

Sommaire

- A. Définitions utiles à la compréhension des enjeux - 3 -
- B. La lutte contre les discriminations : une compétence européenne..... - 5 -
- C. Les directives européennes - 6 -
- D. Le cadre juridique de la lutte contre les discriminations - 8 -
- E. La HALDE / Le Défenseur des Droits - 13 -

A. Définitions utiles à la compréhension des enjeux

Discrimination

Depuis le début des années 2000, le terme de *discrimination*, autrefois peu fréquent, est entré dans le langage courant. Toutefois, il est souvent utilisé de façon abusive. Selon la HALDE (Défenseur des Droits), « *une discrimination est une inégalité de traitement fondée sur un critère prohibé par la loi, comme l'origine, le sexe, le handicap etc., dans un domaine visé par la loi, comme l'emploi, le logement, l'éducation, etc.* »

Force est de constater que peu de gens connaissent cette définition puisque plus de deux-tiers des personnes qui saisissent la HALDE le font pour une situation qui, après examen, s'avère ne pas être discriminatoire *au sens légal*. Il existe donc un écart certain entre les discriminations *perçues* par le grand public et celles reconnues comme telles par la loi. En pratique, la discrimination est fréquemment confondue avec deux notions voisines mais distinctes :

- Le racisme : La discrimination est un acte, alors que le racisme – comme le sexisme ou l'homophobie – est une pensée, une opinion. Le lien entre les deux n'est pas systématique. Ainsi, il est possible d'avoir des opinions racistes sans les traduire en actes discriminatoires (par crainte d'enfreindre la loi, par intérêt économique...), de même qu'il est possible de commettre une discrimination raciale sans avoir d'opinions racistes (par anticipation de la réaction négative de l'employeur, du client, de l'utilisateur...).
- L'injustice : Si la plupart des discriminations sont considérées comme des injustices *d'un point de vue éthique*, toutes les injustices ne peuvent pas être considérées comme des discriminations *d'un point de vue juridique*. Ainsi, une différence de traitement opérée en raison de la situation financière peut être vécue comme injuste, mais elle ne peut être qualifiée de discrimination car ce critère n'est pas reconnu par la loi.

Discriminations systémiques

Les discriminations sont rarement produites par un seul acteur. Elles s'inscrivent dans un système où chacun peut avoir sa responsabilité. On parle alors de coproduction de discriminations. Cette situation implique que les réponses doivent, elles aussi, être construites collectivement, dans le cadre de partenariats.

Egalité de traitement

Il s'agit d'assurer à tous les individus un traitement égal dans une situation comparable. Ainsi, par exemple, dans le cadre d'un recrutement, l'égalité de traitement consiste à prévoir les mêmes critères de compétences, les mêmes procédures d'entretiens... quels que soient le genre ou l'origine des candidats.

Diversité

Ce concept est apparu en France au début des années 2000 pour qualifier les actions de démocratisation menées par les partis politiques, les grandes entreprises, les chaînes de télévision et les grandes écoles. Ces actions reposent sur l'idée que la diversité des individus – diversité des origines, des sexes, des âges... – doit être reflétée dans toutes les sphères de la société.

En France, les premières politiques de ce genre ont été menées dès les années 90, au sein même de l'Etat, dans l'armée et la police nationale.¹ Dans les années 2000, cette démarche est imitée par les grandes écoles, les grandes entreprises et les chaînes de télévision. Le concept de diversité connaît également une reconnaissance juridique. Ainsi, dans la loi du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances, la lutte contre les discriminations est systématiquement associée à la promotion de la « diversité culturelle » : les chaînes de télévision et de radio doivent désormais proposer « *une programmation reflétant la diversité de la société française* ».

Cette injonction peut sembler problématique, dans la mesure où la loi ne précise pas en quoi consiste cette diversité... On peut d'ailleurs penser que cette ambiguïté n'est pas étrangère au succès que rencontre le terme de diversité, qui permet de parler d'un sujet tabou en France – l'ethnicité – de façon consensuelle. C'est peut-être ce qui explique que, dans le discours politique, l'expression « personnes *issues de la diversité* » tende à remplacer celle de « personnes issues de l'immigration », devenue trop péjorative.

1 Gwénaële CALVES, « « Refléter la diversité de la population française » : naissance et développement d'un objectif flou », Revue internationale des sciences sociales, 2005/1, N° 183, pp. 177-186.

B. La lutte contre les discriminations : une compétence européenne

Dès les débuts de la construction européenne, le refus de la discrimination est au cœur du droit communautaire. Plusieurs étapes ont marqué l'avancée de l'anti-discrimination en Europe :

- En 1957, le **traité de Rome** créant la communauté européenne énonce, dans son article 119, une règle antidiscriminatoire : « *Chaque état membre assure l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et féminins pour un même travail.* »
- A la fin des années 60, Eliane Vogel-Polsky, une avocate belge spécialisée en droit du travail, entame une action contre la Sabena, compagnie aérienne belge. En effet, les hôtesses de l'air doivent prendre leur retraite à 40 ans alors que les stewards prennent la leur à 55 ans... pour le même travail. Après plusieurs procédures (1970, 1975 et 1977), la Cour Européenne de Justice affirme dans des arrêts célèbres que l'article 119 crée un droit individuel pour toute femme et qu'il relève du principe de l'égalité et de la non-discrimination (base fondamentale de l'ordre juridique européen).
- En 1976 est adoptée la **première directive européenne** en matière de non-discrimination. Il s'agit de la directive « relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle et les conditions de travail » (complétée en 2002).
- Au début des années 90, un réseau d'ONG européennes avance l'idée d'une directive contre les discriminations sur « l'origine raciale ou ethnique ». En 1995, la commission européenne adopte sa première déclaration officielle contre le racisme.
- L'année 1997 marque un tournant. La directive européenne « relative à la charge de la preuve » introduit un vrai virage : elle oblige à aménager la charge de la preuve en cas de discrimination mais elle crée également la notion de discrimination indirecte. Le traité d'Amsterdam adopté en 1997, dans son article 13, consacre la compétence antidiscriminatoire de l'Union Européenne.
- En 2000, les directives RACE et EMPLOI viennent renforcer et élargir l'arsenal juridique européen en matière de lutte contre les discriminations.

C. Les directives européennes

Les directives européennes adoptées à partir de 1997 constituent la source de l'essentiel de notre droit antidiscriminatoire. Ces directives obligent les états membres à prendre des dispositions particulièrement innovantes, à savoir :

Reconnaissance de 4 formes de discrimination

Les directives commencent par définir **quatre formes de discrimination** :

- « Une **discrimination directe** se produit lorsque, [en raison d'un critère prohibé²], une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre dans une situation comparable ; »
- « Une **discrimination indirecte** se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour les personnes [concernées par un critère prohibé]. »
- « Le **harcèlement** est considéré comme une forme de discrimination lorsqu'un comportement indésirable [lié à un critère prohibé] se manifeste, qui a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant. »
- **Demande de discriminer** : « Tout comportement consistant à enjoindre quiconque à pratiquer une discrimination [en raison d'un critère prohibé]... »

Autorisation de l'action positive

Les directives autorisent également « l'**action positive**³ » : « Pour assurer la pleine égalité dans la pratique, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un état membre de maintenir ou d'adopter des mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés à la race ou à l'origine ethnique. »

L'aménagement de la charge de la preuve

² Les directives européennes reconnaissent 6 critères de discrimination : l'âge, l'origine, la religion, le sexe et l'orientation sexuelle. La loi française en reconnaît 12 autres (cf. p.7).

³ « Action positive » est une traduction littérale de l'anglais *affirmative action*. En France, on parle plutôt de « discrimination positive » même si le terme officiel des directives européennes est l'action positive.

L'avancée juridique majeure des directives RACE et EMPLOI est de procéder à « **l'aménagement de la charge de la preuve** » :

« Dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établit, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement. »

Concrètement, cela signifie que ce n'est plus au plaignant de prouver qu'il a été discriminé mais à l'accusé de prouver qu'il n'a pas discriminé (cf. chap. IV). Cette disposition a été prise pour **aider les victimes à agir**. En effet, en matière de discrimination, il est souvent impossible pour les victimes d'apporter les preuves, car elles n'ont pas accès aux pièces administratives (ex : feuilles de salaire, CV des candidats à une embauche...) permettant d'établir la rupture d'égalité.

Création d'un organisme de lutte contre les discriminations

Enfin, les directives obligent les Etats membres de l'Union Européenne à désigner « *un ou plusieurs **organismes chargés de promouvoir l'égalité de traitement** entre toutes les personnes sans discrimination...* » En France, la création de la HALDE en 2005 est venue répondre à cette obligation (cf. chapitre 5 de ce mémo).

D. Le cadre juridique de la lutte contre les discriminations

Définition de la discrimination

Le délit de discrimination est défini par l'article 225-1 du Code Pénal, l'article L1132-1 du Code du Travail (pour les salariés du secteur privé et les contractuels de la fonction publique) et par la loi du 13 juillet 1983, dite « loi Le Pors » (pour les fonctionnaires). La loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations a renforcé la protection des victimes.

Une discrimination se définit par :

- une **rupture d'égalité dans une situation comparable...**
- ... reposant sur un ou plusieurs des **18 critères prohibés** (âge, sexe, origine réelle ou supposée, appartenance vraie ou supposée à une ethnie, une nation, une race, situation de famille, orientation sexuelle, mœurs, caractéristiques génétiques, apparence physique, handicap, état de santé, état de grossesse, patronyme, opinions politiques, convictions (religieuses), activités syndicales)...
- ... et s'exerçant dans un des champs suivants : fourniture d'un bien ou d'un service, vie professionnelle, santé et éducation

L'action en justice

Une personne victime de discrimination peut porter l'affaire :

- devant la **juridiction civile** si l'objectif de la victime est d'obtenir réparation du préjudice, notamment par le versement de dommages-intérêts ;
- devant la **juridiction pénale** si l'objectif est d'obtenir la condamnation de l'auteur de l'infraction, par le versement d'une amende à l'Etat ou une peine de prison. Il est possible pour la victime de se constituer partie civile, ce qui lui permet de réclamer également des dommages-intérêts devant le même Juge. La victime doit prouver l'élément d'intentionnalité de l'accusé.

Les victimes de discrimination peuvent également saisir le **Défenseur des Droits**⁴ (cf. chap. 5). Si ce dernier constate une discrimination, elle a la possibilité de proposer aux parties une **amende transactionnelle** (d'un montant maximal de 3 000 € pour les personnes physiques et de 15 000 € pour les personnes morales), éventuellement accompagnée de dommages-intérêts. En cas de refus de la proposition, ou de non-exécution de la transaction, le D.D.D. peut citer directement l'auteur des faits devant le tribunal correctionnel.

Lorsqu'une solution est envisageable sans procès, le D.D.D. peut proposer une **médiation**, et avec l'accord des parties, nommer un médiateur.

La charge de la preuve

<p>Devant la juridiction pénale</p>	<p>La charge de la preuve appartient à la victime en raison de la présomption d'innocence (article préliminaire du Code de procédure pénale). Néanmoins, devant le juge pénal, la preuve peut être établie par tout moyen (liberté de la preuve : article 427 du Code de procédure pénale). Ainsi, le « testing⁵ », les enregistrements audio ou vidéo peuvent servir de preuves.</p>
<p>Devant la juridiction civile</p>	<p>La charge de la preuve est aménagée :</p> <ul style="list-style-type: none"> - La victime doit apporter « des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte ». - Dès lors que ces éléments sont suffisants, il appartient à la partie défenderesse de « prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ».

⁴ Depuis le 1 mai 2011, la HALDE, haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, a été absorbée par le Défenseur des Droits (D.D.D.)

⁵ Le « testing » ou « test de discrimination » consiste à présenter plusieurs candidatures similaires (mêmes compétences, mêmes garanties...) à une même offre d'emploi ou de logement, en ne modifiant qu'une information (le nom, l'âge, l'adresse...) susceptible de provoquer une discrimination. Le testing est implicitement reconnu par la loi (art. 225-3-1 du Code Pénal) comme un moyen légitime pour prouver l'existence d'une discrimination.

La victime peut être représentée par :

Les organisations syndicales représentatives	peuvent exercer en justice toutes actions contre les discriminations en faveur de la victime (sans mandat de celle-ci, mais après information écrite et absence d'opposition).
Les associations de lutte contre les discriminations	peuvent exercer en justice toutes actions contre les discriminations en faveur de la victime (avec un accord écrit de celle-ci).
Les délégués du personnel	saisis d'une plainte pour discrimination ou harcèlement, avisent directement l'employeur qui, après enquête, doit prendre les mesures nécessaires pour y remédier. Peuvent, en cas de carence de l'employeur ou de divergence de point de vue avec ce dernier quant aux solutions à adopter, saisir le conseil des prud'hommes qui statue en référé (à condition que la victime, avisée par écrit, ne s'y oppose pas).

Les peines encourues devant le Juge Pénal

Par les personnes physiques	Par les personnes morales du secteur privé (entreprises privées, associations, etc.)
<ul style="list-style-type: none"> - Jusqu'à 3 ans de prison et 45 000 € d'amende. - Peines complémentaires éventuelles : interdiction du droit d'éligibilité pour 5 ans, affichage de la décision judiciaire dans la presse... - Jusqu'à 5 ans de prison et 75 000 € d'amende lorsque la discrimination est commise dans un lieu accueillant du public ou aux fins d'en interdire l'accès. - Jusqu'à 5 ans de prison et 75 000 € d'amende lorsque la discrimination est commise par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission. 	<ul style="list-style-type: none"> - Jusqu'à 225 000 € d'amende. - Jusqu'à 375 000 € d'amende en cas de refus discriminatoire de fournir un bien ou un service dans un lieu accueillant du public ou aux fins d'en interdire l'accès. - Des peines complémentaires sont également prévues : placement sous surveillance judiciaire, interdiction d'exercice de l'activité professionnelle, exclusion des marchés publics...
<p>Dans les deux cas, la victime peut également demander des dommages-intérêts pour le préjudice moral et matériel subi.</p>	

Protection des plaignant/es et des témoins

Porter plainte pour discrimination n'est pas un acte facile, en particulier dans l'emploi, où les victimes peuvent craindre des représailles de la part de leur employeur. C'est pourquoi **la loi interdit à un employeur condamné pour discrimination de licencier la personne ayant porté plainte**. Si cette dernière refuse de poursuivre son contrat de travail après la décision de justice, elle peut quitter son emploi en bénéficiant de l'indemnité de licenciement et d'une autre indemnité équivalente à au moins 6 mois de salaires. (Art. L1144-3 du Code du Travail).

La loi prévoit également que **les salarié/es ayant témoigné d'actes discriminatoires ne peuvent être sanctionnés ou licenciés pour ce motif** (Art. L1132-3 du Code du Travail).

Des mesures de protection similaires sont prévues par la loi Le Pors pour les fonctionnaires. Cette loi interdit à un employeur public de prendre toute mesure concernant le recrutement, la titularisation, la formation, la notation, la discipline, la promotion, l'affectation ou la mutation fondée sur le fait qu'un agent a subi ou refusé de subir des faits discriminatoires. La même protection est prévue si l'agent a formulé un recours contre son supérieur hiérarchique, engagé une action en justice ou témoigné des agissements discriminatoires. (Art. 6 de la loi du 13 juillet 1983)

Les exceptions

Toutes les différences de traitement ne sont pas des discriminations. La loi prévoit un certain nombre d'exceptions :

- De manière générale, le Code du Travail « *ne fait pas obstacle aux différences de traitement, lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée* » Art. 1133-1 Code du travail.
- Pour les métiers de comédien, de mannequin et de modèle, **le sexe** peut constituer un critère légitime de recrutement.
- Les recrutements distincts pour les **hommes et les femmes** peuvent exceptionnellement être prévus lorsque l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue une condition déterminante de l'exercice des fonctions.

- Selon la loi Le Pors (applicables aux fonctionnaires), des distinctions peuvent être faites afin de tenir compte d'éventuelles **inaptitudes physiques** à exercer certaines fonctions.
- Des conditions **d'âge** pour le recrutement peuvent être fixées lorsqu'elles résultent d'exigences professionnelles, justifiées par l'expérience ou l'ancienneté requises par la mission.

L'article 225-3 du Code Pénal prévoit également certaines exceptions :

- Les **banques** et les **assurances** peuvent prendre en compte l'état de santé de leurs clients, dans la mesure où elles visent la couverture du risque de décès ou d'invalidité.
- Dans le recrutement, les employeurs peuvent prendre en compte **le sexe, l'âge ou l'apparence physique** des candidats, lorsque ces critères constituent une exigence déterminante pour la tenue du poste.
- En matière **d'accès aux biens et services**, les discriminations fondées sur le sexe peuvent être justifiées notamment par la protection des victimes de violences à caractère sexuel, le respect de la vie privée, la liberté d'association ou l'organisation d'activités sportives.
- Tous les postes de titulaires dans la **fonction publique** sont réservés aux ressortissants de l'Union Européenne, voire aux seuls Français pour les emplois relevant de la souveraineté nationale (ex : juge, huissier, métiers de la Défense...).

E. La HALDE / Le Défenseur des Droits

Suite à la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, le législateur a créé avec la loi du 29 mars 2011 une nouvelle institution : le Défenseur des Droits.

Il s'agit d'un « ombudsman » à la française, inspiré des autorités indépendantes des pays nordiques, qui a pris ses fonctions le 1^{er} mai 2011. Cette autorité indépendante regroupe quatre institutions déjà existantes :

1. le Médiateur de la République,
2. le Défenseur des Enfants,
3. la Commission nationale de Déontologie de la Sécurité
4. la Haute Autorité de Lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE)

La Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Egalité (HALDE) était une autorité administrative indépendante créée début 2005. Elle était compétente pour toutes les discriminations, directes ou indirectes, réprimées par la loi ou par un engagement international ratifié par la France. La HALDE avait **deux missions principales** : l'aide aux victimes de discriminations et la mise en œuvre d'actions de promotion de l'égalité.

Le D.D.D. reprend principalement les tâches de la HALDE mais certaines de ses compétences ont été élargies.

- Par exemple, lorsqu'une recommandation du D.D.D. n'aura pas été suivie d'effet, ce dernier pourra enjoindre à la personne mise en cause de prendre, dans un délai déterminé, les mesures nécessaires. La HALDE n'avait aucun pouvoir d'injonction en cas de recommandations non suivies d'effet mais seulement la possibilité d'établir un rapport. Cette modalité est par ailleurs toujours ouverte au D.D.D.
- La loi prévoit la possibilité, pour le D.D.D. saisi d'une réclamation relative à l'interprétation ou à la portée d'une disposition législative ou réglementaire, de consulter le Conseil d'Etat qui rendra un avis dans des conditions à fixer par un décret à paraître. Le D.D.D. pourra rendre public cet avis. La faculté de saisir la juridiction administrative suprême n'était pas prévue pour la HALDE.
- A l'instar de la HALDE, le D.D.D. pourra procéder à des vérifications sur place dans les locaux administratifs ou privés des personnes mises en cause et dans les lieux, locaux et moyens de transports accessibles au public ainsi que dans les locaux professionnels exclusivement consacrés à cet usage. Lors de ces

vérifications, le D.D.D. entendra toute personne susceptible de lui fournir des informations.

- Concernant l'aide aux victimes, le D.D.D. peut, soit être saisie directement par la victime, soit par l'intermédiaire d'une association. Une saisine du D.D.D. ne se substitue pas à une action en justice, mais peut venir la compléter.
- Le D.D.D. peut également s'auto-saisir, si une victime identifiée ne s'y oppose pas. L'auto-saisine est particulièrement importante en matière de discrimination indirecte, où des pratiques collectives excluant des groupes de personnes peuvent être révélées, sans qu'une intention délictueuse puisse être dégagée et sans qu'on puisse toujours identifier précisément des victimes.

Si l'enquête de du D.D.D. conclut à l'existence d'une discrimination, plusieurs voies sont possibles :

- transmission du dossier au Procureur de la République,
- organisation d'une médiation,
- organisation d'une transaction financière (au profit de la victime),
- amende,
- délibération du collège avec recommandations à l'auteur de la discrimination.

Le D.D.D peut également soumettre ses observations devant les tribunaux civils, pénaux ou administratifs. Le **délai de traitement** d'une réclamation varie en fonction de l'urgence de la situation, mais il est rarement inférieur à un an.

La HALDE était **de plus en plus sollicitée**. De 2005 à 2010, le nombre de réclamations qu'elle a reçues a plus que triplé, passant de 1 822 à 12 000.

Une autre mission est d'assurer la promotion de l'égalité, en conduisant des **travaux d'études et de recherches**, en suscitant et en soutenant des initiatives d'organismes publics ou privés visant à lutter contre les discriminations. Il a aussi pour mission d'identifier et de reconnaître de bonnes pratiques en matière d'égalité de traitement.

Enfin, Le D.D.D peut, comme auparavant la HALDE, **recommander des modifications législatives ou réglementaires au Parlement**. Ainsi, elle a par exemple recommandé et obtenu la suppression de la limite d'âge pour le recrutement des personnels dans la fonction publique hospitalière et dans des entreprises telle qu'EDF et GDF.

Le **site internet** de la HALDE/ D.D.D. contient de nombreuses ressources utiles aux professionnels et au grand public : textes de loi, cas de jurisprudence, kits de formation e-learning, outils de sensibilisation, répertoire de bonnes pratiques... Les « délégués du D.D.D » sont instaurés dans tous les départements pour assurer un accueil et un traitement de réclamations en proximité des victimes réelles ou supposées.