

LE RÔLE DE L'AVOCAT

DANS LA LUTTE CONTRE

LES DISCRIMINATIONS

Maître Roland BEMBELLY

Avocat au Barreau de Seine Saint Denis

I-INTRODUCTION

Bien qu'ancré dans notre société depuis des siècles, le phénomène de discrimination apparaît de plus en plus dans des proportions grandissantes.

Face à cela, l'Etat a instauré un organisme de lutte contre les discriminations en l'occurrence la HALDE par la Loi du 30 décembre 2004.

L'avocat, défenseur de la veuve et de l'orphelin, aura sans doute une mission à accomplir dans la lutte contre les discriminations.

Ainsi donc, si les concepts, les types de discriminations et le contenu du droit applicable sont multiples, les récents chiffres dans la lutte contre les discriminations sont inquiétants.

Au 28 février 2006, **1.822** réclamations ont été enregistrées auprès de la HALDE.

Pour l'emploi : 45,3% de réclamations ;

Pour l'origine : 39,6% de réclamations ;

La répartition des réclamations par critères de discriminations :

- 1- Origine : **39,6%**
- 2- Santé / handicap : **13,9%**
- 3- Sexe : **6,2%**
- 4- Âge : **5,6%**
- 5- Activité syndicale : **4,6%**
- 6- Opinion : **3%**

La répartition des réclamations par domaines de discriminations¹ :

¹ Rapport annuel 2005, HALDE, avril 2006, page 11, Documentation Française

- 1- Emploi : **45,3%**
- 2- Services publics : **18,3%**
- 3- Education : **5,3%**
- 4- Logement : **5,3%**
- 5- Biens et services privés : **7,9%**
- 6- Lois et règlements : **7,4%**

Sur le plan conceptuel si le droit français privilégie le *principe d'égalité*, le droit communautaire emploie le *principe de non-discrimination* ou d'égalité de traitement.

Le droit communautaire considère en effet que la discrimination consiste :

- 1- soit dans le traitement, de manière différente, de situations similaires ;
- 2- soit dans le traitement identique de situations différentes.

La *discrimination indirecte* est « une mesure apparemment neutre qui aboutit au même résultat qu'une discrimination directe »².

La *discrimination directe* s'entend du traitement défavorable d'une personne en raison de sa nationalité ou de son sexe ou fondée sur d'autres critères.

Le contenu des textes n'est pas identique en droit français et en droit communautaire.

Ainsi, la législation internationale prohibe les discriminations fondées sur le sexe, la race, la langue, l'opinion, la religion, l'origine nationale ou sociale, la fortune ou la naissance.

En droit communautaire, la loi européenne prohibe toute forme de discrimination : le principe de l'égalité entre hommes et femmes fut posé très vite dans la législation communautaire.

Les directives européennes ont posé le principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes ; et elles créent également, pour ce faire, une obligation pour les Etats de mettre en place des organismes indépendants dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

² Arrêt BILKA : les travailleurs à temps partiel n'avaient pas bénéficier des mêmes droits que les travailleurs à temps plein dans une entreprise et les salariés à temps partiel étaient composés majoritairement de femmes.

La notion de discrimination apparaît pour la première fois dans la Convention de l'OIT de 1958, puis dans la Convention de l'ONU de 1965 sur l'élimination de toute discrimination à raison de la race ou du sexe.

Les critères de discriminations ne sont pas identiques suivant que l'on se situe sur le plan communautaire ou national.

Face à un nombre de critères restreints (les discriminations fondées sur le sexe, la race, la langue, l'opinion, la religion, l'origine nationale ou sociale, la fortune ou la naissance), le droit français a élargi les critères en matière de discriminations. Ainsi, la loi française prévoit de lutter contre « toutes les discriminations, directes ou indirectes, prohibées par la loi ou par un engagement international auquel la France est partie : l'origine, le sexe, la situation de famille, l'apparence physique, le patronyme, l'état de santé, le handicap, les caractéristiques génétiques, les mœurs, l'orientation sexuelle, l'âge, les opinions politiques, les convictions religieuses, les activités syndicales, l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race. La loi française dénombre ainsi dix sept critères prohibés.

Par ailleurs, l'article 225-1 du Code pénal (sur les atteintes à la dignité de la personne) énumère les cas de discriminations en précisant qu'elles portent sur les personnes physiques ou morales.

L'article 225-2 du Code pénal prévoit une sanction de trois (3) ans d'emprisonnement et 45000 euros lorsque la discrimination consiste à :

- 1- refuser de fournir un bien ou un service ;
- 2 – entraver l'exercice d'une activité économique ;
- 3 - refuser d'embaucher, sanctionner et ou licencier une personne ;
- 4 – subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ;
- 5 – subordonner une offre d'emploi, un stage, une formation à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1
- 6 – refuser d'accepter une personne à l'un des stages visés par le 2^{ème} de l'article L 412-8 du code de la sécurité sociale.

Lorsque la discrimination est commise sur un lieu public, la sanction est alourdie : 5 ans d'emprisonnement et 75000 euros d'amende.

Il existe dans notre droit d'autres dispositions qui constituent des instruments de lutte contre les discriminations : article 132- 77 du Code Pénal sur l'homophobie etc...

Le rôle de l'avocat se situe avant la procédure contentieuse dans la connaissance du droit applicable³. Il demeure le conseil de son client pendant la phase contentieuse et post contentieuse.

II-DEVELOPPEMENT

A-LE ROLE DE L'AVOCAT : CONSEIL ET DEFENSEUR

Le rôle de l'avocat se confond avec les discriminations puisque dans son exercice au quotidien, l'avocat assiste le pauvre, l'étranger, en gros les personnes les plus défavorisés.

1-Avocat et client

Pour bien mener une affaire en droit des discriminations, le conseil identifie avec son client, les documents à produire et devrait utiliser toutes les sources possibles du droit (voir la détermination du droit applicable).

Il doit écouter son client, connaître son souhait et ses attentes afin de choisir l'orientation juridique la plus adaptée à son dossier. Autrement dit, en consultation l'entretien avec le client doit être le plus complet possible. A côté des explications du client l'avocat doit poser toutes les questions utiles pouvant l'éclairer dans son dossier.

Face aux phénomènes récurrents de discrimination, l'avocat peut se poser des questions afin d'orienter utilement son client : quels recours disponibles ? Quels éléments de preuve sont- ils nécessaires ? Comment les obtenir ? Comment formuler les conclusions ? Quelles juridictions saisir ? Quels choix de procédure choisir ? Une expertise sera-t-elle nécessaire ...

A ce stade, il aura la mission d'orienter le client dans son choix procédural.

Le conseil instruira le dossier de son client en saisissant la Haute autorité de Lutte contre les discriminations et pour l'égalité.

³ Voir les textes officiels.

Si l'avocat a suffisamment d'éléments pour s'adresser à telle ou telle juridiction, a une idée très précise des documents dont la production est utile et qu'il pourra réclamer à la partie adverse et le moyen de le faire ordonner par le juge, rien ne l'empêche de saisir directement la justice, sans passer par la HALDE.

L'avocat, dans ses nouveaux habits d'acteur en droit des discriminations, assistera son client dans le respect des règles déontologiques qui gouvernent sa profession (comme le respect du secret professionnel).

Il convient qu'il constitue son dossier dans le respect de la déontologie lié à sa profession (RIH article 1). Par exemple, lorsqu'il fait la demande des éléments à la partie adverse, il doit se référer aux règles déontologiques.

2-Avocat avec la HALDE

Selon Luc FERRAND, l'avocat intervient à tous les stades de la procédure devant la HALDE. Cela ira naturellement de la saisine de la HALDE à l'issue du dossier en passant par l'identification formelle des discriminations (le bien fondé de la saisine) à l'identification matérielle des discriminations⁴.

Dans sa mission traditionnelle, l'avocat doit constituer un dossier et aider son client à saisir soit la HALDE soit le Parquet. Devant le Procureur de la République, il l'informe des faits constitutifs relatifs à son dossier.

Le conseil peut aussi, en droit des discriminations, être le « médiateur » entre le juge (civil, pénal administratif) et la victime.

L'avocat peut communiquer les documents à la HALDE et Il peut représenter la HALDE à l'audience devant tous les tribunaux, comme l'a précisé le législateur dans ses nouveaux pouvoirs issus de la Loi du 31 mars 2006. Dans ce cadre la HALDE va investir l'avocat d'une mission bien précise, compte tenu de sa maîtrise de ce droit.

L'avocat peut saisir le juge des référés, dans l'intérêt de son client, afin que le juge judiciaire ordonne des mesures utiles dans l'intérêt de celui-ci. Il peut le faire aussi pour la HALDE à la suite d'une mise en demeure infructueuse, suite à une demande de communication de pièces. Il peut porter la parole de l'autorité ou au mieux soumettre l'avis de la HALDE dans telle ou telle affaire où avant le procès, la HALDE a instruit et où la médiation a échoué ou a été refusée.

⁴ Luc FERRAND, op.cit, page 35.

L'avocat peut assister une « personne à qui est proposée une transaction » devant la HALDE avant que la personne ne puisse donner son accord⁵. (voir la transaction). En d'autres termes, la HALDE dispose d'un pouvoir de médiation et de transaction. La transaction est faite sous réserve de l'homologation de Monsieur le Procureur de la République et il convient de préciser que le refus d'homologation doit être motivé. En cas d'échec, l'avocat doit saisir les tribunaux (contentieux).

Pour éviter d'être juge et partie, la HALDE va confier la médiation des affaires à des avocats et pour cela elle travaille de concert avec le CNB ; des relais de médiation devront exister dans chaque département.

Le conseil peut saisir le tribunal correctionnel par voie de citation directe, dans l'intérêt de la victime après une transaction qui pourtant constitue une cause d'extinction de l'action publique. Le tribunal ne statuera que sur les intérêts civils.

L'avocat peut parfois être des deux côtés de la barre : l'un conseil de la victime, l'autre conseil de la « personne poursuivie ».

Il doit être en contact avec tous les acteurs concernés par la procédure dont il a la charge. Par exemple, en matière sociale, il contactera l'employeur, les collègues de son client, les salariés protégés, l'Inspection du travail et la HALDE. Il saisira le juge qui peut ordonner toutes investigations utiles.

Un autre acteur pourrait être saisi, c'est le médecin du travail, lorsque la discrimination porte dans le domaine de la santé, (VIH) ou dans le domaine du harcèlement.

L'avocat peut être amené à intervenir lorsque le client a pris contact avec la HALDE. Cependant, il pourra bien avant le contentieux saisir, dans l'intérêt de son client la HALDE lorsque celle-ci intervient dans un dossier dans le cadre de ses pouvoirs légaux.. L'avocat aura pour mission d'assurer la médiation dans les conflits entre particuliers (rôle de médiateur)⁶

Il accompagne le client dans toutes les instances : juge des libertés et de la détention, parquet, prud'homme, Cour de Cassation...juge des référés pour non-communication des pièces par exemple.

⁵ Article 41 de la loi du 31 mars 2006

⁶ Voir colloque CNB-HALDE, les nouveaux pouvoirs de la HALDE et l'exercice des droits de la défense, 12 octobre 2006

L'avocat doit disposer d'un savoir-faire et être initié au droit des discriminations notamment la connaissance des textes, leur contenu, la jurisprudence, la détermination de la preuve, etc.

L'avocat est également un rédacteur d'acte pour son client : une plainte pénale ou la rédaction des conclusions aux prud'hommes.

L'avocat ne doit pas oublier de faire dans le cadre du contentieux un dossier de demande d'aide juridictionnelle si son client en est éligible.

Par ailleurs, il lui incombe la tâche d'informer ses clients (victimes ou prévenus) sur les procédures à mettre en œuvre. A ce niveau, le rôle de l'avocat est d'autant plus important, puisque celui-ci doit orienter le client sur le type de juridiction adéquate : civile, pénale, ou administrative.

Devant les juridictions, dans sa mission première ou traditionnelle, il communique avec ses confrères afin de recueillir si possible l'échange des pièces utiles (communication des pièces).

Le problème de la responsabilité civile et professionnelle de l'avocat ne doit pas être non plus occulté. Il veillera en tant que conseil à la réparation aux préjudices subis par son client.

Ainsi le conseil demeure un interlocuteur dans les difficultés des phases de la procédure amiable tant en matière de transaction, de testing que lors de l'indemnisation des préjudices de son client⁷.

B-LE ROLE DE L'AVOCAT EN MATIERE DE PREUVE ET DANS LES CHOIX POSSIBLES DE PROCEDURE

Dans les dossiers liés au droit des discriminations, de nombreuses affaires sont classées pour absence de preuve alors même que la détresse des victimes est réelle. C'est pourquoi, le rôle de l'avocat revêt une particularité dans la gestion de la preuve.

Le droit des discriminations se « complexifie » lorsque l'on aborde la question de la preuve. Ainsi sur ce point précis, l'avocat a un rôle majeur à jouer, ce d'autant plus qu'en l'absence de preuve, le client ne peut voir son cas aboutir ou

⁷ HALDE, colloque 12 décembre 2005, état des lieux de la discrimination, voir spécifiquement l'intervention de M. Luc FERRAND, l'apport de la haute autorité, le rôle de l'avocat à la page 35

simplement l'absence de preuve équivaut à une absence de discrimination. Cela pourrait entraîner une absence d'indemnisation⁸.

Instauré dans le droit européen dès l'arrêt de principe BILKA du 13 mai 1986, le régime de la preuve a été élaboré au fil des années. Il faut rappeler que le processus probatoire initié par le droit européen a aidé à l'élaboration d'une jurisprudence en matière syndicale⁹. Le droit communautaire utilise la méthode de la preuve comparative¹⁰.

Pendant des décennies, il appartenait à la victime d'une discrimination de prouver devant les juridictions le bien fondé de son action. Ce qui entraîna des procédures classées sans suite et une indifférence du parquet dans la poursuite des faits de discriminations. Depuis quelques années, le droit a instauré le principe du renversement de la preuve. Il revient donc à l'employeur par exemple de prouver l'absence de discrimination.

Le testing est dorénavant accepté comme mode de preuve dans notre droit. L'avocat ne doit pas non plus ignorer de se servir de la HALDE pour réunir des éléments de preuve puisque celle-ci est investie de pouvoirs d'investigations conférées par la Loi de l'égalité des chances du 31 mars 2006.

Après avoir rassemblé les preuves dans son dossier, l'avocat doit faire un choix dans sa stratégie de défense.

La voie pénale ? les articles 225-1 et 225-2 du Code Pénal ne prennent pas tous les critères de comportements discriminatoires. C'est un délit ; l'intention est fondamentale. Cependant, toutes les discriminations ne sont pas énumérées. En matière pénale, l'avocat aura à l'esprit les témoignages – l'aveu – les déclarations et les réticences des témoins.

Face à la faible mobilisation des parquets de France et de Navarre, il importe à l'avocat de faire un travail colossal dans la gestion des preuves.

La voie civile ? il doit collaborer avec les syndicats, les Inspections du travail, là aussi, il faudrait prouver.

En tant que conseil, l'avocat aura en matière de discriminations un rôle actif.

⁸ GELD, le recours au droit dans la lutte contre la discrimination : la question de la preuve, octobre 2000.

⁹ Rachel SPIRE, Agir contre la discrimination syndicale au travail : le droit en pratique, le droit ouvrier, avril 2006, série n°693, Revue juridique de la C.G.T.

¹⁰ Appliquée en droit interne dans un arrêt de la C. cass du 14 juin 2000

III-CONCLUSION

L'avocat doit être au cœur du droit des discriminations.

LES TEXTES OFFICIELS

En Droit Interne

- 1- Loi 2004-1486 du 30 décembre 2004 créant la Haute Autorité de Lutte contre les discriminations et pour l'égalité ;
- 2- Les articles 225-1, 432-7 et 225-2 du Code pénal ;
- 3- Les articles L122-45, 123-1 (à raison du sexe) et L 432 du Code du travail ;
- 4- Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires : elle garantit la liberté d'opinion ;
- 5- Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs, dite « Loi MERMOZ » sur le logement ;
- 6- Articles L111-1 et suivants, L112-1 et L141-5-1 du Code de l'éducation ;
- 7 - La loi du 11 février 2004 sur le handicap ;
- 8 - Loi n° 2006- 396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances (JO, 2 avril 2006), Titre II sur les mesures relatives à l'égalité des chances et à la lutte contre les discriminations (articles 38 à 47) ;
- 9 - Article 122-45 du Code du travail ; art. 123-1 du Code du travail sur l'égalité entre homme et femme ; article L 432 du Code du travail ;

10- C.E. Rapport Public de 1996 sur le principe de l'égalité, doc. Française 1997 ;

11-Rapport du Haut Conseil à l'intégration, octobre 1998 ;

12 - Rapport de Monsieur J.M. BELORGEY, Lutter contre les discriminations, Rapport à Madame la ministre de l'emploi et de la solidarité, mars 1999.

En Droit communautaire

1- Traité d'Amsterdam en son article 13

2- Le Traité instituant la Communauté européenne en ses articles 2, 3, 13, 137 et 241 pose le principe du respect des droits fondamentaux garantis par la CEDH dont l'article 14 interdit toute discrimination fondée sur la race, la couleur, la religion, la langue, l'origine nationale ou sociale, la fortune, l'appartenance à une minorité nationale, la naissance ou toute autre situation.

3-La Directive 76/207/CEE du 9 février 1976, modifiée par la directive du 23 septembre 2002 relative à l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'accès à l'emploi, à la formation et à la formation professionnelle, ainsi qu'en matière de conditions du travail.

4- La directive 97/80 du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discriminations à raison du sexe.

5- Charte des droits fondamentaux dans l'Union européenne (article 21) ;

6-Directive 2000/43/CEE du 29 juin 2000 relative à l'égalité de traitement entre les personnes ;

7-Directive 2000/78 /CEE du 27 novembre 2000 relative à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ou portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (pris sous la présidence française), J.O. C.E. 2.12.2000, L 303/16 et s.

En Droit international

- 1- La Déclaration Universelle des Droits de l'homme de 1948 et le Pacte International relatif aux droits civils et politiques (article 2) posent le ***principe de non-discrimination*** ;
- 2- La Convention Internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale de 1965 (JO, 10 novembre 1971) ;
- 3- La Convention de l'UNESCO relative à l'enseignement de 1960, la Convention relative aux droits de l'enfant de 1989, la Convention Internationale sur la protection des travailleurs migrants et de leur famille de 1990, la Convention Internationale pour la protection des droits et la dignité des personnes handicapées de 2001 posent le ***principe de non-discrimination*** ;
- 4- Convention de l'OIT de 1958.