

LES PRINCIPAUX TEXTES APPLICABLES EN DROIT DES DISCRIMINATIONS

Par Rita MARGOSYAN
Avocate au Barreau de Seine-Saint-Denis

Ce droit est né par des lois internationales, puis communautaires et européennes avant d'être transposé dans notre droit interne.

La Cour de Justice des Communautés Européennes a par ailleurs joué un rôle très important par sa jurisprudence, élaborée au fur et à mesure sur le régime juridique de la preuve, en cette matière.

1 - Les textes principaux, en droit international :

Dans le cadre des Nations Unies la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948 a été complétée par 2 Pactes :

Le Pacte international aux droits économiques, sociaux et culturels (**PIDESC**)

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (**PIDCP**)

L'article 2-2 du PIDESC garantit l'application des droits énoncés par le texte, sans distinction de race, de couleur, de langue, de religion et d'origine, la naissance ou toute autre situation.

Le PIDESC n'est pas d'applicabilité directe. Il n'est donc pas invocable par des particuliers, devant des juridictions.

En revanche le PIDCP a une applicabilité directe. Le texte affirme et garantit l'égalité devant la loi, en interdisant toute discrimination et en permettant à un particulier victime d'une quelconque violation de ses droits, la saisine du Comité des Droits de l'Homme des Nations Unies, lorsque tous les recours internes sont épuisés.

La France a ratifié ces 2 textes universels, par une loi du 25 juin 1980.

Le principe de la non-discrimination a été ensuite repris dans la **Convention de l'UNESCO** en 1960, sur **l'enseignement**.

La Convention Internationale pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale ratifiée par la France le 28 mai 1971.

La Convention Internationale des Droits de l'Enfant (**CIDE**) : du 26.01.1990

Sur la garantie des droits de l'enfant, sans distinction de race, de couleur, de langue, de religion, d'origine ethnique et de toute autre situation et pour que l'enfant soit protégé contre toute forme de discrimination.

La Convention internationale sur la protection des travailleurs migrants et de leur famille, en 1990, et **La Convention internationale** pour la protection des droits et pour la dignité des personnes handicapées, en 2001.

2 - Les textes européens :

La Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales du 4 novembre 1950 – laquelle dans son article 14 interdit les discriminations en raison du sexe, de la race, de la couleur, de la langue, de la religion, des opinions politiques ou toutes autres opinions, de l'origine nationale ou sociale, de l'appartenance à une minorité nationale, de la fortune, de la naissance **ou toute autre situation.**

La Charte Sociale Européenne dans ses articles concernant la non-discrimination ajoute aux critères énumérés ci-dessus la Santé et reprend le terme « ou toute autre situation ».

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 20 novembre 1997 dispose :

- 1 **Est interdite, toute discrimination** fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, 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.
- 2 Dans le domaine d'application du **Traité instituant la Communauté Européenne** et du traité sur l'Union européenne, et sans préjudice des dispositions particulières desdits traités, toute discrimination fondée sur la nationalité est interdite.

On observera que le terme « toute autre situation » n'est plus visé.

Le traité d'Amsterdam, entré en vigueur le 1er mai 1999, a élargi les possibilités d'action de l'Union européenne pour lutter contre les discriminations en prenant 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 ».

Une série de textes importants a complété le Traité d'Amsterdam, peu après son entrée en vigueur.

- La directive 2000/43/CE 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.
- La directive 2000/78/CE 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 vise à combattre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, en matière d'emploi et de travail

Très principalement ces deux directives, mais aussi **d'autres issues de l'article 141** du Traité de la Communauté Européenne prohibent en conséquence toute discrimination directe ou indirecte entre les personnes et autorisent les Etats membres à mettre en place de mesures spécifiques pour compenser les désavantages que rencontrent les personnes discriminées.

Ces mêmes directives proposent un aménagement de la charge de la preuve précisant que le demandeur ne doit établir qu'une apparence de discrimination moyennant quoi il appartient au défendeur de montrer que la disparité est justifiée par des éléments étrangers à toute discrimination.

Directives faisant suite à l'article 141 (des plus récents au plus anciens) :

Directive 2004/113/CE du Conseil 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

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.

3 - Nos lois internes :

Ces directives communautaires sur les discriminations ont été transposées en droit français, par les lois du 16 décembre 2001 et 30 décembre 2004.

Le 31 mars 2006 c'est la loi pour l'égalité des chances qui est entrée en vigueur.

De point de vue de la codification, les articles 225-1 à 225-4 et 432-7 du Code pénal, les articles L 122-45, L 123-1 à L 123-3, L 140-2 à L 140-9, L 146-2, L 412-2 du Code du travail sont nos références de base, de même que L 122-46 à L 122-54 en matière de harcèlement, L 611-1 sur le pouvoir de constatation de l'Inspecteur du Travail.

Mais les lois portant droit et obligations des fonctionnaires ou encore tendant à améliorer les rapports locatifs contiennent également des dispositions sur le principe de non-discrimination.

Le droit de ne pas être discriminé en matière de logement a été réaffirmé par la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002. Y faisant suite, l'article 1^{er} de la loi du 6 juillet 1989 sur les rapports entre bailleurs et locataires dispose « qu'aucune personne ne peut se voir refuser la location d'un logement en raison de son origine, son patronyme, son apparence physique, son sexe, sa situation de famille son état de santé, son handicap, ses mœurs, son orientation sexuelle, ses opinions politiques, ses activités syndicales ou son appartenance ou sa non appartenance vraie ou supposée à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée ».

L'alinéa 2 de l'article 1^{er} est rédigé comme suit : en cas de litige relatif à l'application de l'alinéa précédent, la personne qui s'est vue refuser la location, 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. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné en cas de besoin toutes les mesures d'instruction qu'il estime utile.

En droit civil pur, l'action sera fondée sur la base de l'article 1382 du Code civil.

Pour une lutte efficace, en droit des discriminations des instruments spécifiques ont du être mis en place, conformément aux Directives qui ont été énumérées, dont **LA HALDE instaurée par une loi du 30.12.2004.**

Autorité Administrative indépendante, la HALDE n'est cependant pas une juridiction et en ce domaine, comme dans les autres, en notre qualité d'avocat nous serons mandatés pour agir au plan processoral, avec ou sans la Haute Autorité, pour une victime ou pour un mis en cause.

Le rôle de l'avocat au regard de la PREUVE EN DROIT DES DISCRIMINATIONS et du CHOIX DE LA PROCEDURE :

Le choix de la procédure ne se posera que si bien entendu nous intervenons pour le demandeur et la questions de la preuve est alors primordiale pour nous guider dans le choix que nous opérerons et duquel dépendra le succès de notre action en justice.

Aux côtés du défendeur, que celui-ci soit cité devant le tribunal correctionnel ou assigné devant une juridiction civile ou encore convoqué devant le Conseil de Prud'Hommes, la question de la preuve sera tout autant primordiale et nécessitera une bonne maîtrise du sujet par l'avocat, pour la défense de son client.

Sur le régime juridique de la preuve, il en sera de même devant le tribunal administratif si l'Etat ou l'un de ses émanations est mis en cause, dans une affaire ayant trait aux discriminations.

L'action pénale est réservée aux seules discriminations directes, aux cas où la victime se plaint d'un agissement délibérément discriminatoire, pour cause de l'un des critères prohibés de l'article 225-1 du Code pénal et afin d'être exclu ou empêché de l'un des domaines défini par l'article 225-2 ou 432-7 du Code pénal si l'auteur est une personne dépositaire de l'autorité publique.

La loi prévoit des **circonstances aggravantes** lorsque les crimes et délits sont commis sur des personnes, pour leur appartenance vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, à une race ou à une religion déterminée (art. 132-76 du Code Pénal) ou encore en raison de l'orientation sexuelle de la victime (homophobie – art. 132-77 du Code Pénal).

Même si cependant la discrimination est directe, si l'élément intentionnel n'est pas largement constitué et se heurte à la difficulté de preuve, l'action devant une juridiction civile pourrait être préférable.

Dans tous les cas, si la discrimination est indirecte, autrement dit si une décision neutre, une mesure qui ne poursuivait pas de but discriminant, a malgré tout abouti à un résultat défavorable pour une personne ou pour un groupe, seule la voie civile est ouverte pour prétendre à la réparation de cette discrimination.

C'est au civil, que le régime juridique de la preuve devient très spécifique au droit des discriminations, pour permettre au demandeur d'établir ses prétentions, par son droit d'accès à la preuve et par le mode de preuve comparative (aménagement de la preuve).

En effet, en droit des discriminations, malgré les textes internationaux ou communautaires, les recours ne prospéraient pas devant les juridictions des Etats membres de l'Union.

Il en est ainsi, car les Juges s'attachaient à l'intention de discriminer et la difficulté d'apporter cette preuve privait en fait les victimes, de leur droit.

C'est la raison pour laquelle, la Cour de Justice des Communautés Européenne, par ses interprétations, a peu à peu élaboré une approche nouvelle de la preuve, pour que les actions en justice puissent aboutir positivement devant les juridictions civiles.

A compter des années 1980 notamment, la CJCE n'a plus recherché la preuve de l'intention discriminatoire, mais s'est attachée au résultat, à l'impact d'une décision discriminante.

La Cour a peu à peu considéré que le demandeur a satisfait sa charge de la preuve, lorsqu'il établit le résultat défavorable d'une décision sur sa personne, en soumettant des éléments de fait pouvant être considérés des indices (une apparence de discrimination).

C'est dans **l'affaire BILKA** du 13 mai 1986 que la CJCE a précisé comment le défendeur, en l'espèce un employeur, doit se justifier pour établir la légitimité de sa décision, dans une affaire où les travailleurs à temps partiel n'avaient pas bénéficié des mêmes droits que ceux à temps plein, dans une entreprise. Au cours du procès, grâce au transfert de la preuve sur la défenderesse, il a pu être démontré que les salariés à temps partiel étaient majoritairement des femmes.

Il n'y a discrimination que si l'impact de la même décision qui a été défavorable au demandeur, n'est pas défavorable pour une autre personne ou un autre groupe, placé dans la même situation exactement.

Aussi et en effet, seule une comparaison entre la situation du demandeur (une personne ou un groupe) et le groupe des autres, peut démontrer la différence de traitement.

Si, la preuve est dès lors nécessairement comparative, reste que les éléments de comparaison sont en général en possession du défendeur qui devra les verser aux débats.

La jurisprudence de la CJCE a peu à peu élaboré ce système de preuve dont la production a été mise à la charge du défendeur, pour permettre au demandeur d'accéder à la preuve de ses prétentions.

Compte tenu de ce qui précède et qui a été interprété comme un renversement de la charge de preuve, les tribunaux civils nationaux ont montré beaucoup de réticence à suivre la jurisprudence de la CJCE en matière de discrimination, du fait du régime juridique de sa démonstration.

Après 10 ans de négociation, il a donc fallu adopter la **directive 97/80** en décembre 1997 **relative à la charge de la preuve**, en cas de discrimination **à raison du sexe**.

Puis les **Directives 2000/43 et 2000/78** (juin et novembre 2000) pour les discriminations fondées sur l'origine, l'âge, l'handicap, l'orientation sexuelle, les convictions et la religion ont instauré le même régime de preuve.

Ces Directives combinent le droit communautaire et la jurisprudence de la CJCE en érigeant un véritable régime juridique de la preuve en droit des discriminations, en matière civile.

Ainsi, au civil, il appartient au demandeur d'établir, non pas un but discriminant, mais les faits et les indices sur une apparence de discrimination. La charge de la preuve est ensuite transférée sur le défendeur.

Ce système a fait couler beaucoup d'encre, certains auteurs ayant indiqué qu'il y a renversement de la charge de la preuve (art. L 122-45 du Code du travail), ceux que d'autres ont considéré qu'une telle situation serait contraire aux principes civilistes français, et qu'il s'agit plus exactement d'un partage des tâches.

Il est exact, qu'avant que le défendeur ne soit obligé de se justifier, le demandeur doit dénombrer les faits, soumettre ses indices, décrire les éléments qui laissent supposer une apparence de discrimination.

Reste que ce sont les éléments de comparaison qui se trouvent entre les mains du défendeur qui pourront établir la preuve et que la loi accorde au demandeur le droit d'accès à ces documents, que le Juge devra ordonner.

Ce système pose de grands problèmes en matière civile, notamment pour engager une action sur la base de l'article 1382 du code civil, supposant un fait générateur, un préjudice et un lien de cause à effet pour que la responsabilité de l'auteur des faits soit engagée :

- d'une part en effet, en droit des discriminations il faut convaincre le Juge qu'il doit se détacher de la notion de faute et de l'intention discriminatoire, mais voir qu'il y a un impact défavorable, d'où une apparence de discrimination que le demandeur expose et qui lui permet d'initier son Action avec ces seuls éléments;
- d'autre part que le demandeur a le droit d'obtenir l'accès à la preuve, par les documents en possession de la partie adverse et que la preuve de la discrimination sera élaborée au cours du procès, par méthode comparative.

Les 2 facteurs ci- dessus sont intimement liés. Plus le Juge recherchera la faute, moins il sera enclin à transférer la charge de la preuve, alors que le fait générateur ne pourra être démontré qu'ainsi.

Du point de vue de l'avocat, le soutien de son argumentation devra donc se reposer d'une part sur le droit, par sa maîtrise de cette matière et d'autre part sur les développements au regard du résultat défavorable d'une mesure ou d'une décision sur son client, la discrimination duquel ne pourra être établi que par tel ou tel autre document, que l'avocat demandera au Juge d'ordonner au défendeur de produire.

En conséquence, dès avant l'introduction de l'action en justice, l'avocat doit avoir une idée précise des documents utiles qui lui permettront la comparaison des situations identiques ou pour reprendre un jargon utilisé en cette matière les documents qui lui permettront de constituer « le panel de comparaison ».

Par ailleurs et sur la réparation, il nous faut apprendre à chiffrer le préjudice en cette matière. Il n'existe pas de plafond minimum ou maximum.

Une réparation symbolique n'est pas satisfaisante.

Le préjudice correspond à la discrimination dont une personne ou un groupe a été victime, mais dans le même temps, cette discrimination a exclu cette personne ou ce groupe d'un droit, d'un bien ou d'un service qu'il convient de chiffrer.

Sur le chiffrage du préjudice, il conviendrait peut-être d'élaborer des barèmes minimum ou maximum selon la situation des parties et par domaine de discrimination.

C'est en droit du travail que sur le panel de comparaison et sur le préjudice il existe une jurisprudence de référence, lorsque notamment une carrière a été empêchée dans son évolution, pour discrimination à cause de l'activité syndicale.

Au pénal, les plaintes sont en général classées sans suite par difficulté de prouver l'intention de discriminer, malgré les pouvoirs du magistrat instructeur qui peut ordonner une perquisition, une saisie.

A cet égard, le PV d'enquête de l'Inspection du Travail permet d'établir l'infraction (affaire du Moulin Rouge du 22 novembre 2002). Mais a contrario si le PV est déjà établi, la voie civile n'est plus possible.

Le test de discrimination (testing) non exclu par la Cour de Cassation depuis un important arrêt du 11 juin 2002 comme mode de preuve souvent produit par les associations parties civiles, a été légalisé par la loi sur l'égalité des chances du 31 mars 2006 par l'insertion d'un article 225-3-1 dans le Code pénal.

De même, la loi du 31 mars 2006 accorde aux agents assermentés et habilités par le Procureur de la République de la HALDE, le pouvoir de constater par procès-verbal un test de discrimination (une vérification surprise), comme un Huissier de Justice ou un Agent de police.

Le délit de tentative de discrimination n'existe pas, mais en revanche la complicité est retenue par les articles L 121-6 et L 121-7 du code pénal.

L'auteur de l'infraction peut être une personne civile ou morale.

Le Code pénal prévoit des peines d'emprisonnement allant jusqu'à 3 ans et 45 000 € d'amende (articles 225-1 à 225-4 du Code pénal). La peine est aggravée si le refus de fourniture d'un bien ou d'un service est commis dans un lieu accueillant le public pour en interdire l'accès. elle passe alors à 5 ans d'emprisonnement et 75 000 € d'amende, comme lorsque l'auteur de la discrimination est une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargé d'une mission de service public (art. 432-7 du Code pénal).

Mais malgré la preuve facilitée, rares seront les cas, par rapport à l'importance des situations discriminantes, où tant l'élément moral que l'élément matériel du délit de discrimination, par combinaison des articles 225-1 du Code pénal sur les critères + 225-2 sur les champs de discriminations, seront établis.

C'est pourquoi, il est très utile de bien réfléchir à la stratégie de la preuve avant d'opérer un choix de procédure et ne pas exclure la voie civile par découragement, car le résultat risque certes d'être plus long, mais la preuve par analogie peut permettre l'établissement de la discrimination en l'absence d'intention discriminatoire et d'obtenir réparation, alors que si l'intention de discriminer n'est pas prouvée au pénal, le plaignant sera débouté.

Le test de discrimination n'est pas admis au civil.

S'agissant du droit des discriminations en droit social et du travail, là encore le choix entre la juridiction pénale ou le Conseil de Prud'Hommes s'impose, sauf si un procès-verbal d'infraction est dressé excluant la voie civile.

Certains articles du code du travail visent expressément les discriminations .

En matière de salaire le principe « à travail égal, salaire égal » – L 140-2 et L 123-1 du Code du travail.

L'article L 123-2 du Code du travail précise que toute clause contenue dans un accord ou une convention qui réserve le bénéfice d'une mesure quelconque à un salarié ou à un groupe de salarié en considération des motifs prohibés par la loi est nulle de plein droit.

L'article L 122-45 prohibe la discrimination pour une sanction ou un licenciement à raison de l'origine, du sexe, de la situation de famille de l'appartenance à une ethnie, une nation, une race, des opinions politiques, des activités syndicales ou religieuses.

L'article L 122-45 du Code du travail donne une liste exhaustive et une définition très large en matière d'emploi, de stage, de rémunération, de formation, de promotion, licenciement, etc...

Le harcèlement sexuel ou moral sont également issus du droit des discriminations et c'est pourquoi au niveau de la charge de la preuve ce sont les mêmes règles qui s'appliquent.

D'ailleurs si le harcèlement est du fait d'un critère prohibé, c'est une discrimination.

L'action des syndicats, dans l'affaire Peugeot, sur l'évolution ralentie de la carrière des ouvriers ayant une activité syndicale a commencé dès 1994. La discrimination était pressentie, mais les syndicats ont pris conscience de la difficulté de la prouver.

C'est ainsi que la nécessité de création d'un outil de comparaison est née et qu'aujourd'hui en matière de discrimination syndicale les syndicats dispose d'un bon panel de comparaison des salaires.

Pour constituer le panel, il faut comparer les situations identiques, notamment sur le salaire d'un personnel d'une même catégorie, au moment de l'entrée dans l'entreprise et quelques années plus tard et dans tous les cas au moment où la comparaison se fait sur l'évolution de la carrière et des salaires.

Il faut dès lors accéder aux documents qui permettent d'établir la date d'embauche qui doit être comparable (registre unique du personnel) et il faut partir des salaires moyens.

Sur l'établissement des salaires moyens dans une même entreprise pour une même catégorie (ou très proche), l'Inspection du Travail est un précieux interlocuteur, du fait des investigations qu'il peut mener dans l'entreprise sur la base des articles L 611-1 et L 611-9 dans le cadre d'une enquête en discrimination.

Aucun outil n'a été vraiment élaboré, comme panel de comparaison, pour les autres critères prohibés et son besoin se ressent en matière des discriminations hommes / femmes.

Les syndicats eux-mêmes préfèrent en général l'action au civil, compte tenu de l'aménagement de la charge de la preuve qui n'existe pas au pénal. Dans l'arrêt FLUCHERE du 28 mars 2000 (Cassation Chambre sociale) la Cour a dit que priver le demandeur de l'accès à la preuve en possession de la partie adverse revient à le priver de son recours.

Pour accéder aux preuves, il faut les demander dès le stade de l'audience de conciliation devant le CPH.

L'expérience démontre qu'il est utile d'obtenir une Ordonnance du Juge pour être à même d'obliger le défendeur à produire.

A cet égard, la HALDE a commencé à former les Conseillers de Prud'Hommes, au régime juridique de la preuve en matière des discriminations.

Faisant suite aux pièces obtenues, il reste à établir la discrimination par le mode comparatif à l'aide des documents produits par le défendeur.

Notons que dans notre département, à travers le projet ESPERE, l'ANPE a sensibilisé son personnel et les entreprises du département aux discriminations à l'embauche.

L'expérience démontre, qu'une nouvelle méthode d'évaluation des candidats, sur leur compétence et non sur leur CV serait souhaitable.

Une discussion existe également en faveur des discrimination positives, par l'introduction des quotas. Le sujet est sensible, avec ses adeptes et ses opposants. Certains auteurs proposent une solution intermédiaire et notamment la discrimination positive socio-économique.

La loi sur l'égalité des chances du 31 mars 2006 instaure dans tous les cas des mesures en faveur de la cohésion sociale, ainsi que la représentation des « minorités visibles » dans les médias télévisuels.

Le chantier est vaste en droit des discriminations pour les avocats, la formation desquels est réfléchi par le CNB qui la met en place.

Conclusion

Ce bref exposé en droit des discriminations sur le rôle de l'avocat, démontre en premier qu'en cette matière nous serons amenés à intervenir ou à collaborer pour ou avec la HALDE dans le cadre de l'exercice de notre profession, et qu'une bonne connaissance des missions et des pouvoirs de la Haute Autorité sera un atout pour mener à bien nos missions.

Une Circulaire du 3 octobre 2005 précise les relations entre la HALDE et l'autorité judiciaire, tant devant les juridictions civiles que pénales. La Circulaire a été distribuée aux Procureurs Généraux et Procureurs de la République, aux Premiers Présidents et aux Présidents des TGI.

Que l'on soit aux côtés du réclamant ou du mis en cause, ne pas maîtriser les moyens d'actions de la HALDE aurait pour conséquence de ne pas servir utilement les intérêts de nos clients dans les stades préliminaires ou lorsque le litige est soumis devant une juridiction, qu'elle soit pénale ou civile.

Les actions de la HALDE n'interrompent ni ne suspendent la prescription.

Non seulement du point de vue de son universalité, mais de plus du point de vue de son actualité et de son évolution, ce droit mérite par ailleurs tout notre intérêt.

Le régime juridique de sa preuve, selon nos principes de droit procédural, nous impose un changement de conception et d'intervention, en même temps que de pédagogie devant les tribunaux.

Mais participer à l'évolution processorale d'un droit et à la construction de sa jurisprudence est également une aventure formidable et chaque succès sera d'autant notre récompense que l'objet du droit dont s'agit est une noble cause et un noble objectif à transmettre à nos enfants.

Rita MARGOSYAN
Avocate au Barreau de Seine-Saint-Denis