniture de biens et de services, d'affiliation et d'engagement dans une organisation syndicale ou professionnelle, y compris d'avantages procurés par celle-ci.

En tous ces domaines, la loi de décembre 2004 consacre la procédure du partage de la charge de la preuve devant la juridiction civile, en matière de discrimination directe ou indirecte.

La loi de décembre 2004 crée enfin un nouveau service d'accueil téléphonique : 08 1000 5000.

Ce service recueille les appels des personnes estimant avoir été l'objet d'une discrimination. Il répond aux demandes d'information et de conseil sur les discriminations et sur les conditions de saisine de la Halde. L'affichage de ce numéro est obligatoire dans de nombreux établissements.

La **loi du 11 février 2005** affirme le principe et les moyens d'une égalité réelle et concrète des personnes handicapées (accessibilité, droit à compensation, droit à participation) dans tous les domaines de la vie en société. En matière d'emploi elle dispose :

- que les employeurs doivent prévoir des aménagements raisonnables pour les travailleurs handicapés, pour autant que les coûts n'en soient pas disproportionnés ;
- que des dispositions spéciales peuvent être prises pour permettre à des candidats handicapés de présenter les examens d'entrée de la fonction publique.

La **loi du 26 juillet 2005** introduit plusieurs dispositions nouvelles dans le droit de la fonction publique. Un premier volet concerne les conditions d'accès à la fonction publique, et pose l'extension de l'inopposabilité des conditions d'âge et de diplôme. Un second volet porte sur l'aménagement des carrières des fonctionnaires, et renforce les moyens de lutte contre les discriminations en ce qui concerne la formation professionnelle et les conditions de travail.

La **loi du 31 mars 2006** intègre des mesures contre les discriminations et pour l'égalité des chances :

- renforcement des pouvoirs de la Halde (enquêteurs assermentés, amendes transactionnelles) ;
- création de l'Agence nationale pour la cohésion sociale et l'égalité des chances (Acsé) ;
- consécration du test de discrimination (« testing ») comme mode de preuve pénale.

- *La situation française au-delà des directives européennes de 2000*

Si les secteurs couverts par la condamnation des discriminations sont globalement les mêmes, la liste des critères discriminatoires est plus étendue en droit français qu'en droit communautaire. Le critère de la race ou de l'origine ethnique est pointé de multiples façons en droit français interne : « origine », « apparence physique », « nom de famille », « appartenance ou non appartenance, vraie ou supposée, à une ethnique(, une nation) ou une race ». De même, au-delà du « handicap », sont visés les critères de « l'état de santé » et des « caractéristiques génétiques ». À côté du critère de la « religion » et des « convictions » (« convictions religieuses »), les codes français mentionnent également les « opinions politiques » et les « activités syndicales ou mutualistes ». Enfin, le droit français reprend systématiquement les critères du « sexe », de la « situation de famille » et de la « grossesse », qui sont traités par d'autres directives européennes que celles de 2000. D'autres dispositions françaises contre les discriminations vont au-delà des requis communautaires. Par exemple, la Halde a aujourd'hui des compétences et des pouvoirs qui sont bien plus larges que ceux que réclame la directive 2000/43.

La situation française est régulièrement examinée par des observatoires officiels de dimension européenne, comme l'ECRI ou l'EUMC (devenu l'Agence des droits fondamentaux). Elle est aussi évaluée par les comités de suivi de l'application des conventions internationales ratifiées par la France, comme le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (CEDAW) ou le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (CERD). Ces différentes instances soulignent le développement positif du cadre formel de condamnation des discriminations en France dans la période récente, tout en attirant l'attention sur divers points où les progrès restent lents en pratique, comme, entre autres exemples, la vigilance des forces de l'ordre et du système judiciaire en matière discriminatoire, la persistance des discriminations entre hommes et femmes dans l'accès aux positions de pouvoir, la double discrimination des femmes immigrées, les discriminations envers les « gens du voyage », le traitement discriminatoire des anciens combattants n'ayant pas la nationalité française, etc. Les pouvoirs publics français essaient d'apporter des réponses, telles que la révision du régime des anciens combattants, les lois pour la parité électorale, ou d'autres actions spécifiques.

Le problème des discriminations est de plus en plus connu et reconnu en France même, où il fait régulièrement, ces dernières années, l'objet de rapports publics, de sondages d'opinions (à la demande de la Commission nationale consultative des droits de l'homme par exemple), d'études officielles. Une des dernières en date est l'enquête nationale par testing sur les discriminations à l'embauche à raison de l'origine, commandée par le Ministère de l'Emploi et conduite sous l'égide du Bureau International du Travail (<http://www.ismcorum.org/testing-bit-france-2007-M22-R22-A361.html>).

Dans le cadre des rapports internationaux évoqués plus haut, il est parfois recommandé à la France d'affiner ses outils de mesure des discriminations. Des outils, y compris statistiques, sont développés en France, mais qui ne réclament pas de recenser toute la population en catégories ethniques ou raciales. Ce point est source de débats ces dernières années. Par ailleurs, la Constitution française ne permet aujourd'hui aucune forme de mesures préférentielles dont les personnes bénéficieraient selon leurs origines. Des actions positives sont en revanche appliquées à des territoires où l'on enregistre une surreprésentation de résidents étrangers.

2. Procédures - recours amiables et juridictionnels en cas de violation de la législation anti-discriminatoire

2.A. Discriminations dans l'emploi et le travail – tous motifs

- *Les possibilités de recours*

Procédures non juridictionnelles – sphère de l'emploi de droit privé

Les personnes qui s'estiment l'objet d'une discrimination dans l'emploi ou le travail peuvent agir par le biais de dispositifs non juridictionnels : en particulier, l'information des délégués du personnel pour déclencher une procédure d'alerte auprès de l'employeur, le recours à la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, la sollicitation de l'inspecteur du travail. Ce type de procédures ne constitue pas un préalable obligatoire à la voie juridictionnelle.

Le délégué du personnel dispose d'un rôle de veille, d'alerte et d'interpellation qui peut le conduire à saisir l'employeur s'il est informé et constate, notamment par l'intermédiaire d'un salarié, qu'il existe une atteinte aux droits des personnes dans l'entreprise. Cette atteinte aux droits des personnes peut notamment résulter d'une discrimination. Une fois saisi par le délégué du personnel, l'employeur ou son représentant est tenu de procéder sans délai à une enquête avec le délégué, et de prendre toute disposition pour remédier à la situation si nécessaire. Si l'employeur conteste la réalité discriminatoire des faits, ou s'il ne donne pas suite par une enquête et ne cherche pas de solutions appropriées, le délégué du personnel peut saisir la juridiction des prud'hommes (si le salarié, averti par écrit, ne s'y oppose pas ou n'intente pas lui-même cette action).

Toute personne s'estimant l'objet d'une discrimination dans l'emploi peut directement saisir la Halde.

La Halde peut exiger du salarié, de l'employeur ou de l'entreprise mise en cause (en saisissant au besoin le juge des référés) la communication de tous les documents, explications ou informations qu'elle estime utiles. Elle peut procéder à des auditions et des vérifications sur place. La Halde assiste ainsi le demandeur dans la constitution de son dossier, et l'aide à identifier tout type de procédure adaptée à son cas. Elle pourra faire état de ses observations devant les juridictions si elles sont saisies.

La Halde demande à l'auteur d'une discrimination d'y mettre fin, formule des recommandations aux entreprises (qui sont alors tenues de donner suite), et elle peut rendre publique ses interventions. Alternativement aux recours juridictionnels, la Halde peut procéder ou faire procéder à une médiation. La médiation est une tentative de résolution d'un conflit à l'amiable, dirigée par une personne neutre, en dehors du cadre judiciaire. La méthode dépend donc largement de la volonté des personnes mises en cause, et n'a aucun effet contraignant. Le médiateur, désigné en raison de son autorité morale ou de ses compétences, a pour rôle principal de soumettre aux parties des propositions de solution de leur différend, sous la forme de recommandations. Si les parties ne s'accordent pas sur les termes de la solution, les voies de recours juridictionnelles restent ouvertes.

Si les faits n'ont pas déjà donné lieu à une action pénale, la Halde peut également proposer une transaction à leur auteur, consistant dans le versement d'une amende et, le cas échéant, dans l'indemnisation de la victime. Le montant de l'amende est fixé en fonction de la gravité des faits ainsi que des ressources et des charges de la personne physique ou morale mise en cause. L'exécution de la transaction constitue une cause d'extinction de l'action pénale ; la partie civile garde cependant le droit d'agir devant le tribunal correctionnel, qui ne statue alors que sur les seuls intérêts civils. En cas d'échec de la transaction, la Halde peut saisir le procureur par voie de citation directe.

Un salarié peut enfin solliciter l'inspecteur du travail pour qu'il intervienne auprès de son employeur, notamment en vue d'une conciliation. En matière de discrimination, l'inspecteur peut se faire communiquer tout document ou tout élément d'information, quel qu'en soit le support, utile à la constatation de tous les faits discriminatoires qui sont visés par le code du travail ou par le code pénal (voir ci-dessous *les situations visées*). Lorsqu'il constate des faits pénalement répréhensibles, l'inspecteur du travail peut dresser un procès-verbal : celui-ci fait foi jusqu'à preuve du contraire et il est transmis au procureur, qui décide des suites à donner.

Juridictions compétentes – sphère de l'emploi de droit privé

Lorsqu'une personne s'estime l'objet d'une discrimination dans l'emploi privé (hors fonctions publiques) et qu'elle veut restaurer ses droits, elle peut, éventuellement avec l'assistance d'acteurs compétents ou en étant représentée par eux, saisir deux juridictions :

- le tribunal correctionnel, juridiction pénale qui condamne les discriminations intentionnelles en matière d'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, d'offre d'emploi, d'embauche, de sanction et de licenciement ; les sanctions pénales de ces discriminations (amende et emprisonnement) ont été récemment alourdies ;
- le conseil de prud'hommes, juridiction civile qui juge de tout litige discriminatoire dans l'emploi et le travail, et dont la Cour de cassation (Cass. soc. 20 décembre 2006) a affirmé la compétence sur toutes les situations où peuvent apparaître des discriminations dans l'emploi privé, y compris antérieurement à la signature du contrat de travail (recrutement).

Procédures non juridictionnelles – sphère de la fonction publique

Un fonctionnaire ou un agent relevant du droit public, objet de mesures discriminatoires, peut agir par différents moyens non juridictionnels. Le recours administratif ordinaire permet de demander la modification ou le retrait de la décision, soit par le biais d'un recours gracieux auprès de l'autorité qui a pris la décision discriminatoire, soit par le biais d'un recours hiérarchique auprès d'un supérieur qui peut alors prendre des sanctions disciplinaires à l'encontre des fautifs.

Une personne qui s'estime l'objet d'une discrimination dans la fonction publique peut également opter pour un mode alternatif de règlement de la situation, comme la médiation ou la conciliation. Elle peut à cette fin s'adresser à la Halde.

Procédures juridictionnelles – sphère de la fonction publique

Si le recours préalable ne donne rien ou si la personne concernée veut agir directement en justice, elle doit engager une procédure devant le tribunal administratif. Elle peut également enclencher une procédure d'urgence devant ce même tribunal, qui peut prendre des mesures conservatoires.

Les organisations syndicales de fonctionnaires peuvent agir en justice devant le tribunal administratif : elles peuvent le faire contre les actes réglementaires concernant le statut du personnel, et contre les décisions individuelles qui portent atteinte aux intérêts collectifs des fonctionnaires.

Deux principaux types de recours juridictionnels peuvent être engagés lors d'un procès pour discrimination au tribunal administratif :

- le recours pour excès de pouvoir, qui va viser le rétablissement de la situation antérieure par l'annulation d'une décision discriminatoire (mais qui ne peut, sauf exception, déboucher sur l'annulation de contrat) ;
- le plein contentieux (ou contentieux de la responsabilité), qui est en principe le seul recours pouvant donner lieu à indemnisation ; la victime de discrimination devra vraisemblablement, pour obtenir des dommages et intérêts, soulever la responsabilité de l'administration.

Dans les situations précises de discrimination condamnées par le code pénal, il est toujours possible d'engager une action devant le tribunal correctionnel, selon les mêmes conditions que dans la sphère de l'emploi privé.

- *Les situations visées*

Une discrimination intentionnelle peut être pénalement sanctionnée de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende (article 225-2 du code pénal) lorsqu'elle consiste :

- à subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à une condition fondée sur l'un des critères prohibés ;
- à refuser sur un critère prohibé l'accès à un stage effectué par une personne dans le cadre de ses études ou de la formation professionnelle continue ;
- à refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne sur un critère prohibé.

Les employeurs comme personnes morales peuvent être déclarés pénalement responsables de ces discriminations si elles sont commises à la demande de leur organe de direction. La personne morale encourt alors une amende de 150 000 euros et l'interdiction d'exercer l'activité dans l'exercice de laquelle l'infraction a été commise. Les personnes morales peuvent également être l'objet d'une discrimination pénalement répréhensible, à raison d'un critère prohibé rattaché aux membres ou à certains membres de ces personnes morales.

Devant les tribunaux civils, le conseil de prud'hommes (articles L1132-1 et suivants du code du travail) ou le tribunal administratif (article 6 de la loi de 1983), la discrimination peut être condamnée dans n'importe quelle situation de la vie professionnelle, notamment l'accès à un stage, une procédure de recrutement, la rémunération, les mesures d'intéressement, la formation professionnelle, l'affectation, la classification, la mutation, l'évaluation, la promotion, la discipline, etc.

Les différences de traitement fondées sur l'âge, le handicap ou l'état de santé ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles ont une cause objective (une inaptitude médicalement constatée par exemple) ou qu'elles poursuivent un objectif légitime (de politique de l'emploi pour les jeunes, de prévention des risques professionnels), et que leurs moyens sont nécessaires et appropriés. Elles peuvent consister par exemple à interdire l'accès à un emploi, à mettre en place des conditions de travail spéciales, à fixer un âge maximum pour le recrutement.

2.B. Discriminations hors l'emploi et le travail – race et origine ethnique

- *Les possibilités de recours*

Hors le domaine de l'emploi, si une personne s'estime l'objet d'une discrimination fondée sur la race ou l'origine, il lui est possible :

- d'essayer de résoudre la situation par les voies de recours amiables, y compris la médiation ; ce type de procédures ne constitue pas un préalable obligatoire à la voie juridictionnelle ;
- de recourir aux juridictions civiles, le tribunal de grande instance ou le tribunal administratif selon le statut de la personne mise en cause (privée ou publique) ;
- de recourir à la juridiction pénale, le tribunal correctionnel, dans le cas d'une discrimination intentionnelle se manifestant dans l'une des situations précises visées par le code pénal.

De même que dans le domaine de l'emploi, la Halde et les associations anti-discriminatoires peuvent assister la personne dans ses recours. Quel que soit le domaine concerné, la Halde peut se saisir d'office d'un cas de discrimination directe ou indirecte, pour peu que la personne qui en est l'objet ne s'y oppose pas. Toute association créée depuis au moins cinq ans, et qui se propose dans ses statuts de combattre les discriminations ou d'assister les personnes qui en sont l'objet, peut saisir la Halde conjointement avec une victime si celle-ci en est d'accord. Les associations et la Halde aident les personnes à constituer leur dossier, y compris dans une perspective juridictionnelle. La Halde a pour ce faire des pouvoirs d'investigation étendus. Alternativement aux recours juridictionnels, la Halde peut proposer une médiation ou une transaction (voir l'exposé de ces procédures plus haut). Si les juridictions sont saisies, la Halde peut demander à y être entendue. Les associations compétentes peuvent se porter parties civiles devant la juridiction pénale.

- *Les situations visées*

La France garantit l'égalité devant la loi sans distinction de race ou d'origine. En plus du domaine de l'emploi et de la vie professionnelle salariée ou non, toute inégalité de traitement fondée sur la race ou l'origine est également interdite dans la protection sociale, la santé, l'éducation, les avantages sociaux (aides au logement, prestations familiales...), l'accès aux biens et aux services (le logement, les services bancaires, tous les lieux et établissements ouverts au public...), la fourniture de biens et de services, l'exercice d'une activité économique quelconque, l'accès aux fonctions électives, etc.

Les juridictions civiles condamnent les discriminations raciales sur tous les domaines cités plus haut. Le droit pénal condamne seulement les discriminations consistant à refuser la fourniture d'un bien ou d'un service, à conditionner la fourniture d'un bien ou d'un service, ou à entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque. Lorsque le refus discriminatoire d'un bien ou d'un service est commis dans un lieu accueillant du public ou aux fins d'en interdire l'accès, les sanctions encourues sont de cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende. Elles sont portées au même niveau lorsque la discrimination est commise par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, et qu'elle consiste à refuser le bénéfice d'un droit accordé par la loi (aides sociales par exemple) ou à entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque.

Comme précédemment pour les discriminations pénalement répréhensibles relatives au travail, les personnes morales peuvent être déclarées pénalement responsables des discriminations qui viennent d'être citées. Les personnes morales peuvent également être l'objet de ces discriminations, à raison de la race ou de l'origine de leurs membres ou de certains de leurs membres.

2.C. Quelle voie choisir pour une plainte pour discrimination

La saisine d'une juridiction par un particulier s'estimant l'objet d'une discrimination, ou par une association ou un syndicat le représentant sous certaines conditions, se détermine selon la nature de l'affaire, sa gravité, les résultats souhaités, les moyens de preuve dont on dispose, le délai de

prescription. Lorsque le demandeur ou ses représentants ont le choix, deux critères essentiels doivent être examinés : les réparations souhaitées et les possibilités d'établissement de la preuve.

Réparations

La juridiction civile vise à réparer le dommage ou le préjudice causé à la victime de la discrimination. L'action civile se conclut en premier lieu par la réparation en nature impliquée par l'annulation de l'acte discriminatoire (réintégration à un poste par exemple) et à défaut par l'octroi de dommages et intérêts à la victime. Les mesures discriminatoires sont nulles de plein droit : toute disposition, toute pratique contraire au principe de non discrimination ou toute clause contractuelle ou conventionnelle réservant le bénéfice d'une mesure quelconque à certaines personnes seront réputées ne pas avoir existées. Les réparations ou remises en l'état seront déterminées en conséquence.

L'action pénale vise d'abord à sanctionner l'auteur de la discrimination. Dès lors que celui-ci a agi intentionnellement, il encourt des peines d'amende et d'emprisonnement. Le juge pénal doit ensuite, s'il y a constitution de partie civile ou citation directe, et si la discrimination est avérée, se prononcer sur les réparations du préjudice. Il faut noter qu'en matière de discrimination, les situations visées par le code pénal sont en nombre limité (voir plus haut *les situations visées*). Les discriminations dans les rémunérations, par exemple, ne peuvent être traitées que devant les tribunaux civils.

Etablissement de la preuve

Au civil, les personnes s'estimant l'objet d'une discrimination directe ou indirecte bénéficient d'une procédure de partage de la charge de la preuve qui leur rend plus facile l'administration de celle-ci. En effet, le demandeur doit seulement établir des faits qui laissent présumer au juge l'existence d'une discrimination. Au vu de ces éléments, c'est à la partie défenderesse de prouver au juge que la mesure en cause est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

Au pénal, c'est au demandeur ou au procureur de la République qu'il incombe intégralement de rapporter la preuve des éléments constitutifs du délit de discrimination, dont, au-delà des faits, le caractère intentionnel devra être également prouvé. La personne poursuivie pour discrimination au pénal bénéficie de la présomption d'innocence, et il n'y a pas de partage de la charge de la preuve. Mais les pouvoirs d'investigation de la Halde, de l'inspection du travail, de la police judiciaire et du juge d'instruction pourront concourir à établir la preuve d'un délit de discrimination.

2.D. Exigences techniques des procédures

Délais de prescription

Les recours juridictionnels, en matière de discrimination comme en toute matière, ne sont possibles que dans la limite de certains délais :

- au civil, il faut saisir le tribunal concerné dans les trente ans suivant les faits mis en cause pour la demande de réparation du préjudice subi ; dans le cas où il s'agit d'obtenir le paiement de salaires, le conseil de prud'hommes doit être saisi dans les cinq ans ;
- au pénal, il faut saisir le tribunal dans les trois ans suivant les faits mis en cause ;
- il faut engager l'action administrative dans les quatre ans pour une demande d'indemnisation, ou dans les deux mois pour l'annulation d'une décision.

Les délais du procès puis du rendu de la décision sont généralement longs pour diverses raisons, dont « l'embouteillage » de la Justice, c'est-à-dire le nombre important de recours juridictionnels toutes matières confondues.

Procédures de saisine juridictionnelle

Une victime peut saisir le tribunal de grande instance ou le conseil de prud'hommes par différents moyens : par lettre recommandée avec accusé de réception au greffe du tribunal ou du conseil, par déclaration déposée physiquement au greffe, par la présentation volontaire des parties.

Les organisations syndicales représentatives au plan national (départemental pour les DOM) ou dans l'entreprise, peuvent exercer en justice toutes actions contre une discrimination dans le domaine de l'emploi, en faveur d'un candidat ou d'un salarié, sans avoir à justifier d'un mandat de l'intéressé, pourvu que celui-ci ait été averti par écrit et ne s'y soit pas opposé dans un délai de quinze jours. L'intéressé peut toujours intervenir à l'instance engagée par le syndicat. Les associations anti-discriminatoires créées depuis cinq ans au moins peuvent exercer en justice sur le même domaine sous réserve qu'elles justifient d'un accord écrit de l'intéressé. Celui-ci peut toujours intervenir à l'instance engagée par l'association et y mettre un terme à tout moment.

Pour engager une action pénale, la victime peut déposer une plainte simple auprès du commissariat de police ou de la brigade de gendarmerie (elle est transmise au procureur qui décide des suites à donner), ou bien adresser une plainte avec constitution de partie civile par lettre recommandée avec accusé de réception au doyen des juges d'instruction (qui confie l'affaire à un juge d'instruction), ou bien, par acte d'huissier, citer directement à comparaître l'auteur présumé de la discrimination (citation directe). Il est enfin possible qu'un procès verbal de l'inspection du travail ou de la Halde soit adressé au procureur, qui apprécie les suites à donner.

Les syndicats (lorsque les faits en cause portent atteinte à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent) et les associations compétentes créées depuis au moins cinq ans (si elles justifient avoir reçu l'accord de la victime), peuvent se constituer partie civile devant un tribunal correctionnel saisi pour un délit de discrimination. Il faut en faire la demande avant l'audience au greffe du tribunal, ou, pendant l'audience, par déclaration et dépôt de conclusion, en joignant les pièces justificatives du préjudice s'il y a demande de dommages et intérêts.

Moyens de preuve

Il est possible de faire valoir devant les tribunaux civils toutes sortes de preuves écrites et orales, tous documents et tous témoignages, et les observations de la Halde.

Devant les tribunaux pénaux, hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout moyen. Le juge décide ensuite selon son intime conviction. Il peut fonder sa décision sur des aveux ou témoignages, des procès-verbaux ou constats d'huissier, des rapports d'expertise, toutes traces écrites (sauf celles entre le défendeur et son avocat), les éléments recueillis lors d'un « testing », etc. Il faut noter qu'aucun salarié ni aucun fonctionnaire ne peut être sanctionné ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné d'agissements discriminatoires ou pour les avoir relatés. A la différence d'un contentieux devant le juge civil, le juge pénal ne doit pas écarter les moyens de preuve obtenus de façon illicite ou déloyale.

Certains moyens de preuve sont d'un usage récent : le testing et les preuves informatiques. Le testing décèle des pratiques discriminatoires en effectuant successivement des démarches analogues (solliciter le même emploi, logement, droit ou service) au nom de personnes qui ne se distinguent que par un critère discriminatoire prohibé. Pour que le testing ait une valeur judiciaire, il faut que la personne traitée défavorablement lors des tests se soit présentée sous sa véritable identité et ses vraies qualités. Et pour avoir une valeur probante, les résultats des tests doivent en général être étayés d'autres éléments de preuve (constat d'huissier par exemple). Cette méthode, validée par la Cour de cassation en 2000 et 2002, a été consacrée dans le code pénal par la loi sur l'égalité des chances de mars 2006.

Il est également possible de produire des courriers électroniques ou des preuves informatiques. Mais d'une manière générale, les juges sont méfiants vis-à-vis de ce type de preuve, car le détournement est possible. En cas de doute du juge, les preuves apportées avec du matériel informatique n'auront pas toujours l'influence escomptée par la partie qui produira ces pièces.

2.E. Soutiens et obstacles existant au niveau national

Outre l'orientation juridique que peuvent fournir les syndicats et les associations anti-discriminatoires et le travail pré-juridictionnel que peut réaliser la Halde, l'assistance d'un avocat devant une juridiction est soit fortement souhaitable (pour le tribunal de grande instance ou le conseil de prud'hommes), soit obligatoire (devant le tribunal administratif). Dans cette optique, toute personne à faibles revenus peut sous certaines conditions bénéficier de « l'aide juridictionnelle » : elle consiste en une prise en charge par l'Etat des honoraires et frais de justice (honoraires d'avocat, frais d'huissier, frais d'expertise, etc). L'aide peut être totale ou partielle selon le niveau de ressources de l'intéressé. Les services d'accueil du tribunal de grande instance, les services de consultation gratuite des avocats auprès des mairies (Maisons de Justice et du Droit) peuvent fournir les informations nécessaires à l'aide juridictionnelle.

Il faut noter par ailleurs que le caractère récent des évolutions du cadre légal et institutionnel contre les discriminations en France, explique pour partie leur relative méconnaissance par les particuliers, et dans une moindre mesure par les professionnels du droit... Les campagnes de communication de la Halde tendent à améliorer l'information de la société civile sur les fonctions de cette autorité.

2.F. Renvois devant la Cour de justice des Communautés européennes

Lorsqu'un point de droit communautaire est litigieux et que le juge a un doute sur l'interprétation d'une disposition du droit communautaire, il pourra saisir la cour de Justice des Communautés européennes de Luxembourg, au titre de la procédure de renvoi préjudiciel prévue à l'article 234 du traité. Les parties au procès peuvent demander au juge national d'accorder une requête pour un tel renvoi, mais le juge peut aussi décider spontanément de renvoyer l'affaire devant la CJCE. Toute juridiction nationale est autorisée à renvoyer une affaire, mais seul le tribunal national de dernière instance est tenu de le faire.

Cette procédure pourra être très efficace car :

- Solliciter un renvoi peut permettre au juge-président d'accorder à la plainte toute l'attention qu'elle mérite, et notamment au fait qu'elle soulève des questions en rapport avec les droits européens.
- Les organismes nationaux, notamment les organismes publics, peuvent être impressionnés par la visibilité particulière donnée à l'affaire et prendre des mesures pour éviter d'exposer le cas de discrimination nationale à la surveillance paneuropéenne.
- La Cour de justice est le seul organisme habilité à rendre une interprétation définitive des termes utilisés dans la directive.

Il s'agit toutefois d'une procédure spécialisée, et seuls des avocats spécialisés en droit communautaire bien au fait de cette procédure pourront être retenus dans de tels cas. En outre, il est important de noter que l'affaire nationale est « mise sur le côté » jusqu'au moment où la CJCE statue sur celle-ci. Ce délai, qui peut atteindre deux ans, peut avoir de graves conséquences pour le plaignant.

2.G. Pétitions adressées au Parlement européen

La commission des pétitions du Parlement européen peut recevoir des pétitions de la part de citoyens de l'Union, qui souhaitent que cette commission examine leur(s) plainte(s) selon laquelle/lesquelles leurs droits consacrés par le droit communautaire n'ont pas été correctement respectés.

2.H. Alerter la Commission européenne de pratiques administratives discriminatoires

Il est également possible d'écrire directement à la Commission, une procédure souvent plus rapide que celle décrite au point 2.G. Cette procédure peut être utilisée en vue d'inciter la Commission à lancer des poursuites en violation à l'encontre de l'Etat défaillant.

La Commission et le Parlement seraient liés par la disposition de la charte européenne des droits de l'homme relative au droit à la bonne administration (article 41) si celle-ci est adoptée.

- Toute personne a le droit de voir ses affaires traitées impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable par les institutions et organe de l'Union.
- Ce droit comporte notamment :
 - le droit de toute personne d'être entendue avant qu'une mesure individuelle qui l'affecterait défavorablement ne soit prise à son encontre ;
 - le droit d'accès de toute personne au dossier qui la concerne, dans le respect des intérêts légitimes de la confidentialité et du secret professionnel et des affaires ;
 - l'obligation pour l'administration de motiver ses décisions.
- Toute personne a droit à la réparation par la Communauté des dommages causés par les institutions, ou par leurs agents dans l'exercice de leurs fonctions, conformément aux principes généraux communs aux droits des Etats membres.
- Toute personne peut s'adresser aux institutions de l'Union dans l'une des langues des traités et doit recevoir une réponse dans la même langue.

2.I. Plaintes auprès de la Cour européenne des droits de l'homme

En outre, lorsque tous les recours en droit existant à l'échelon national ont été épuisés, une personne pourra saisir la Cour européenne des droits de l'homme à Strasbourg, lorsque le cas de discrimination est en rapport avec des questions couvertes par la convention européenne des droits de l'homme.

L'action pourra être introduite au titre de l'article 14 de la convention à condition qu'un autre article soit également concerné, ou, si le pays l'a ratifié, au titre de son douzième protocole à la convention. En date de début 2008, la France n'a pas encore ratifié ni signé le Protocole 12.

Une action collective est également possible au titre de la charte sociale européenne du Conseil de l'Europe.

2.J. Autres recours internationaux

Lorsque l'Etat est partie au premier protocole facultatif se rapportant au pacte international sur les droits civils et politiques, ou qu'il a accepté le droit à la pétition individuelle au titre de la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale ou de la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, lesdites commissions pourront être saisies.

Les ONG doivent également veiller à alerter les commissions qui examinent les rapports périodiques des Etats au titre de l'ICCPR, de la CERD, de la CEDAW et de la convention sur les droits de l'enfant des cas de discrimination.

2.K. Professionnalisme

Tout membre d'une ONG qui défend la cause d'une personne ou d'un groupe de personnes doit être conscient de la nécessité de respecter un degré élevé de professionnalisme, y compris en ce qui concerne la confidentialité et l'efficacité de la gestion des affaires. Si elle n'est pas en mesure d'aider une personne victime de discrimination, l'ONG devra pouvoir lui fournir toutes les informations pertinentes et, si possible, l'aiguiller vers une autre agence capable d'assurer les conseils et le soutien.

3. Questions sociétales

Le fait que la discrimination intentionnelle est en France un délit passible du tribunal correctionnel n'est pas assez connu des délinquants qui la pratiquent. En ce qui concerne les discriminations de

façon plus générale, les acteurs de l'emploi, du logement, de l'économie, des services et des loisirs, les administrations, les organismes publics et les corps de l'Etat ne sortent que très progressivement du premier réflexe qui consiste à nier qu'il puisse y avoir des discriminations chez eux. La question apparaît particulièrement tendue et taboue lorsqu'il s'agit de l'origine ou de la religion. Elle n'est pas même toujours perçue comme un problème lorsqu'il s'agit de l'âge (ou du genre).

L'état des lieux des discriminations en France indique que d'importants progrès restent pourtant à faire pour que l'égalité proclamée en droit donne place à une meilleure égalité de traitement dans les faits. De manière non exhaustive, les femmes dans leurs rémunérations et leur accès aux responsabilités, les personnes d'origine extra-européenne ou supposées telles ainsi que les gens du voyage dans leur accès à l'emploi, au logement et aux lieux accueillant du public, les travailleurs seniors ou les personnes handicapées face aux recrutements, les homosexuels et les personnes manifestant certaines convictions religieuses dans l'emploi, continuent de subir des discriminations directes ou indirectes, conscientes ou non.

Personne n'est sans doute complètement exempt de l'ensemble des préjugés pouvant alimenter une discrimination ou une autre. Les organisations syndicales et les associations peuvent abriter leurs propres préjugés. Des syndicalistes peuvent entretenir des attitudes homophobes ou racistes. Des associations religieuses peuvent être hostiles à celles qui défendent les droits des homosexuels, et vice versa. Des personnes de telle origine peuvent rejeter d'autres personnes de telle autre origine. Les seniors peuvent être intolérants à l'égard des jeunes, et vice versa. Et tout le monde peut avoir des préjugés négatifs sur les capacités au travail des personnes handicapées.